



AVANÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIÁLOGOS BRASIL-PORTUGAL

V SUMMER SCHOOL DA ABDCONST

CARLOS BLANCO DE MORAIS | FLÁVIO PANSIERI
(organizadores)

LUÍS HENRIQUE BRAGA MADALENA
RENE ERICK SAMPAR | VANIA DE AGUIAR
(coordenadores científicos)





AVANÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIÁLOGOS BRASIL-PORTUGAL

V SUMMER SCHOOL DA ABDCONST

**CARLOS BLANCO DE MORAIS
FLÁVIO PANSIERI**
(organizadores)

**LUÍS HENRIQUE BRAGA MADALENA
RENE ERICK SAMPAR
VANIA DE AGUIAR**
(coordenadores científicos)

**Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público**

-

www.icjp.pt
icjp@fd.ulisboa.pt

-

Fevereiro de 2022

ISBN: 978-989-8722-53-9



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa
www.fd.ulisboa.pt

-

Imagem da capa:
Arquivo Shutterstock

-

Produzido por:

OH! Multimédia
mail@oh-multimedia.com



Apresentação

Faz parte da missão estatutária do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas a realização de ações científicas conjuntas que propiciem o incremento do intercâmbio e da cooperação com entidades afins estrangeiras.

O acolhimento e coorganização da 5.^a edição da *Summer School* da Academia Brasileira de Direito Constitucional, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 7 e 11 de Outubro de 2019, inseriu-se naquela linha de atuação, e constituiu uma grata e estimulante experiência de convívio científico – e também pessoal – entre constitucionalistas portugueses e brasileiros, incluindo desde professores catedráticos a investigadores em início de carreira e alunos com interesse pelo constitucionalismo luso-brasileiro, possibilitando uma profícua troca de ideias em comunicações e debates que, a coberto do tema geral “Avanços da jurisdição constitucional: Diálogos Brasil-Portugal”, confirmaram a influência recíproca – que a partilha de uma língua comum permite apreender em toda a sua extensão – entre a ciência jurídica portuguesa e a ciência jurídica brasileira nas diversas áreas que integram o Direito Constitucional.

[Ir para o índice](#)

Dessa experiência se dá agora testemunho, com a edição do presente volume, que colige comunicações e trabalhos apresentados nesta edição do *Summer School* da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Lisboa, 31 de Dezembro de 2021

Maria Luísa Duarte

Presidente da Direção do ICJP

Jaime Valle

Vogal da Direção do ICJP



Summer School

A Academia Brasileira de Direito Constitucional é instituição de pesquisa que há mais de 20 anos cumpre com sua missão científica de primar pela absoluta excelência acadêmica. Focada em estabelecer relações de cooperação científica e institucional com renomadas instituições internacionais, e tendo como base o diálogo transnacional, a ABDConst realizou a quinta edição¹ de seu já aclamado SUMMER SCHOOL.

O SUMMER SCHOOL consiste em uma semana de atividades de pesquisa, seminários e debates entre juristas brasileiros e estrangeiros. No período de 07 a 11 de outubro de 2019, foi a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por intermédio do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – ICJP, que nos acolheu e proporcionou as condições para a realização deste encontro entre professores e pesquisadores.

A parceria institucional nasceu de um encontro com o Professor Doutor Jorge Reis Novais, na cidade de Maceió, no dia 1º de dezembro de 2017, que muito gentilmente acolheu a ideia do evento e estabeleceu a ponte necessária entre a ABDConst, o ICJP e a Universidade de Lisboa.

¹ O SUMMER SCHOOL já foi realizado na Universidade de Salento (Itália), em julho de 2013; na Universidade Pablo Olavide de Sevilha (Espanha), em outubro de 2014; na Università di Lecce (Itália), em julho de 2015; e na Libera Università Maria Santissima Assunta – LUMSA, de Roma (Itália), em julho de 2017.

Foram meses de trabalho para a consolidação do evento, que teve como temática geral *Avanços da jurisdição constitucional: diálogos Brasil-Portugal*. E o resultado, seguramente, superou as expectativas de todos os envolvidos: uma semana de muita pesquisa e intercâmbio cultural com os nossos amigos lusitanos. Além das palestras, o evento contou ainda com a apresentação de dezoito trabalhos acadêmicos no concurso de artigos, cujos textos vencedores compõem este livro.

Diante do sucesso que foi o SUMMER SCHOOL 2019 | LISBOA, agradecemos ao ICJP, em nome da Professora Doutora Maria Luísa Duarte, Presidente da Direção do ICJP, e do Professor Doutor Jaime Valle, que nos possibilitou todas as condições materiais na Universidade de Lisboa. Agradecemos também aos Conferencistas – Professores Doutores Carlos Blanco de Moraes, Edson Vieira Abdala, Flávio Pansieri, Francisco Monteiro Rocha Júnior, Gonçalo Almeida Ribeiro, Ilton Norberto Robl Filho, Jaime Valle, João Loureiro, João Tiago Silveira, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Luis Henrique Braga Madalena, Luís Pereira Coutinho, Miguel Nogueira de Brito, Rene Sampar, Ricardo Branco e Rui Tavares Lanceiro – que contribuíram com suas brilhantes exposições e a todos os participantes, que confiaram na ABDConst e embarcaram conosco nesta grande jornada internacional. E, por fim, agradecemos ao PUBLIUS pelo auxílio na finalização deste livro.

Curitiba, 06 de outubro de 2021

Luciano Bernart

Presidente Executivo da ABDConst

Luis Henrique Madalena

Rene Sampar

Vania de Aguiar

Coordenadores do
SUMMER SCHOOL 2019 | LISBOA



Índice

9 Justiça constitucional e princípio democrático

Jorge Miranda

22 Tensões entre a justiça constitucional e os demais poderes

Carlos Blanco de Moraes

50 Segurança humana e desenvolvimento

Rene Sampar e Flávio Pansieri

81 O efeito suspensivo dos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores brasileiros e o princípio da presunção de inocência: um breve percurso histórico

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior

124 A decisão de inconstitucionalidade: limites e possibilidades do controle de constitucionalidade de leis, por órgãos administrativos, em diálogo com a jurisdição constitucional brasileira e com o exercício das competências do conselho nacional de justiça

Paulo Gonet Branco e Ilton Norberto Robl Filho

- 167** Antes e depois de Dworkin: a interpretação constitucional como problema funcional
Luís Pereira Coutinho
- 203** Jurisdição constitucional e modulação de efeitos em matéria tributária: uma análise a respeito de alguns julgamentos do stf sobre o “excepcional” interesse social
Fernanda Rodrigues Reis e Luciano Bernart
- 238** O conceito de constituição na carta brasileira de 1824
Luis Henrique Braga Madalena
- ARTIGOS VENCEDORES DO CONCURSO DE MONOGRAFIAS DO
SUMMER SCHOOL | LISBOA
- 260** Reações legislativas a decisões judiciais: o efeito backlash e o diálogo institucional frente à Emenda Constitucional n.º 96
Stefano Ávila Pavan, Mariella Kraus e Clarindo Epaminondas de Sá Neto
- 297** A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português
Daniela Marques de Moraes e Guilherme Gomes Vieira
- 336** Reserva do possível e mínimo existencial na realidade fiscal brasileira: o estado de exceção econômico como paradigma de governo e os desafios contemporâneos da teoria constitucional
Cynara Monteiro Mariano e Davi José Paz Catunda

Justiça constitucional e princípio democrático

Constitutional justice
and democratic principle

JORGE MIRANDA¹

1. Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela coletividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma Lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade) mas tam-

¹ Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Por impossibilidade de tempo e por razões de saúde, não pude escrever um artigo original. Servi-me de páginas dedicadas ao tema do meu livro *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, 2018, págs. 141 e segs., com um aditamento.



bém positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo²?

2 Nota do Autor: Cfr. entre tantos, ALDO SANDULLI, *Sulla «posizione» della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, págs. 705 e segs.; PAOLO BARILE, *La Corte Costituzionale organo sovrano*, in *Studi in onore di Emilo Crosa*, obra coletiva, I, Milão, 1960, págs. 527 e segs.; GEHARDT LEIBHOLZ, *El Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política*, in *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad., Madrid, 1971, págs. 147 e segs.; OTTO BACHOF, *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, trad., Coimbra, 1980; GARCIA DE ENTERRIA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidad e perspectivas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, págs. 35 e segs.; GARCIA PELAYO, *El «status» del Tribunal Constitucional*, *ibidem*, 1981, págs. 11 e segs.; JAVIER SALAS, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno*, *ibidem*, 1982, págs. 141 e segs.; PAOLO CARETTI e ENZO CHELI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1984, págs. 24-25 e 36; ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.^ª ed., 1986; ALESSANDRO PACE, *Corte Costituzionale e «altri» giudici, tra «garantismo» e «sensibilità politica»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra coletiva, I, págs. 587 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional*, in *Revista do Ministério Público*, 1988, págs. 9 e segs.; CARLOS S. NINO, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, setembro-dezembro de 1989, págs. 79 e segs.; OTTO KIMMINICH, *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 105, janeiro-março de 1989, págs. 283 e segs.; RONALD DWORKIN, *Equality, democracy and Constitution: We the People in Court*, in *Alberta Law Review*, xxviii, n.º 2, 1990, págs. 324 e segs.; JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung-Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. *Droit et démocratie*, Paris, 1997, págs. 261 e segs.; YOICHI HIGUCHI, *La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation*, in *Rapports Généraux – XIVème Congrès International – Académie Internationale de Droit Comparé*, Atenas, 1994, págs. 597 e segs.; *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, obra coletiva, Coimbra, 1995; LOUIS FAVOREU, *La notion de Cour Constitutionnelle*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra coletiva, III, Coimbra, 1998, págs. 1067 e segs.; GUY SCOFFONI, *La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, págs. 243 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra, 2000, págs. 313 e segs.; JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *Algumas reflexões em torno da justiça constitucional*, in *Perspectiva do Direito no início do século XXI*, obra coletiva, Coimbra, 2000, págs. 113 e segs.; CÉSAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, São Paulo, 2002; OMAR CHIESSA, *Corte Costituzionale e trasformazione della democrazia pluralistica*, in *Corte Costituzionale e processi di decisione politici*, obra coletiva, Turim, 2005, págs. 17 e segs., *maxime* 46 e segs.; WALBER DE MOURA AGRA, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, 2005, *maxime* págs. 107 e segs.;

Ir para o índice

Vale a pena reter as posições de alguns Autores.

2. Segundo John Rawls³ em sistema de governo constitucional, o poder último, ou fundamental não pode ser atribuído ou deixado à Assembleia Legislativa ou mesmo ao Supremo Tribunal de Justiça, que é apenas o intérprete judicial mais elevado da Constituição. O poder último ou fundamental é detido pelos três poderes numa relação devidamente especificada entre eles, sendo cada um responsável perante o povo. (...)

Ao aplicar a razão pública, o Supremo Tribunal evita que a Lei seja corróida pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais, organizados e influentes, que se mostrem particularmente capazes de levar a sua avante. Se o Supremo assumir este papel

MARC VERDUSSEN, *Un procès constitutionnel légitime*, in *Renouveau du Droit Constitutionnel*, obra coletiva, págs. 473 e segs.; PEDRO DERMIZAKY, *Justicia constitucional y democracia*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13, 2009, págs. 2007 e segs.; MAURO ARTURO RIVERO LEÓN, *Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario*, in *Cuestiones Constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional)*, 2010, págs. 223 e segs.; EMERSON GARCIA, *Jurisdição constitucional e legitimidade democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade*, in *De Jure* (Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), n.º 14, janeiro-junho de 2010, págs. 96 e segs.; *Legitimidade da jurisdição constitucional*, obra coletiva (org. de António Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira), Rio de Janeiro, 2010; *Jurisdicción constitucional y democracia*, obra coletiva, Madrid, 2011; JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO, *Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos*, in *Direito CONSTITUCIONAL, Estado de Direito e Democracia – Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, obra coletiva, São Paulo, 2011, págs. 365 e segs.; ALAIN DELCAMP, *Le cadre institutionnel des relations entre les Parlements et les juges constitutionnels*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2011, págs. 549 e segs.; RICARDO LEITE PINTO, *O papel do Supremo Tribunal no sistema político-constitucional norte-americano e a questão da “politicidade” da justiça constitucional: a decisão sobre a Lei da reforma dos cuidados de saúde*, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, I, Coimbra, 2012, págs. 215 e segs.; ROBERT ALEXY, *Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, II, págs. 511 e segs.; FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, págs. 101 e segs.

3 J. RAWLS. *Political Liberalism*, trad. *O liberalismo político*, Lisboa: Presença, 1996, p. 225 e ss.



e o desempenhar com eficácia, será incorreto dizer que é manifestamente antidemocrático. É, com efeito, antimaioritário no que respeita à legislação corrente, dado que um Supremo Tribunal, com a sua prerrogativa de revisão de juízo, pode considerar e declarar qualquer Lei ordinária inconstitucional. No entanto, a autoridade superior do povo apoia essa competência.

O Supremo Tribunal não é antimaioritário em relação à Lei fundamental quando as decisões da maioria concorrem razoavelmente com a própria Constituição e com as suas emendas e interpretações politicamente mandatadas.

O papel do Supremo não é meramente defensivo. Com efeito, ao servir como paradigma institucional da razão pública, o seu papel é o de a realizar e assegurar o seu contínuo efeito. Isto significa, em primeiro lugar, que a razão pública é a única razão que o Supremo exerce. E o único Órgão do Estado em que visivelmente se manifesta a razão pública e apenas ela. Os cidadãos e os legisladores podem votar apropriadamente as suas mais abrangentes perspectivas quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estão em jogo; não necessitam de justificar o sentido do seu voto através da razão pública ou tornar consistentes os fundamentos desse voto e articulá-los dentro de uma perspectiva constitucional coerente que cubra o conjunto completo das suas decisões.

3. Para BRUCE ACKERMANN⁴ o Supremo Tribunal dos Estados Unidos funciona como garante do legado constitucional do passado nos períodos de estabilidade política, tempos normais de governo, e como de-

⁴ B. ACKERMAN. *We the People: Foundations*, trad. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7 e ss..

positário desse legado em relação ao futuro nos momentos de mutação político-constitucional.

Por um lado, “rejeitando um dispositivo de Lei normal, a Corte busca um objetivo menor do que a democracia em si. Ela questiona o mandato popular de políticos e estadistas na capital federal. Embora todos esses representantes tenham sido eleitos, eles o foram com base na votação da maioria dos cidadãos que reconhecem não terem delegado a resolução de questões essenciais que merecem atenção especial. O Presidente e o Congresso normalmente não dispõem de apoio efetivo do povo norte-americano para atacar os princípios estabelecidos pelo sucesso conquistado no passado no âmbito da política constitucional. Se a Corte (...) achar que esses políticos e estadistas foram além do seu mandato, ela estará ampliando a democracia, e não a frustrando, ao revelar nossos representantes como meros “porta-vozes” do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento coletivo do povo em si mesmo.”(...)⁵.

Mas, por outro lado, “a Suprema Corte, no seu exercício interpretativo, torna-se um aspeto fundamental de empreendimento da soberania popular voltado para o futuro. Buscando representar as implicações concretas dos princípios passados estabelecidos em nome do povo, a Corte convida o grupo dominante de políticos e estadistas, bem como o público em geral, para um diálogo crítico sobre o futuro: e se houver algum erro grave no legado constitucional herdado do passado, como o identificaríamos precisamente?”⁶.

5 B. ACKERMAN, *cit.* 3, p. 366

6 B. ACKERMAN, *cit.* 3, p. 369



4. Para JÜRGEN HABERMAS⁷, a concepção republicana da política lembra que existe um nexu interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. O Tribunal Constitucional, nesta ótica, deve, no âmbito das suas competências, agir de tal maneira que o processo de emanação do Direito seja posto em prática em condições legitimantes de *política deliberativa*. Ora, esta acha-se ligada às condições comunicacionais muito exigentes das arenas políticas que não coincidem com a formação da vontade institucionalizada nos corpos parlamentares e se estendem ao espaço público político, ao seu contexto cultural e à sua base social⁸.

A questão de saber se o Tribunal Constitucional está chamado a desempenhar um papel ativista ou modesto não se discute em abstrato. Se se compreender a Constituição como a interpretação e o desenvolvimento de um sistema de direitos em que se faz valer aquele nexu interno entre autonomia privada e autonomia público, um exercício ofensivo do Direito constitucional, longe de prejudicial, é mesmo normativamente requerido em todos os casos respeitantes à realização do procedimento democrático e do modo deliberativo da formação da opinião e da vontade política⁹.

5. Segundo a síntese de PETER HÄBERLE, o Tribunal Constitucional é o regulador do processo contínuo de garantia e atualização da Constituição enquanto contrato social¹⁰.

7 J. HABERMAS. *Fäkzität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts Und Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. francesa *Droit et Démocratie*, Paris: NRF Essais, Gallimard, 1997, p. 261 e ss.

8 J. HABERMAS. *cit.6*, p. 298.

9 J. HABERMAS. *cit.6*, pp. 303-304.

10 P. HÄBERLE. *O Direito processual constitucional como Direito constitucional concretizado frente à judicatura do Direito Constitucional*. In *Novos ensaios constitucionais e uma aula de Jubileu*, trad., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

A função de jurisdição constitucional consiste na restrição, na racionalização e no controlo do poder estatal e social; e é a cooperação material no consenso básico¹¹.

6. Por seu turno, para ROBERT ALEXY¹², a democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o Parlamento precisa de ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo Parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista, argumentativa ou discursiva.

A representação do povo por um Tribunal Constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa. O facto de que a representação pelo Parlamento é tanto volitiva como argumentativa mostra que representação e argumentação não são incompatíveis¹³.

A existência de argumentos bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o Tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, de aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento

11 P. HÄBERLE. *cit.9*, p. 150.

12 R. ALEXY. *Constitucionalismo Discursivo*. L. AFONSO HECK, trad. e org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163 e ss.

13 R. ALEXY, *cit.11*, pp. 163-164.



por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que sejam capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos¹⁴.

7. Está aqui em jogo, não qualquer concepção de democracia (das muitas que têm sido propostas e das muitas que diferentes regimes invocaram no século XX), e tão só a concepção de democracia pluralista e representativa de matriz ocidental (em que nasceu o Tribunal Constitucional).

Ora, se democracia postula maioria – com as múltiplas interpretações e reelaborações filosóficas e teoréticas de que tem sido alvo¹⁵ – não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, através ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos, e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância¹⁶.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objetivista, em último termo visa a salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade.

14 R. ALEXY, *cit. 11*, p. 165

15 Nota do Autor: A bibliografia é imensa. Vide o resumo em *Manual de Direito Constitucional*, tomo VII-7, Coimbra, 2007, p. 92 e ss.; ou, doutra ótica, em J. J. GOMES CANO-TILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2004, p. 1409 e ss.

16 J. MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional - Estrutura Constitucional da Democracia*, Tomo VII-7, Lisboa: Coimbra, 2007, p. 85 e ss.

Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos atos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramaioritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão de maioria não consistente no contexto global do sistema¹⁷.

8. Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os atos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar atos com a força de

17 Nota do Autor: Cfr. A. DE ARAÚJO e P. COUTINHO MAGALHÃES. *A Justiça Constitucional: uma instituição contra a maioria?* In *Análise Social* nº 154-155, 2004, Lisboa: ISCTE, p. 207 e ss.



Lei. É por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar¹⁸.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos e evita escolhas fora do «arco constitucional»)¹⁹.

Num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia atual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão²⁰.

18 Nota do Autor: É por isso também que um sistema do Tribunal Constitucional é muito mais transparente do que um sistema de Supremo Tribunal de Justiça de modelo continental, pois nele conhecem-se, à partida, as origens dos seus juízes, eleitos ou nomeados.

19 Nota do Autor: Cfr. P. COUTINHO MAGALHÃES e A. DE ARAÚJO. *A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português*. In *Análise Social* nº 145, 1998, Lisboa: ISCTE, p. 18 e ss. (salientando, designadamente, o direito de veto de cada um dos partidos proponentes a candidatos propostos pelo outro partido).

20 Nota do Autor: Cfr. J. CHEVALIER *et al.* *Le juge constitutionnel et l'effet Bec-ket*. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, obra coletiva, Paris: Presses Universitaires de France, p. 83 e ss.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma *legitimidade de título* assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma *legitimidade de exercício* equiparável à dos juizes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito – donde, mais uma vez, *Estado de Direito democrático* (artigo 2.º da Constituição portuguesa) ou *Estado democrático de Direito* (artigo 1.º da Constituição brasileira).

9. Os trabalhos com que se defrontam os Tribunais Constitucionais e os Supremos Tribunais homólogos afigura-se extremamente árduo, sobretudo na fiscalização abstrata, em que eles não podem deixar de ter presentes os parâmetros políticos das Leis. Não raro, são esses os casos em que eles, com ou sem razão, são acusados de ativismo jurídico²¹.

De resto, tal como a respeito dos juizes dos tribunais em geral, importa não esquecer que qualquer juiz – mesmo desprendendo-se o mais possível deles – possui preocupações e sensibilidades próprias (o que não pode é levá-las para a fundamentação das suas decisões). Parafraseando como fazia ORTEGA Y GASSET, dir-se-á que qualquer juiz é ele próprio e a sua circunstância²².

Entretanto, ao longo dos anos, a jurisprudência constitucional vai-se sedimentando e tornou-se assaz frequente o aproveitamento dos acór-

21 Nota do Autor: Cfr., por todos, E. DA SILVA RAMOS. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Ou em Portugal, G. DE ALMEIDA RIBEIRO e L. PE-REIRA COUTINHO. *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaio crítico*, Coimbra: Almedina, 2004; ou ainda, J. REIS NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*, Coimbra: Almedina, 2014.

22 Nota do Autor: Cfr. L. ROBERTO BARROSO. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*. In *Revista Jurídica da Presidência*, 2010, Vol. 12, nº. 96, pp. 5-43.



dãos de outros Tribunais Constitucionais perante problemas similares e até de acórdãos de tribunais internacionais como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²³.

REFERÊNCIAS

B. ACKERMAN. *We the People: Foundations*, trad. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

J. HABERMAS. *Fäkzität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts Und Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. francesa *Droit et Démocratie*, Paris: NRF Essais, Gallimard, 1997.

J. MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional - Estrutura Constitucional da Democracia*, Tomo VII-7, Lisboa: Coimbra, 2007.

J. RWALS. *Political Liberalism*, trad. *O liberalismo político*, Lisboa: Presença, 1996.

P. HÄBERLE. *O Direito processual constitucional como Direito constitucional concretizado frente à judicatura do Direito Constitucional*. In

23 Cfr. M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 101 e ss.; D. MAUS, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*. In *Revue de Droit Public*, 2009, p. 675 e ss.; C. SANTOS BOTELHO *et al*, *Lost in translation e crescente importância do Direito Constitucional Comparado em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2010, p. 49 e ss.; A. RAMOS TAVARES, *Modelos de uso de jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, I, págs. 261 e ss.; ANDREA, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2012, p. 973 e ss.; *La cooperation entre les cours constitutionnelles en Europe*, Viena, 2014; M. RAMIRES, *Diálogo judicial internacional*, Rio de Janeiro, 2016; J. DE SOUSA RIBEIRO, *Encontros e desencontros entre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a jurisprudência nacional em Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 2019.



Novos ensaios constitucionais e uma aula de Jubileu, trad., São Paulo: Saraiva, 2012.

R. ALEXY. Constitucionalismo Discursivo. L. AFONSO HECK, trad. e org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

[Ir para o índice](#)

Tensões entre a Justiça Constitucional e os demais poderes

Tensions between
Constitutional Justice
and other powers

CARLOS BLANCO DE MORAIS¹

SUMÁRIO

1. Separação de poderes e limites ao poder judiciário como custódia da Constituição: introdução e equações problemáticas; 1.1 Introdução: quatro situações conflituais; 1.2 Características comuns; 2. Alguns fundamentos da incursão dos tribunais constitucionais no campo da criatividade e da inovação normativa; 3. A justiça constitucional como quarto poder acima dos restantes

1 Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidente do Grupo (Departamento) de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público. Consultor Sénior do Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros de Portugal



poderes? 4. Tipologia das tensões entre a justiça constitucional e outras instituições; 4.1 Tensões de baixa intensidade; 4.2 Tensões de intensidade moderada; 4.3 Tensões de intensidade elevada; 4.4 Tensões de alta intensidade; 5. Separação de poderes e o problema da controlabilidade pelos dos tribunais constitucionais; Referências.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES E LIMITES AO PODER JUDICIÁRIO COMO CUSTÓDIO DA CONSTITUIÇÃO: INTRODUÇÃO E EQUAÇÕES PROBLEMÁTICAS

1.1 Introdução: quatro situações conflituais

No decurso do ano de 2013 o Brasil foi confrontado com um intenso debate em torno de um projeto de Emenda constitucional, a chamada PEC 33, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso e através da qual se intentou limitar, drasticamente, os poderes do STF, nomeadamente:

- I. Impondo uma maioria de 9 dos 11 juízes para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do poder público e para a edição de súmulas vinculantes, delimitando-se estritamente os pressupostos de edição destas últimas e prevendo-se a perda da sua efetividade por decisão do Congresso (97.º e 103-A);
- II. Determinando que as declarações de inconstitucionalidade de emendas à Constituição não dispusessem de força erga omnes e efeito vinculante até à apreciação do Congresso que caso se opusesse à

Ir para o índice

decisão poderia convocar o eleitorado que atuaria como árbitro em consulta popular.

Nos anos de 2012 e 2013, em Portugal a Ministra da Justiça e o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça bem como o líder parlamentar da bancada governamental no Parlamento defenderam a extinção do Tribunal Constitucional e o cometimento das suas funções a uma secção especializada do Supremo Tribunal de Justiça.

Uma década antes, em 1993, na sequência da declaração de inconstitucionalidade, em 14 de Agosto desse ano, de disposições de uma Lei rigorosa em matéria de imigração pelo Conselho Constitucional de França, Charles Pasqua, Ministro do Interior acusou no Parlamento os juízes de vetarem uma política governamental ratificada nas urnas. Em Novembro foi introduzida uma alteração constitucional em matéria de direito de asilo que e permitiu ao Governo dobrar o Conselho Constitucional. Mais remotamente, Bruce Ackerman em “We the People”² descreve-nos como o Presidente Roosevelt se dirigiu dramaticamente ao País contra o ativismo do Supremo Tribunal Federal e se fez reeleger em 1936 de modo a reforçar a sua posição no Congresso contra 4 juízes do STF que bloqueavam as políticas sociais do *new deal*, através de algo que ou autor qualificou como plebiscito contra o Supremo, que recuou. Qual o elo comum entre todos estes factos dispersos e oriundos de ordenamentos distintos?

O elo em causa consiste na existência de tensões e conflitos entre o poder jurisdicional envolvido no controlo de constitucionalidade e os

2 B. ACKERMAN. *We the People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 279.



restantes poderes do Estado. Como é natural, a tensão entre poderes constitui no Estado democrático uma realidade comum, assimilada pela ordem jurídica e pela prática constitucional. O conflito é inerente à política e o direito existe para o regular, dentro um conjunto de regras do jogo que integram, segundo alguns autores³, o consenso básico de Estado que inere às Constituições. Conflitos entre instituições e agentes que exercem a função política, disputas no interior de coligações, conflitos entre o Presidente e Governo em cenários de coabitação nos semipresidencialismos francês e português e conflitos entre o Executivo e o Parlamento nos sistemas parlamentares e semipresidenciais são realidades recorrentes e foram há muito interiorizadas através de procedimentos jurídicos e práticas políticas. Mal irão regimes democráticos nascentes quando os conflitos não se solucionam por via constitucional, mas na rua ou nos quartéis.

Já menos comum será o conflito aberto entre o legislador e os tribunais, com relevo para a Justiça Constitucional. Isto porque os tribunais constitucionais existem precisamente para, numa posição de imparcialidade, dirimirem no plano jurídico conflitos que envolvem a invalidade de normas no contexto de litígios travados entre uma pluralidade de protagonistas: entre Legislativo e Executivo, entre maioria parlamentar e oposições, entre legislativo e outros órgãos de soberania ou corporações e entre legislativo e os cidadãos individualmente considerados. No controlo de constitucionalidade há sempre uma triangulação: o recorrente ou o autor do pedido; o tribunal recorrido ou o autor da norma ou; e o

3 Nota do Autor: Cfr. D. EASTON. *A System Analysis of Political Life*. New York: John Wiley & Sons, 1965 e G. SARTORI. *Teoria de La Democracia: el debate contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1988, Tomo II-2, p. 123 e ss.

Tribunal Constitucional. Daí que os conflitos explícitos entre o Tribunal Constitucional (TC) como árbitro e os restantes poderes do Estado como parte sejam, em regra, pouco frequentes⁴ atenta a posição supra-partes de que é reconhecido ao órgão máximo da Justiça Constitucional que profere decisões que fazem caso julgado. Ainda assim é comum a crítica política e doutrinária ao teor de certos acórdãos mais controversos.

A menor dimensão política dessa conflitualidade explica-se, em primeiro lugar, do lado do poder político, pela “deslegitimação” que o legislador ou o Governo sofrem quando contestam mais assertivamente as decisões de um “árbitro” ou quando ameaçam desacatar decisões de tribunais supremos envolvidas, ainda, numa certa aura de sacralidade. Mas do lado dos tribunais a conflitualidade aberta é também evitada na medida em que, como refere Zagrebelski, a legitimidade de um Tribunal Constitucional deriva da solidez da fundamentação das suas decisões e dos consensos que logre gerar. Decisões permanentemente contestadas e politicamente controvertidas afetam a imparcialidade do juiz e nada pior para a autoridade de uma instância judiciária do que imputações recursivas de falta de imparcialidade ou de captura ideológica. Situações desse tipo só se prolongam impunemente quando o poder legislativo é fraco ou publicamente desprestigiado. Por outro lado, os Tribunais Constitucionais e os seus juízes, salvo situações excecionais, não podem fazer declarações públicas de resposta aos políticos, sob pena de perda do seu estatuto imparcialidade e autoridade, o que ocorre quando descem à arena política.

4 Nota do Autor: Cfr. C. GARDNER GEYH. *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America Judicial System*. Ann Arbor: Michigan Press, 2006, p.51 e ss., p. 113 e ss., p. 171 e ss. e p. 253 e ss.



Ordinariamente, é o poder político a instância mais afetada pelos conflitos de baixa intensidade: primeiro porque atua quase sempre dividido (entre governo e oposição) em face de juízes unidos corporativamente (união que envolve inclusive os protagonistas dos votos dissidentes); e em segundo lugar porque, tratando-se da validade de direito ordinário, a última palavra cabe à Justiça Constitucional, cuja decisão faz caso julgado.

Ainda assim os exemplos supra referidos revelam situações excepcionais de conflitos com maior intensidade.

1.2 Características comuns

Examinando-os em conjunto cumpre concluir que os mesmos exibem as seguintes características comuns:

- i) Têm lugar em períodos de “engrandecimento” do poder dos órgãos de Justiça Constitucional em face das demais instituições (STF do Brasil desde 2000, TC português desde o início das medidas de austeridade impostas pelos credores (2012), CC francês durante a presidência Badinter, TC italiano na fase da explosão das sentenças intermédias (Rossi, Elia, Paladin, Pergola, Saja já em fase descendente) e STF americano no tempo dos “4 cavaleiros do apocalipse”;
- ii) O engrandecimento do órgão envolve momentos de afirmação e prestígio público do Tribunal Constitucional associados a exibições de poder que envolvem tanto juízos de censura sobre políticas públicas centrais das maiorias políticas, como decisões que impli-

Ir para o índice

cam desequilíbrios orçamentais ou a compressão das competências da jurisdição ordinária;

- iii) O conflito extrema-se sempre que os restantes órgãos soberanos entendem que o Tribunal Constitucional se extralimitou nas suas competências e se imiscuiu objetivamente na reserva legislativa sob o pretexto de interpretar a Constituição, exibindo um grau de inovação político-normativa que se mostra incompatível com os atributos prototípicos do princípio da separação de poderes;
- iv) A via seguida pelo Tribunal Constitucional para proferir sentenças de natureza normativa que por vezes entram na avaliação do mérito das políticas públicas envolve: o uso discricionário de fórmulas e cânones menos ortodoxos de interpretação (como as vias probabilísticas ou tópicas); o recurso a ponderações, sem argumentação cabal nem fórmulas de peso entre princípios de forte indeterminação (interesse público, propriedade, igualdade, tutela da confiança, proporcionalidade e ainda justiça e moralidade); a prolação de sentenças, substitutivas ou de mutação constitucional; e ainda, juízos de otimização sobre o melhor direito válido aplicável.

Daqui resulta que a criatividade tanto pode envolver juízos predominantemente negativos fundados em critérios principiológicos criativamente trabalhados ou juízos positivos, derivados de sentenças dotadas de efeitos normativos e vinculantes.



Diversamente da situação de baixa conflitualidade, o desfecho destas situações de maior tensão pode ter rumos diversos: Nos EUA e em França, respetivamente, as ameaças de revisão ou Emenda constitucional ou no segundo caso a sua própria efetivação fizeram recuar a Justiça Constitucional. No Brasil, onde o STF se tornou o Tribunal Constitucional mais poderoso do mundo, desenvolvendo um imaginativo ciclo de criação de Direito Constitucional a partir das suas decisões em face de um Congresso descrito por muitos como enfraquecido, lembro-me de ter dito há dois anos em Lisboa que esse engrandecimento, o qual leva essa instituição a tocar em todas as funções do Estado, seria um dia confrontado com uma reação forte do poder legislativo a respeito dos limites das suas competências e ao alcance extremo das suas decisões.

Importa, observar as razões que têm levado os Tribunais Constitucionais uma criatividade normativa passível de alterar os equilíbrios inerentes à separação de poderes e a potenciar alguns dos conflitos descritos.

2. ALGUNS FUNDAMENTOS DA INCURSÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO CAMPO DA CRIATIVIDADE E DA INOVAÇÃO NORMATIVA

Destacaria cinco razões dominantes que justificam uma criatividade normativa dos Tribunais Constitucionais com efeitos problemáticos para o princípio da separação com interdependência de poderes. Não desenvolveremos o fenómeno nos países de “Common Law”, como os Estados Unidos, em que a criatividade dos tribunais se ancora em fundamentos muito próprios, mas antes nos sistemas romanistas.

Cumpre, então, destacar como causas principais:

[Ir para o índice](#)

- i) A revalorização do regime de aplicabilidade das normas constitucionais que declaram direitos sociais prestacionais, sobretudo quando se lhes reconhece aplicabilidade direta, com desvalorização do papel da intermediação da Lei;
- ii) A revalorização, em sede de normas constitucionais, dos princípios e dos conceitos normativos indeterminados como parâmetro de constitucionalidade, permitindo aos tribunais criar regras jurisprudenciais primárias a partir de conteúdos principiológicos de caráter indefinido;
- iii) A revalorização de novos cânones ou pretensos métodos interpretativos pelo juiz-intérprete, específicos do Direito Constitucional, os quais tendem a sobrepor-se ao programa interpretativo da dogmática jurídica.
- iv) A revalorização estatutária da Justiça Constitucional como poder corretivo e supervisor da unidade da ordem constitucional, que não apenas sanciona, mas também repara com efeitos futuros as situações inconstitucionais através de sentenças intermédias ou manipulativas, colocando-se termo à conceção kelseniana do papel estrito da Justiça Constitucional como simples legislador negativo;
- v) A revalorização e cristalização da jurisprudência constitucional consolidada como parâmetro normativo dos juízos de validade de normas, criando-se uma espécie de positivismo normativo ou “legislação concorrente” de fonte jurisprudencial.



3. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMO QUARTO PODER ACIMA DOS RESTANTES PODERES?

Certos autores falam na Justiça Constitucional como um quarto poder.

Alguns (Balaguer Callejón⁵) reconhecem que o Tribunal excede a mera aplicação das normas já que exerce função de controlo e de interpretação das mesmas e dos seus parâmetros constitucionais com a força de interpretação autêntica. Outros fazem sobrelevar as suas funções arbitrais⁶. Seria assim um “sexto poder” (Cezar Saldanha⁷) ou um “quarto poder” desgarrado dos poderes tradicionais (Favoreu⁸) dotado da última palavra na definição das funções do Estado, do tracejado das fronteiras entre os diversos poderes e da invalidação de atos que contradigam essa definição. Marshall já antecipa: o STF decide pelo Governo como um todo o que a Constituição quer dizer e censura os atos que excedam os poderes estabelecidos.

Estaríamos assim, em certos ordenamentos, diante de um meta-poder de controlo, associado a faculdades interpretativas, materialmente normativas, corretivas e arbitrais.

Contudo, a Justiça Constitucional não foi concebida nas Constituições democráticas como um quarto poder. Não sendo um tribunal como os outros, integra a função jurisdicional pois deve aplicar o Direito segundo critérios de independência, passividade e imparcialidade. Nunca foram intencionalmente criado como quarto poder acima dos restantes, pois o Legislativo, investido numa legitimidade popular, jamais admitiria essa possibilidade.

5 Nota do Autor: Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN ult. loc cit, p. 265 e seg.

6 Nota do Autor: Cfr. Intervenção do Presidente da República de Portugal na sessão comemorativa do XX Aniversário do Tribunal Constitucional (27/11/2003).

7 C. SALDANHA SOUZA JÚNIOR. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 122.

8 L. FAVOREAU. *La jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*, Madrid: Dykinson, 1997, p. 106.

Ainda assim, seja pela “força dos factos” que têm atribuído uma *vis expansiva* aos seus poderes, seja pela capacidade de determinar os contrafortes da sua competência (Kompetenz/Kompetenz), certos órgãos de Justiça Constitucional passaram a legislar materialmente e a moderar os restantes poderes com o pretexto de efetivar direitos sociais, concretizar princípios, interpretar da Constituição, corrigir normas inconstitucionais, substituir-se se a um legislador omissivo e arbitrar conflitos institucionais.

A Justiça Constitucional emerge, neste contexto, como uma espécie de *quarto poder de facto* e não de Direito, numa lógica crescentemente ativista, cujo longo alcance, como aquele a que chegou o STF brasileiro, toca todas as funções do Estado e desafia até o princípio da legalidade penal, ao ter equiparado, em 2019, o novo crime de homofobia ao crime de racismo numa surreal interpretação analógica. Alguns Tribunais Constitucionais, presumíveis guardiões da separação de poderes, *the least dangerous branch*, passam assim a protagonizar o mais sério desafio contemporâneo a essa separação.

As normas jurisprudenciais são critérios infraconstitucionais extraídos da motivação determinante das decisões e que têm a pretensão de, com alcance geral, interpretar autorizadamente a Constituição. Ora, essas normas, na medida em que fujam do texto ou do programa normativo da decisão constituinte, que não justifiquem materialmente de forma suficiente e adequada as suas decisões, ou que, incorporando juízos de mérito, coartem no seu detalhe excessivo a liberdade do legislador democrático, acabam por constituir um avatar, uma Constituição real colocada a par da Constituição positiva que disputa ao legislador democrático a possibilidade que lhe assiste de decidir políticas públicas.

A ideia de flexibilidade e ductilidade da incidência do princípio da separação de poderes de acordo com a configuração própria de cada



Constituição tem os seus limites, sob pena de subversão do “ethos” do Estado de direito democrático. É que, por maior que seja o esbatimento de fronteiras entre as funções do Estado e por mais extensa que também seja a aptidão da Constituição para configurar em concreto o modo de exercício das competências dos órgãos de soberania, existem parâmetros teleológicos que, caso sejam ultrapassados, impedem que se possa invocar o respeito pelo princípio da separação de poderes.

Esta exigência começa por exprimir-se no exercício dos poderes constituídos e veda a um órgão, formalmente a coberto de uma competência própria, a possibilidade de se intrometer no âmago de competências alheias e de exercer, no limite, funções que a Constituição lhe não comete nem deveria axiologicamente cometer. Não será admissível que os órgãos que exercem o primado de uma função o viessem a perder em favor de outro órgão a quem coubesse, em tese, o primado de uma função distinta. Esse conteúdo central de cada poder constitui, igualmente, um limite jurídico ao próprio poder de revisão constitucional e um *limite ético-político* ao próprio poder constituinte de um Estado democrático.

Com efeito, no que tange ao poder constituinte, o princípio da separação de poderes não pode ser desfigurado pela arrumação constitucional específica das competências dos poderes soberanos em termos que envolvam a negação do seu “centro de gravidade”, o qual radica em três dos seus pilares axiológicos e objetivos políticos fundacionais: i) a partilha do poder político por uma pluralidade de centros de decisão como forma de o limitar; ii) a preclusão de uma concentração omnicompetente do poder “numa só mão” (Kelsen); iii) e a proibição ingerências de certos órgãos no núcleo essencial das competências de outros.

Uma Constituição que permita que um dos órgãos soberanos se arrogue ao exercício de poderes substitutivos em relação aos restantes órgãos

ou que tolere que um órgão exerça materialmente funções alheias, sob o manto formal do exercício de funções próprias, não respeita a teleologia do princípio da separação de poderes. Não seria possível, igualmente, falar em separação de poderes se o núcleo essencial de mais de uma função do Estado estivesse concentrada num só órgão.

Ora essa distribuição de funções, operada por via de uma repartição de competências conforme com o princípio da separação de poderes implica o respeito pelo núcleo essencial deste princípio (*teoria do núcleo essencial*) (Canotilho).

Neste sentido, o poder constituinte, sendo juridicamente ilimitado, não pode sob um ponto de vista ético e político, no contexto do Estado de direito democrático impor, pelo menos, uma realidade: a entronização do princípio da separação de poderes em paralelo com uma contraditória configuração de competências dos órgãos de soberania que negue a teleologia do mesmo princípio. Se essa entronização ocorresse, o princípio teria um valor nominal ou inexistente e o perfil do Estado, embora eventualmente pudesse ser o de uma democracia competitiva, não seria pelo menos o de um Estado de direito (já que o direito deixaria de limitar o poder político de uma forma funcionalmente adequada).

“Omnipotência ou tirania parlamentar maioritária”, “cesarismo plebiscitário do Executivo” ou “governo de juízes” constituem manifestações patológicas do Estado democrático, quando se relativiza para além do admissível a nível da distribuição e exercício de competências soberanas, o núcleo essencial de cada uma das funções do Estado à luz do princípio da separação de poderes.

A atualização do princípio da separação de poderes envolve, deste modo diversas variáveis e diferentes formas de reconfiguração do exer-



cício de competências as quais não podem, contudo, sacrificar os três postulados supra referidos.

4. TIPOLOGIA DAS TENSÕES ENTRE A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OUTRAS INSTITUIÇÕES

4.1. Tensões de baixa intensidade

Envolvem quadros de insatisfação do legislador cujas suas políticas públicas são julgadas inconstitucionais num litígio que os opõe a outros poderes do Estado. Envolve um acatamento inconformado das mesmas decisões ou a formulação pública de discordâncias, pese que respeitadas, em relação à Justiça Constitucional⁹.

Em Portugal e no Brasil é comum a prolação deste tipo de decisões e o Executivo ou os deputados da maioria costumam exibir contenção, afirmando respeitar a decisão do Tribunal Constitucional mas exprimindo o seu diverso entendimento sobre a matéria. O facto de os fundamentos da decisão jurisdicional traçarem orientações para o futuro sobre o que será, ou não, constitucionalmente permitido, nem sempre é encarado pelo legislador como uma bússola auxiliar mas como uma intrusão na função legislativa.

Noutras situações a Justiça Constitucional assume um papel arbitral entre poderes desavindos, nem sempre compreendido pela parte vencida quanto ao desfecho efetivo do processo.

⁹ Nota do Autor: Retoma-se, aqui, parcialmente, o que escrevemos no capítulo da obra coletiva *Processo Constitucional*, intitulado “A Justiça Constitucional e as Suas Relações com os Demais Poderes do Estado”, Coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Em Junho de 2016, nos Estados Unidos da América (EUA), um STF dividido invalidou uma *executive order* de Obama que impedia a deportação de 4 milhões de imigrantes ilegais sem registo criminal e com filhos nos EUA. O Presidente manifestou em conferência de imprensa a sua frustração pelo facto de o STF não ter decidido sobre a questão de mérito substancial, mas por razões presas à inconstitucionalidade orgânica.

Foi também, no Brasil, o caso da admissibilidade do regulamento delegado, não previsto na Constituição, arbitrada em favor do Executivo (ADI 2.387).

4.2. Tensões de intensidade moderada

Resultam de decisões que criam desconforto e até uma reacção no legislador ou nos tribunais comuns pelo facto de a Justiça Constitucional entrar na sua seara competencial.

Foi em Itália, o caso das reacções dos tribunais comuns à interpretação conforme à Constituição e às sentenças aditivas criativas, proferidas pelo Tribunal Constitucional italiano, formalizadas na recusa de aplicação da componente normativa dessas sentenças. Os tribunais consideraram a componente normativa da sentença do Tribunal Constitucional ineficaz ou não vinculativa por implicar uma extralimitação das suas competências. O conflito foi solucionado com recuo do Tribunal Constitucional que passou a restringir a interpretação conforme (que cedeu em caso de existência de “direito vivente” não inconstitucional)¹⁰ e que limitou as decisões aditivas ao universo daquelas que revelassem natureza constitucionalmente obrigatória¹¹.

10 Nota do Autor: Cfr. ZAGREBELSKI. *La Dottrina del Diritto Vivente / Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale* in AAVV “Atti del Convegno di Trieste di 1986”. Milani: A. Giuffrè, 1998.

11 Nota do Autor: em geral L. MAZZAROLI II. *Giudice delle Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività*. Padova: Cedam, 2000.



4.3. Tensões de intensidade elevada

Trata-se de conflitos que deixam cicatrizes na Constituição, no sistema político e na interdependência de poderes. Traduzem-se ou num “braço de ferro” sobre quem tem a última palavra, compreendendo o *overruling* (neutralização) de sentenças por emendas constitucionais em ambiente por vezes crispado; ou por atos de desobediência dos restantes poderes não jurisdicionais ante decisões do Tribunal que estimem como abusivas ou intrusivas; ou, ainda, por ataques verbais duros do Executivo e Legislativo à Justiça Constitucional com impactos futuros na legitimação ou confiança institucional neste último órgão.

No plano do “*overruling*” cumpre mencionar em França, a já referida Decisão do Conselho Constitucional (CC) n.º 93-325 de 1993, em que uma Lei (*Lei Pasqua*) que endurecia medidas contra imigração ilegal, retirava prestações sociais a imigrantes ilegais, e determinava certas condições de expulsão foi julgada inconstitucional com base nos princípios constitucionais em matéria de asilo. Registou-se uma reação irada do poder político contra o Presidente do CC e a aprovação de Emenda constitucional condicionando os termos do direito de asilo e facilitando a reaprovação da referida Lei.

Nos Estados Unidos da América, quatro aditamentos à Constituição teriam ocorrido como efeito de controvérsias e desentendimentos com a jurisprudência do STF. Um deles teria sido a 16.ª Emenda relativa ao imposto sobre o rendimento, que quebrou a jurisprudência do caso *Pollock vs. Farmers Loan and Trust*.

No Brasil, de entre vários casos, surge a inconstitucionalidade (STF RE 680.089) do imposto de circulação de mercadorias IMCS cujo protocolo foi julgado inconstitucional por violação ao artigoº 155 §, VII b. O

Congresso reagiu e com a Emenda n.º 97 de quatro de outubro de dois mil e dezessete alterou o referido artigo da Constituição.

Também, no caso da “vaquejada”, a Lei n.º 15.299 de oito de janeiro de dois mil e treze do Ceará, sobre uma prática tradicional que envolve alguma violência sobre animais foi declarada inconstitucional na ADI 4983/CE, tendo o Congresso superado por *overruling* esta decisão, editando a Emenda Constitucional n.º 96 de seis de junho de 2007. Posteriormente a própria Emenda foi impugnada junto do STF pelo Procurador-Geral da República, iniciando-se um braço de ferro sobre quem dispõe da última palavra.

Diferentemente do que sucede no Brasil, no universo europeu e dos EUA não parece haver precedentes de declarações de inconstitucionalidade de emendas constitucionais. A ocorrer envolveria um conflito de expressiva intensidade. O princípio democrático impõe que, num conflito entre um Tribunal Constitucional e o Parlamento este possa ter a última palavra através da aprovação de uma Emenda por maioria qualificada e largo assentimento interno. Apenas situações extremas de violação ostensiva de cláusulas pétreas poderiam justificar a invalidade de atos do poder constituinte derivado.

O Brasil é uma exceção. Existem emendas julgadas inconstitucionais e outras ameaçadas pelo STF com inconstitucionalidade. Veja-se o caso da reforma da previdência aprovada pela Emenda n.º 41 de dezenove de dezembro de dois mil e três, que foi julgada inconstitucional com fundamento em violação de direito adquirido. Ainda assim o grau de tensão fáctico foi baixo na época, atenta a debilidade do Congresso. Duvida-se que, presentemente, o desfecho fosse igual.



Voltando ao anterior caso da “Vaquejada”, o possível derrube da Emenda Constitucional n.º 96 de seis de junho de dois mil e dezessete pelo STF, com base numa cláusula pétrea que não é objetivável, poderia criar um foco sério de tensão institucional, pois seria lido como o *over-ruling* do *overruling* e uma luta ácida pela última palavra.

Finalmente, na Europa, existem cenários em que a Justiça Constitucional se encontra em ostensiva divergência com as políticas públicas do Executivo em tempo de crise financeira, passando a atuar como poder moderador.

No ano de 2012, o Tribunal Constitucional português proferiu uma decisão referencial, o Ac. 353/2012, que recaiu sobre medidas centrais de austeridade do novo Governo de centro-direita. O aresto em causa personificou uma mudança de orientação estratégica do Tribunal relativamente ao escrutínio de medidas de rigor que afetassem direitos sociais¹².

Estava em causa, no Orçamento do Estado para 2012, a suspensão dos subsídios de férias de Natal aos trabalhadores da função pública, como meio extraordinário de redução da despesa, cumulada com a redução salarial do OE do ano anterior. O Tribunal proferiu uma decisão de inconstitucionalidade, *cuja importância relevou, não tanto pelos seus efeitos diretos, que não foram nenhuns, mas pela sinalização que lançou ao legislador sobre os critérios que adotaria futuramente no escrutínio de medidas idênticas em próximos exercícios orçamentais*.

Assim, o Tribunal traçou as seguintes linhas de orientação:

12 Nota do Autor: Cfr. C. BLANCO DE MORAIS. *Curso de Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 1ª ed., tomo II-2, 2014, p. 709; G. DE ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO. *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*, Coimbra: Almedina, 2004; ou ainda, J. REIS NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*, Coimbra: Almedina, 2014.

- i) É reconhecida uma situação de “grave emergência financeira” à luz das obrigações internacionais do Estado Português constantes do PAEF (programa de resgate), que justificaria as restrições a direitos salariais, embora sujeitas a uma vigência transitória, coincidente com os 3 anos de duração do programa;
- ii) Foi, igualmente, reconhecida, na linha do Ac. n.º 396/2011, alguma desigualdade legítima na repartição de sacrifícios entre os trabalhadores do setor público e do setor privado, relativamente ao esforço de equilíbrio das contas públicas, em detrimento dos primeiros por receberem verbas públicas, devendo, contudo, a Lei evitar “*uma repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada*”;
- iii) No caso vertente, essa repartição envolveria o equivalente a uma diferença no valor de dois vencimentos cumulada com os cortes salariais oriundos do OE do ano precedente, em detrimento dos trabalhadores públicos, o que seria inconstitucional por violar uma medida de valor que, futuramente, haveria de escrutinar as medidas restritivas dos direitos dos funcionários públicos: *a igualdade proporcional*; iv) Sendo declarada a inconstitucionalidade da medida, o Tribunal *restringiu os efeitos da decisão para o passado e futuro*, permitindo a vigência das medidas inválidas durante o ano económico, com fundamento em interesse público de excepcional relevo, atinente ao equilíbrio orçamental ditado pelas obrigações internacionais do Estado;



- v) O Tribunal lançou as sementes da controvertida tese, segundo a qual, por força de uma situação de exceção e urgência, as restrições a direitos seriam transitórias e que, com o passar do tempo, as mesmas tornar-se-iam gradualmente menos admissíveis, cabendo ao legislador lançar mão de outras medidas alternativas para equilibrar as contas públicas.

A sentença operou como *um tiro de advertência que não terá sido entendido pelo legislador* e implicou um virar de página na relação deste com o Tribunal.

Num segundo momento (2013 e 2014), houve uma elevada alta tensão institucional no contexto do julgamento sistemático da inconstitucionalidade de políticas públicas, dado que a maioria parlamentar apresentou um novo OE de rigor para o ano de 2013, com um corte salarial de valor equivalente a pouco mais de um subsídio de férias incorporado na remuneração dos funcionários públicos. Contudo, o Tribunal Constitucional, através do Ac. 187/2013, declarou a inconstitucionalidade dessa e de outras normas do mesmo ato, deixando ao Governo o ónus de encontrar 1.300 milhões de euros para equilibrar as contas públicas.

Neste aresto, uma vez mais, o critério da *igualdade proporcional* serviu de medida de valor para julgar a invalidade dos sacrifícios impostos aos trabalhadores em funções públicas para restrições a salários, o Tribunal redefiniu o caráter *temporário do critério da exceção financeira* como causa, para dar a entender que as medidas restritivas ou suspensivas de direitos fundamentais seriam políticas temporárias.

O Ac. 187/2013 provocou, nas suas sequelas, uma crise política. O Primeiro-Ministro terá ameaçado demitir-se e acusou o Tribunal Consti-

tucional de o impedir de cumprir as suas obrigações externas para com os credores, conduzindo o país a um segundo resgate. Posteriormente a esta situação, verificou-se a demissão do Ministro das Finanças e, subsequentemente, do Ministro dos Negócios Estrangeiros gerando-se uma quase rutura na coligação.

O Ac. 474/2013 sobre despedimentos na função Pública levou o Primeiro-Ministro a reagir nestes termos: *“Já alguém perguntou aos 900 mil desempregados de que lhes valeu a Constituição até hoje?”*. E, previamente à prolação do Ac. n.º 862/2013, sobre redução de pensões, setores afetos à maioria mobilizaram então entidades credoras, banca e grupos económicos. Multiplicaram-se, então, pressões internas e externas ao Tribunal Constitucional. *Christine Lagarde*, a diretora-geral do Fundo Monetário Internacional (FMI), afirmou, na conferência de imprensa anual conjunta do FMI e do Banco Mundial, em Washington, que Portugal tem *“uma dificuldade particular”*, que é *“a visão do Tribunal Constitucional sobre o que é ou não constitucional”*. Aproximando-se o escrutínio de mais dois diplomas, um dos quais a redução de 10% dos salários dos servidores públicos, o Presidente da Comissão europeia disse *“temos o caldo entornado” em Portugal caso se verifique instabilidade e falta de responsabilidade de todos os órgãos de soberania*” referindo-se indiretamente ao Tribunal Constitucional.

Frente ao Ac. n.º 413/2014 relativo ao OE para 2014, também julgado inconstitucional, o Primeiro-Ministro declarou que os juízes do Tribunal Constitucional deveriam ser melhor escolhidos. Pese as críticas e ameaças públicas de novo resgate o Governo viu-se forçado a compensar, sucessivamente, através da previsão de novas medidas de austeridade, as verbas que não logrou obter através das normas julgadas inconstitucionais. Um corte de relações políticas entre o Governo e a Justiça Constitucional, convertida em poder moderador, terá estado pendente.



Uma das consequências a termo deste ciclo ativista foi a distância do novo Presidente da República, Marcelo Rebelo de Sousa, em relação ao Tribunal Constitucional, que vislumbrou como um rival no exercício do poder moderador. Em quatro anos do seu consulado o Presidente só enviou um diploma para a Justiça Constitucional. Algumas reservas foram perçecionadas, igualmente, por parte do Governo socialista, sobretudo em 2018, a propósito de uma decisão de “non liquet” sobre as carreiras de professores. O Tribunal no ano de 2019 esmaeceu o seu protagonismo e é uma sombra do que foi em 2012/2015 quando se auto alcandorou a poder moderador.

Existem, finalmente, tensões de intensidade elevada quando o Tribunal se intromete em aspetos da organização interna de outras instituições. Veja-se o caso em que a Mesa do Senado no Brasil desacatou em 2016, em tom de desafio, uma liminar (ordem judicial cautelar) que impunha que o Presidente do Senado, Renan Calheiros, levado a julgamento pelo STF sob a acusação de peculato, se afastasse da presidência deste órgão. O Plenário do STF acabou por revogar a decisão do ministro, mas o desacatamento ostensivo da decisão representou uma incomum reação do legislativo contra um Supremo todo-poderoso.

Pode igualmente convocar-se o exemplo da ADPF sobre o impeachment do Presidente Temer, tendo um ministro do STF determinado à Câmara de Deputados, em 2016, que criasse comissão especial para a abertura do processo no Congresso. O Congresso declarou que decidiria em plenário, o qual não foi reunido sobre a matéria não sendo cumprida a decisão.

4.4. Tensões de alta intensidade

Estamos diante de enfrentamentos que evocam verdadeiras “guerras entre poderes” com impacto na sociedade civil e opinião pública, e que po-

dem gerar roturas institucionais, seguidas de potenciais reformas que desvitalizem ou capturem politicamente a Justiça Constitucional. Usualmente, estas situações decorrem ou do abuso onipotente do legislativo ou de manifesta falta de bom-senso por parte dos tribunais constitucionais, cegos pelo seu poder cassatório ou conformador.

Nos Estados Unidos, o *New Deal* e as suas medidas económicas e sociais foram resistidos, como se observou previamente, pelo STF norte-americano, mediante a ação de um núcleo de juizes conservadores, os “4 cavaleiros do Apocalipse”, que invalidaram diversas Leis que concretizavam essa política intervencionista do Presidente Roosevelt. Este usou uma reeleição e renovação do Congresso para operar um “plebiscito” contra o STF. Vitorioso, o Presidente ameaçou reformar o órgão, aumentando o número dos atuais 9 juizes (*Court Packing*)¹³ e alterando a composição num sentido politicamente favorável (detinha maioria parlamentar para designar novos juizes). Houve relutância do Congresso em aprovar essa Emenda e gerou-se um compromisso, em que o STF decidiu autolimitar-se, deixando de escrutinar as políticas sociais e evitando um quadro de crise institucional.

Em Espanha, o recurso de amparo nunca foi bem “digerido” pelo poder judicial ordinário perante um Tribunal Constitucional menos contido que o seu homólogo alemão em invalidar sentenças de tribunais superiores, violadoras de direitos de liberdade¹⁴. Em 1994, a propósito de um conflito interpretativo em que o Tribunal Constitucional teria sentenciado aos tribunais cíveis que impusessem uma prova de paternidade, a 1.ª Sala do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) apresentou uma inédita queixa ao Rei (a

13 B. ACKERMAN, cit. 23, p. 24 e ss.; e p. 335 e ss.

14 I. GOMEZ FERNANDEZ. Una Nuova Legge Organica per il Tribunal Constitucional. *Quaderni Costituzionali*, 2007, p. 645 e ss.



quem apelou, como se um poder moderador se tratasse) contra o Tribunal Constitucional, acusando-o de invadir competências dos tribunais comuns.

Diversas decisões do STJ recusaram, posteriormente, cumprir interpretações ousadas do Tribunal Constitucional quando este anulou decisões suas ao abrigo do amparo.

Em 2004, o conflito extremou-se, quando 3 ex-presidentes do Tribunal Constitucional publicaram um artigo com o título “Uma Crise Constitucional”, porque o STJ aplicou uma multa a três juízes do órgão de Justiça Constitucional por terem praticado um erro grosseiro no julgamento de um recurso de amparo. A crise foi bem mais séria do que a que foi reportada na tensão entre a Justiça Constitucional italiana e os tribunais ordinários.

Uma menção especial deve ser feita às crises polaca e húngara. No ano de 2015 um Partido Liberal progressista na Polónia, pressentindo que iria perder as eleições, fez eleger à “boca das urnas” 5 juizes, substituindo ilegalmente dois, cujos mandatos só terminariam depois das eleições. O Presidente Polaco (conservador) recusou juramentar esses juízes.

O novo Parlamento considerou a nomeação anterior inconstitucional, nomeou novos 5 juízes e aprovou uma Lei que fixava um termo de mandato para o Presidente e Vice Presidente do Tribunal Constitucional, da confiança da anterior coligação, fixando, ainda, um termo de mandato para dois juízes em exercício.

O Tribunal Constitucional respondeu, julgando a Lei inconstitucional, recusando a nomeação dos 5 juízes eleitos pelo Parlamento e declarando válida a eleição feita na legislatura anterior. O Presidente da Polónia recusou juramentá-los (dizendo que o número de juízes excedia o cons-

titucionalmente estipulado) e o Partido no poder (o conservador PIS) questionou a maioria da deliberação do Tribunal e avançou com uma reforma do mesmo: 13 em vez de 15 juízes e decisões de inconstitucionalidade tomadas por maioria de dois terços. O Tribunal Constitucional declarou a reforma inconstitucional e o poder governamental considerou a decisão não válida, recusando publicá-la.

Em consequência eclodiram manifestações de um lado e de outro, críticas internacionais da União Europeia seguidas de ameaças de sanções.

O mandato do Presidente do Tribunal Andrzej Rezpinski expirou entretanto, o Parlamento aprovou uma nova Lei que permite à maioria nomear um novo Presidente e alterar o número de membros, a nova Presidente tomou posse e com o equilíbrio alterado entraram mais 3 juízes da confiança do Governo. A Justiça Constitucional saiu debilitada deste confronto, falando-se da sua neutralização e captura pela atual maioria.

Na Hungria, em 2010, depois de o Tribunal Constitucional invalidar uma Lei consagradora de um tributo, o Parlamento dominado pelos conservadores aprovou uma Emenda que restringia os poderes do Tribunal em matéria financeira. O Parlamento alterou a Constituição limitando os poderes do Tribunal em matéria financeira e fiscal e aprovou novamente o imposto. O Tribunal Constitucional invalidou a Lei, de novo, em 2011, considerando que violava o princípio da retroatividade fiscal e dignidade da pessoa humana. O facto de o Parlamento, com a nova reforma, ter passado a ser o órgão competente para a nomeação dos juízes permitiu que o Tribunal visse restringido o seu poder de controlo, falando-se em captura do tribunal pelo partido no poder, o FIDEZ.



5. SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROBLEMA DA CONTROLABILIDADE PELOS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

O que se pretende de um Tribunal Constitucional? Um Legislador negativo puramente cassatório? Um órgão cassatório mas também corretivo? Um poder arbitral e moderador de conflitos políticos? Um poder supletivo do legislador escolhendo a melhor política pública e substituindo-o nas suas inações ou omissões?

É a Constituição e não a jurisprudência normativa dos próprios tribunais, deve conter resposta pois é a Constituição o estatuto fundamental da autoridade pública e a fonte das competências e dos limites a todos os poderes, neles incluído o Tribunal Constitucional.

Sendo um Tribunal, embora não como os outros a Justiça Constitucional está, tal como os restantes órgãos soberanos, sujeita ao princípio da separação com interdependência de poderes. Como tal, a sua função não pode ultrapassar os limites próprios de uma autoridade de controlo de constitucionalidade, pois é esse controlo, e nada mais, que justifica a sua existência e fundamenta as suas atribuições.

As Constituições não foram originariamente criadas para custodiar os Tribunais Constitucionais porque estes foram erigidos a defensores das mesmas Constituições. O constituinte entendeu que não seria suposto que órgãos jurisdicionais atuassem materialmente como um poder moderador, um legislador supletivo, um “*veto player*” político, um poder constituinte ou um poder de revisão. Muito menos como um poder vanguardista de transformação político-social.

Só que, a partir do momento que tal suceda, episodicamente ou com constância, emerge um problema crítico, não resolvido, no plano do res-

peito pelo princípio democrático e do princípio da separação de poderes, princípios que são limites materiais de revisão da Lei Fundamental.

Muitos afirmam que o ativismo de certos Tribunais Constitucionais, mesmo à margem e contra a Constituição, é positivo porque desbloqueia injustiças, supre inércias, trava maiorias onnipotentes, renova velhos textos constitucionais obsoletos, faz cumprir as promessas sociais da Constituição e ativa o Estado Social. Sucede, porém, que nada nos garante que esse poder acumulado, incontrolado, iluminista, vanguardista e auto-conformador das suas prerrogativas não favoreça no futuro um decisionismo judicial passível de propiciar: que casos idênticos sejam tratados de forma diferente; que em razão de uma paixão pelas suas próprias fórmulas o Estado entre em insolvência à conta de um sistema prestacional financeiro desequilibrado; e que se gerira uma concentração anómala das funções do Estado “numa só mão”. Uma concentração que lhe permita rever a Constituição, cancelar emendas, orientar o legislador, derrogar as Leis com normas substitutivas travestidas em sentenças, superintender à Administração e revogar sentenças fora da esfera das questões de constitucionalidade. No fundo, um regresso a uma certa forma de absolutismo que coincide com o paradigma do “Estado Judicial” temido e antevisto por Schmitt.

REFERÊNCIAS

B. ACKERMAN. *We the People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

C. SALDANHA SOUZA JÚNIOR. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



F. BALAGUER CALLEJÓN ult. loc cit, p. 265 e seg.

I. GOMEZ FERNANDEZ. Una Nuova Legge Organica per il Tribunal Constitucional. *Quaderni Costituzionali*, 2007.

L. FAVOREAU. *La jurisdicción Constitucional en Iberoamerica, Madrid: Dykinson*, 1997.

[Ir para o índice](#)

Segurança humana e desenvolvimento¹

Human security
and development

RENE SAMPAR²

FLÁVIO PANSIERI³

1 Nota do Autor: Este artigo tem suas raízes no texto Segurança Humana e Efetividade do Humanismo Jurídico, apresentado no IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional (2010), que, na época, comemorava o aniversário de 10 anos da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Naquela ocasião, o Autor, que hoje é doutor, foi agraciado com o primeiro lugar no concurso de artigos jurídicos, categoria graduandos, realizado pela Instituição supra. No ano de 2020, comemorados os 20 anos de existência da ABDConst, em 07 de julho, retoma-se o texto em coautoria, de modo a reinventá-lo e enriquecê-lo pela aproximação do conceito de segurança humana às análises de Amartya Sen.

2 Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Filosofia Política (UEL). Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE). Coordenador do Summer School 2019.

3 Pós-doutor em Direito (USP). Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Direito (USP). Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente do Conselho Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).



SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Segurança humana e direitos fundamentais; 3. O PNUD e as ameaças à segurança humana; 4. A segurança humana no contexto dos países: o desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen; 5. As liberdades instrumentais para Amartya Sen; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva tratar sobre segurança humana, assunto que teve conceito desenvolvido ao longo da década de 1990. Este conteúdo adquiriu relevância nos fóruns internacionais e trata da temática desenvolvimentista, tendo sua terminologia utilizada pela primeira vez no relatório do “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” – PNUD, de 1994. Com isso, a intenção é aproximar o conceito de segurança humana às análises de Amartya Sen, relativas ao desenvolvimento como liberdade, porque, em se tratando de desenvolvimento sob dimensões sociais e políticas, além da perspectiva econômica, no século XX, importantes conquistas foram obtidas. Ainda, nesse aspecto, a estruturação do Estado Democrático de Direito representou um avanço, pois os cidadãos ganharam mais acesso a seus governos, desse modo, ampliou-se o debate sobre os direitos humanos e sobre a liberdade política, que, de acordo com as ideias do autor mencionado, tem relação intrínseca com o desenvolvimento.

Nos dias atuais, o tema da segurança humana deve ser protagonista nas discussões sobre desenvolvimento social e democracia, conceitos estes que são bem estruturados e trabalhados na teoria do autor Amartya Sen, em razão de apresentar a liberdade dos indivíduos como ponto-chave para alcançar o desenvolvimento de uma sociedade, que, invariavelmente, traz conquistas governamentais democráticas.

[Ir para o índice](#)

Por meio do método indutivo de abordagem e método bibliográfico de pesquisa, o trabalho parte de uma conceituação e contextualização sobre segurança humana e sua relação com direitos fundamentais, bem como sobre as categorias potencialmente nocivas à segurança humana, dispostas pela Organização das Nações Unidas. Posteriormente, segue abordagem acerca da segurança humana no contexto dos países relacionando o conceito de desenvolvimento como liberdade, conforme teoria de Amartya Sen, visto que está intimamente ligado à ideia de condição de agente dos indivíduos, de condições mínimas necessárias para que os sujeitos possam tomar posse de sua condição de agir como uma faceta de transformação da ordem social e política. Por fim, tratar-se-á das liberdades instrumentais apresentadas pelo autor, vetores analíticos cujo intuito é estabelecer os alicerces de uma concepção de ordem pública com fulcro na liberdade dos cidadãos para, assim, alcançar liberdade, desenvolvimento social e um Estado efetivamente democrático de Direito.

2. SEGURANÇA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo do século XX, efervescentes foram as discussões acerca do reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se de assunto que pode ser considerado superado pela doutrina, afinal, as constituições modernas, surgidas por força do liberalismo do século XVIII, e “sobreviventes” às críticas de cariz comunista (elas, em verdade, acabaram por abandonar a ortodoxia inicial e tornaram-se híbridas quando do reconhecimento de direitos sociais, situação que a doutrina tende a chamar, por pura didática, de segunda dimensão de direitos fundamentais), adaptaram-se aos modelos de Estado interventor. Deste modo, vê-se que as perspectivas jurídicas situam o tema da salvaguarda de direitos acima de ideologias no poder ou modelos de desenvolvimento econômico.



Na atual conjuntura, é possível afirmar que muitos ordenamentos jurídicos de países ocidentais, a exemplo de Portugal e Brasil, já identificam, dadas as suas peculiaridades, quais são os direitos fundamentais e até mesmo os mecanismos e garantias hábeis à sua preservação. O principal desafio da atualidade está relacionado à efetiva satisfação dos direitos do indivíduo, ou seja, a busca pela igualdade de oportunidades. Tal caminho não se realiza somente promovendo revoluções normativas de gabinete, como dizia Edmund Burke, mas deve envolver amplos setores da sociedade e do Estado. Trata-se de um problema político, na acepção de Bobbio.

Ainda, na perspectiva deste autor⁴:

Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependam da boa vontade dos que o proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los. [...] Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais.

Em meio a toda a aspiração em dar efetividade às dimensões de direitos, notáveis considerações e estudos foram desenvolvidos tendo por base a temática da “segurança humana”. Tal doutrina começou a ser desenvolvida ao longo da década de 1990 e adquiriu relevância nos fóruns internacionais que tratam da temática desenvolvimentista. Sua terminologia foi utilizada pela primeira vez no relatório do “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” – PNUD, de 1994.

4 N. BOBBIO. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 45.

Este propositivo relatório é relevante no contexto da proteção global e regional de direitos humanos em razão de constranger e introduzir categorias valiosas à noção de desenvolvimento. Em sua introdução, aponta que a ideia de segurança, por muitos séculos, manteve-se atrelada à proteção territorial do Estado-nação. Por conseguinte, *durante un tiempo demasiado largo, los países han tratado de armarse a fin de proteger su seguridad*⁵. A proposta deste documento foi lançar luz a uma nova concepção de segurança, preocupada menos com defesa de fronteiras e mais voltada aos seres humanos, ao desenvolvimento social, de modo que *se necesita un nuevo paradigma del desarrollo que coloque al ser humano en el centro del desarrollo*.

A segurança humana, em âmbito internacional, tem como vetor, deste modo, a integração. Com efeito:

Tal paradigma de desarrollo possibilita que todas las personas amplien plenamente su capacidad humana y aprovechen esa capacidad al máximo en todas las esferas: económica, social, cultural y política⁶.

Trata-se, portanto, de conjecturar as capacidades não desenvolvidas pela desigualdade, pela pobreza, desemprego, baixa integração regional e pela má utilização do meio ambiente. A ideia de desenvolvimento sustentável, apontada no relatório, abarcaria a rediscussão de categoriais já consolidadas nos documentos jurídicos, mas que encontram pouca efe-

5 NACIONES UNIDAS. *Informe Sobre Desarrollo Humano 1994* – PNUD. Washington: UN, 1994, p.3. Disponível em: <https://derechoaconsulta.files.wordpress.com/2012/02/pnud-informe-1994-versic3b3n-integral.pdf>

6 NACIONES UNIDAS, cit. 38, p. 4.



tividade em grande parte do mundo, pelas razões mais diversas (econômicas, políticas e sociais).

No bojo de tais análises, está o conceito de segurança humana, que não se volta para os conflitos entre Estados, mas *abarca derechos humanos, buena gestión pública, acceso a la education y la atención médica y vela porque cada ser humano tenga oportunidades que aprovechar y ellecciones que efectuar para realizar su proprio potencial*, consoante Juan Pablo Fernández Pereira⁷.

Ao ressignificar a tradicional noção de segurança, conforme dito, o Relatório da Comissão de Segurança Humana, das Nações Unidas, exprime que:

A segurança humana complementa a segurança do Estado, promove o desenvolvimento humano e reforça os direitos humanos. Complementa a segurança do Estado concentrando-se nas pessoas e tomando em consideração as inseguranças que não foram consideradas uma ameaça para a segurança do Estado. Ao contemplar este outro tipo de riscos faz com que o desenvolvimento humano vá mais além do conceito de “crescimento em equidade”. O respeito pelos direitos humanos está no cerne da proteção da segurança humana⁸.

Desse modo, há uma diferença entre desenvolvimento humano e segurança humana. O primeiro, mais abrangente, diz respeito ao processo de

7 J. PABLO FERNÁNDEZ PEREIRA. *La Seguridad Humana: um derecho emergente*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 78.

8 COMMISSION ON HUMAN SECURITY. United Nations UN. In *Human Security Now*. New York, 2002-2003. Disponível em: <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/91BAEEDBA50C6907C1256D19006A9353-chs-security-may03.pdf>>.

ampliação das opções conferidas às pessoas. A segurança humana, por sua vez, vai ainda além ao lançar luz sobre a possibilidade destas mesmas pessoas exercerem tais opções, de um modo igualitário e livre, guarnecidas de que as opções e capacidades conquistadas não serão objeto de negociação, mas se manterão às gerações vindouras. Não obstante, a preocupação transcende a integridade física dos indivíduos, abarcando suas condições de oportunidades e os contextos institucionais, políticos e jurídicos em que estão inseridos. Contudo, inegável que as noções de desenvolvimento e segurança, neste contexto, possuem conexão umbilical.

Os subscritores do relatório PNUD de 1994, entusiasmados pelas possibilidades trazidas por tal conceito, e acreditando que *probablemente constituirá una revolución en la sociedad del siglo XXI*⁹, enunciaram quatro características essenciais. A primeira é o caráter universal, ou seja, concerne a todas as pessoas, independentemente de qual país residam ou estejam. Fato é que as ameaças à dignidade são reais, assim, deve-se levar em conta que todos merecem igual consideração. A segunda característica é que os componentes da segurança humana são interdependentes, isto é, os problemas deixaram de ser localizados e tendem a afetar regiões, ou até mesmo o planeta, como um todo. Exemplos como terrorismo, crimes ambientais e os armamentos atômicos são hipóteses que não respeitam fronteiras ou jurisdições nacionais. A terceira é basicamente uma reprodução do tradicional adágio de que é melhor prevenir que remediar (“es menos costoso hacer frente a esas amenazas aguas arriba que aguas abajo”). O relatório aponta como exemplo o alto custo despendido com a medicalização utilizada em razão do vírus HIV, valor expressivamente maior que atenção primária à saúde e à educação teriam proporcionado. Por fim, a

9 NACIONES UNIDAS, cit. 38, p. 25.



segurança humana deve estar voltada para pessoas inseridas em seus contextos, ou seja, com base em suas realidades peculiares, devendo trabalhar, com este ferramental, no afã de aprimorar suas capacidades, acesso ao mercado e oportunidades¹⁰.

É preciso pontuar a importância das instituições ao longo do processo de ampliação das capacidades potenciais de cada ser humano. A noção universalista de direitos humanos, aponta o relatório, *sólo puede ser efectiva mediante una combinación de esfuerzo individual y apoyo institucional*¹¹, que pode ser conquistada por meio de políticas públicas e organizações comunitárias. A virtude de uma sociedade com atenção às necessidades elementares garante a dignidade humana como seu pilar. Para tanto, o caminho de uma economia que transita pela segurança humana dever estar na oferta de educação e formação técnicas, ampliando oportunidades de emprego, incentivos diretos por mecanismos tributários e repasses aos mais necessitados, de modo a diminuir a desigualdade dos mais desfavorecidos e também reduzir a discriminação. Tal é a concepção que se relaciona com a necessidade intrínseca de ofertar igualdade de oportunidades, objetivando o desenvolvimento e a segurança humana.

De maneira efetiva, há uma indicação da necessidade de se estabelecer uma espécie de governança democrática, capaz de unir todos estes setores em prol de uma noção renovada de desenvolvimento e segurança. Não por menos, o Relatório PNUD-Conviva, de 2016, que trata do tema segurança pública, extraiu a segurança cidadã como um aspecto conectado à temática macro tratada naquele texto, referindo-a como a “ordem cidadã

10 NACIONES UNIDAS, cit. 38, pp. 25-26

11 NACIONES UNIDAS, cit. 38, p. 22.

democrática que elimina as ameaças de violência na população e permite a convivência segura e pacífica”¹² (PNUD-CONVIVA, 2016, p. 30). Por este novo viés, que localiza o cidadão como o epicentro da questão, a proposta é que este conceito pluricomplementar de segurança (humana, cidadã e pública) reflita a oportunidade de um novo conceito de desenvolvimento.

3. O PNUD E AS AMEAÇAS À SEGURANÇA HUMANA

Nesse sentido, pertinente destacar as sete categorias potencialmente nocivas à segurança humana para a Organização das Nações Unidas, que necessitam de especial atenção de todos os parceiros envolvidos em prol deste consórcio humanitário, sendo que *entre esos siete elementos de la seguridad humana hay vínculos y superposiciones considerables. Una amenaza contra un elemento de la seguridad humana probablemente se propagará- un tifón iracundo - a todas las formas de la seguridad humana*¹³. São elas:

- a. **Segurança econômica:** é conquistada por meio de um trabalho produtivo e remunerado e, quando necessário, demanda a existência de um fundo de segurança, financiado também com recursos públicos, para salvaguardar os trabalhadores em situações emergenciais.

12 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convivência e Segurança Cidadã: reflexões por uma nova abordagem de segurança pública*. Brasília: PNUD; Conviva, 2016, p. 30.

13 NACIONES UNIDAS, cit. 38, pp. 28-37.



- b. Segurança alimentar:** significa que todos devem ter, a todo momento, o acesso (físico e econômico) aos alimentos básicos necessários ao seu bem-estar. Assim, o vetor envolve uma produção nacional e regional que dê guarida à demanda (disponibilidade), fator que não encerra em si a questão, pois as pessoas precisam ter condições para adquirir este alimento.
- c. Segurança sanitária:** envolve diversos fatores que podem culminar em risco a países ricos e pobres (é o caso da contaminação por monóxido de carbono). Cada contexto apresenta suas peculiaridades (países pobres são mais afetados por moléstias, enquanto o estilo de vida de classes abastadas prejudica a saúde a longo prazo), mas é evidente haver claro desfavor dos primeiros, que lutam pela própria sobrevivência. O acesso a serviços básicos de saúde é condição fundamental para o desenvolvimento das potencialidades humanas.
- d. Segurança ambiental:** não se relaciona apenas à poluição ambiental ou ao desmatamento. Países em desenvolvimento encontram problemas consideráveis quanto ao abastecimento de água e saneamento básico, salinização, contaminação do ar, entre outros fatores que reduzem as oportunidades de seus habitantes.
- e. Segurança pessoal:** desdobra-se em sete categorias, quais sejam, i) ameaças produzidas pelo

[Ir para o índice](#)

próprio Estado (perseguições, tortura, etc.); ii) ameaças de outros Estados (guerras); iii) conflitos étnicos; iv) guerras entre facções e quadrilhas; v) violência doméstica; vi) violência contra crianças; vii) e ameaças contra si que levam à autodestruição (uso de narcóticos, em geral, e suicídio).

f. Segurança comunitária: violação às diferentes etnias e culturas. O relatório de 1994 apontava que 40% dos países eram constituídos por pelo menos 5 etnias diferentes. Ante o contexto de imigração dos últimos anos, é possível que esta porcentagem seja ainda mais considerável. A comunidade é fundamental para a afirmação da subjetividade e cidadanias, especialmente pelo compartilhamento de valores e culturas.

g. Segurança política: relaciona-se à proteção aos direitos fundamentais. A insegurança política é mais latente em momentos de distúrbios políticos, realidade de inúmeros países neste limiar de século XXI. Aqui não se trata apenas de repressão a direitos ou destruição de oposições a regimes autoritários, mas também manipulações de informação, controle de ideias e falta de transparência. Todos são fatores que geram insegurança do ponto de vista político, o que impacta na segurança humana e oportunidades sociais.

Partindo-se das orientações traçadas em busca da efetivação dos direitos humanos, pelo paradigma da segurança humana, a ONU fomenta a coopera-



ção entre Estados, sociedade civil e entidades de iniciativa privada formadoras do terceiro setor – fundações, entidades filantrópicas, Organizações Não Governamentais, OSCIPs (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), associações sem fins lucrativos, empresas, bem como todas as demais comprometidas com a causa desenvolvimentista –, isto é, todos os setores que possam tornar efetivas as atividades relacionadas na proteção, acompanhamento e fiscalização dos projetos em andamento.

Não obstante, com base em tais pressupostos, Bernardo Sorj aponta questões importantes a serem analisadas para a plena realização dos objetivos primários traçados pela ONU a respeito da segurança humana:

- i)** Focalizar de modo mais preciso a ideia de “insegurança”. No cerne do conceito de segurança humana, está a proteção contra a violência armada ou descontrolada que constitui ameaças para: (1) a estabilidade das instituições democráticas da região e (2) a segurança física da população; além disso, (3) são capazes de gerar uma reação da comunidade internacional (por exemplo, no caso de genocídio ou de treinamento de terroristas). Assim, as crises humanitárias relacionadas à fome, às epidemias ou aos desastres naturais ou ecológicos não estão incluídas em um conceito mais estrito de segurança humana.
- ii)** Referir-se ao quadro institucional e social que pode garantir, ou não, a segurança humana. Com efeito, o quadro institucional está no cerne das diferentes políticas orientadas por uma análise da segurança humana. A maioria dos episódios de intervenção

humanitária ou internacional diz respeito a Estados falidos, ou a países que passam por crises humanitárias. Superestimar a capacidade de as ONGs e a sociedade civil em geral resolverem os problemas de segurança é uma atitude irrealista, ineficiente e escapista, que não atende à necessidade de fortalecer as instituições do Estado democrático. Não existe segurança humana individual se o Estado não dispuser de estruturas políticas e administrativas capazes de assegurá-la.

- iii) Estabelecer uma relação entre os problemas de segurança e os de desenvolvimento, mas sem reduzi-los um ao outro. Uma agenda de segurança insensível a questões de desigualdade global e nacional – epidemias, degradação do meio ambiente, frustração das expectativas e pobreza relativa – estará condenada a travar uma guerra contra os sintomas. A agenda de desenvolvimento não pode reduzir as questões de segurança a um epifenômeno – que não requer tratamento específico, investimentos e preparo institucional¹⁴.

Em que pese alguns países já terem se destacado na implementação de projetos com base nos estudos e indicadores apresentados pela ONU, a exemplo do Japão e Canadá, imperioso salientar que ainda é necessário um longo processo de aprimoramento destes planos iniciais

14 B. BORJ. Segurança Humana e América Latina. *Revista Internacional de Direitos Humanos*: SUR, São Paulo, v. 2, n. 3, pp. 41-59 e pp. 26-47.



e a efetiva colaboração de Estados e da sociedade objetivando a garantia real dos direitos humanos. Outro detalhe importante é a conversão definitiva das noções de direito internacional para abarcar este conceito e localizá-lo, em grau de importância, ao lado de noções soberanas. Reconheça-se, todavia, a imperiosa manutenção de conceitos tradicionais de segurança, justificados pelas diversas complexidades em âmbito mundial. Não se busca a substituição de conceitos, mas a valorização da segurança humana, que demanda a atuação integrada de variados setores, todos integrados em prol da defesa dos direitos humanos para além das esferas governamentais¹⁵.

Ao clamar por tais mudanças em nível mundial, o documento indicou a necessidade de uma cooperação internacional renovada, parametrizada em, ao menos, seis vetores gerais: i) políticas de integração que visem a redução da pobreza, promoção de oportunidades e fixação de metas de desenvolvimento humano; criação de um fundo de assistência dos países mais ricos (financiadores) aos mais necessitados; iii) ampliação do conceito de cooperação para o desenvolvimento, com intercâmbio comercial, de tecnologia, entre outros; iv) promoção de novas iniciativas de cooperação para o desenvolvimento, quando todo o planeta sairia beneficiado, como o controle ecológico; v) novas fontes de financiamento de governos, com menor controle dos países economicamente dominantes;

15 Nota do Autor: Em que pese a prevalência das tradicionais categorias em âmbito internacional, para os países pobres e em desenvolvimento, distantes das mesas de negociação, a segurança humana se sobressai a qualquer outro em nível de cooperação supranacional. Consoante assinala Bernardo Sorj: “o conceito de segurança humana é inovador em sua ênfase no cumprimento das Leis de defesa dos direitos humanos individuais. Considera-se esta a principal tarefa da ordem internacional, mesmo contra a vontade dos Estados, mencionados como uma das principais fontes de insegurança individual” (SORJ, 2005, p. 42).

vi) lançamento de um novo marco de governança mundial, com maior destaque à cooperação entre países, em organismo multilaterais¹⁶.

Em meio a tais discussões, pertinentes e muito significativas para perspectiva humanista, surge o nome de Amartya Sen, economista indiano que dedicou sua vida a tratar do desenvolvimento sob um ponto de vista humano, isto é, não pautado apenas em categorias econômicas.

Diante disso, relevante apresentar sua teoria e a forma como analisa o desenvolvimento, por meio de uma lente social e política, emancipatória e, sobretudo, que prioriza a liberdade dos indivíduos.

4. A SEGURANÇA HUMANA NO CONTEXTO DOS PAÍSES: O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE DE AMARTYA SEN

Conforme Raquel Rocha¹⁷, o Relatório PNUD de 1994 objetivava o desenvolvimento humano sustentável e, em sua equipe de pesquisadores, constava o economista Amartya Sen, que colaborou diretamente na elaboração do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, critério que, como sabemos, não se pauta pela simples ampliação do PIB como fator de desenvolvimento de um país, mas, ao transcender o aspecto econômico, analisa uma série de variáveis e tem como pontos de referências a

16 NACIONES UNIDAS, cit. 38, pp. 05-06.

17 R. MARIA DE ALMEIDA ROCHA. *Segurança Humana: histórico, conceito e utilização*. Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, 2017, p. 15. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-08092017-155459/publico/Raquel_Maria_Almeida_Rocha.pdf



ampliação da saúde, renda e educação da população em geral¹⁸. Frise-se que este autor, em 1998, foi agraciado com o Nobel de Economia, por suas contribuições ao bem-estar econômico¹⁹.

Imperioso afirmar que este relatório se conecta diretamente com várias das principais teses defendidas por Amartya Sen. No livro *Desenvolvimento como Liberdade*, por exemplo, ele argumenta que o desenvolvimento deve ser mensurado pela ampliação das liberdades reais dos indivíduos. Não se trata aqui, por óbvio, apenas de melhorar os fatores de crescimento econômico, mas também os indicadores que denotam a melhoria em sua qualidade de vida. Em sua acepção, o desenvolvimento social, ou “êxito de uma sociedade”, em seus termos, estará atrelado ao modo como os indivíduos desfrutam de liberdades substantivas.

Sendo assim, com base em sua vida pessoal, bem como em sua carreira, Amartya Sen prefere desenvolver suas perspectivas com realizações que tocam diretamente na vida dos cidadãos. Em suas palavras: “a necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato”²⁰ (SEN, 2011, p. 48). Este é o contexto em que o economista relembra um dos aspectos mais notáveis de toda a sua teoria: a análise da liberdade com relação ao desenvolvimento. Neste sentido, segundo o autor, o desenvolvimento requer que se sejam remo-

18 Nota do Autor: É certo que muitos outros fatores não são analisados pelo IDH. Todavia, a despeito de suas limitações, trata-se de um critério social, que não mede somente o desenvolvimento econômico de um país. As conclusões trazidas pelo IDH mostram claramente que, na riqueza de muitos países, como o Brasil, subjaz uma desigualdade social secular que precisa ser conhecida para ser enfrentada pela sociedade.

19 Nota do Autor: Cfr. contribuições destacadas pelo Prêmio Nobel. Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1998/sen/facts/>>.

20 A. SEN. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 48.

vidas as principais fontes de privação de liberdade, tais como a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e, ainda, a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 18)²¹.

Tal noção pode ser constatada em um contexto desenvolvimentista, que, por sua vez, aproxima os conceitos de responsabilidade e liberdade. Nesse cenário, Sen é categórico ao afirmar que “responsabilidade requer liberdade” (SEN, 2000, p. 322)²². Esta afirmação, que pode ser verificada em um texto intitulado *Liberdade Individual como um comprometimento social*, na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, denota a intenção de explorar a relação entre a expansão concomitante e não a relação opositiva ou anulatória de liberdade e responsabilidade. Em sua habitual constatação das realidades substantivas, Amartya indaga como é possível, no século XXI, que as mais ultrajantes formas de debilidades sociais e humanas (fome coletiva, extrema miséria, entre outros) tenham pacífica convivência com a expansão econômica anual. Contrariando as teses individualistas, ele conclama para a responsabilidade daqueles que estão à volta destes problemas²³²⁴. A noção de responsabilidade, neste caso, não possui lastro jurídico com danos eventualmente causados, mas adquire uma noção moral ao proclamar que todos devem contribuir com aqueles que estão em lastimáveis condições.

21 A. SEN, cit. 53, p. 18.

22 A. SEN, cit. 53, p. 322.

23 A. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

24 Em complemento, cita-se: “como pessoas que vivem – em um sentido amplo – juntas, não podemos escapar à noção de que os acontecimentos terríveis que vemos à nossa volta são essencialmente problemas nossos. Eles são responsabilidade nossa – independentemente de serem ou não de mais de alguém. Como seres humanos competentes, não podemos nos furtar à tarefa de julgar o modo como as coisas são e o que precisa ser feito. Como criaturas reflexivas, temos a capacidade de observar a vida de outras pessoas” (A. SEN, cit. 56, pp. 320-321).



Assim sendo, Sen considera que a responsabilidade requer liberdade ao explorar o campo das desigualdades sociais e, ainda, admitir que, sem um mínimo desenvolvimento das liberdades substantivas, seria inviável tratar da questão da responsabilidade pela construção de uma sociedade, sejam quais forem os seus objetivos.

Nesta toada, como é possível exigir responsabilidade de determinados atos a pessoas cujas condições elementares de saúde e educação foram negadas desde sempre pela sociedade que supostamente deveriam integrar? Em seus termos²⁵:

O argumento do apoio social para expandir a liberdade das pessoas pode ser considerado um argumento em favor da responsabilidade individual, e não contra ela. O caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla. Sem a liberdade substantiva e a capacidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por não fazê-la. Mas ter efetivamente a liberdade e a capacidade para fazer alguma coisa impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. Nesse sentido, a liberdade é necessária e suficiente para a responsabilidade.

Sen, ao tratar do desenvolvimento, intenta designar o processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelos indivíduos. Os indicadores econômicos, o progresso tecnológico, e até mesmo a industrialização,

25 A. SEN, cit. 56, p. 322.

constituem (importantes) parcelas instrumentais contingenciais que contribuem para a obtenção deste resultado. No entanto, ao colocar o ser humano no centro da questão, em harmonia ao conceito de segurança humana, o principal efeito passa a ser a necessária e progressiva diminuição das desigualdades em uma sociedade. Outros meios são a garantia dos direitos civis e disposições sociais e econômicas relacionadas a serviços públicos (educação, saúde).

Desse modo, compreendendo-se o desenvolvimento como expansão das liberdades reais, e considerando que há mais de um flanco que pode conduzir à sua ampliação, não há razão para os Estados concentrarem seus esforços em apenas um dos caminhos, qual seja, a expansão da produção econômica.

A este respeito²⁶:

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumento especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importantes, em vez de restringi-la a alguns dos meios, que *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.

Na obra *A Ideia da Justiça*, o economista indica duas razões para a liberdade ser tão elementar no desenvolvimento de um Estado. Em primeiro lugar, porque o seu aumento proporciona maiores oportunidades de se

26 A. SEN, cit. 56, pp. 17-18.



alcançar os objetivos pessoais e da sociedade em conjunto. No aspecto pessoal, por exemplo, um ambiente caracterizado pela liberdade ajudará os indivíduos na escolha do ambiente em que desejam viver e, para tanto, possibilitará caminhos diversos para a consecução daquele fim. A segunda razão se relaciona ao processo de escolha, isto é, de que os cidadãos não serão forçados a acatar determinado caminho preconcebido, mas poderão deliberar acerca da melhor maneira de se atingir determinada finalidade. Estas duas noções são denominadas por ele a partir de dois aspectos distintos: o aspecto de oportunidade, isto é, relacionado com a conveniência para se fazer algo; e o aspecto de processo, a decisão sobre o que se fazer e quando se fazer. Em suas palavras:

A liberdade de escolha nos dá a oportunidade de decidir o que devemos fazer, mas com essa oportunidade vem a responsabilidade pelo que fazemos – na medida em que são ações escolhidas. Uma vez que uma capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilidade que emana dessa capacidade – desse poder – é uma parte da perspectiva das capacidades, e isso pode abrir espaço para demandas do dever – o que pode ser genericamente chamado de exigências deontológicas²⁷.

Qual a razão para se pensar sobre a capacidade de um indivíduo? Isso pode se justificar em virtude de sua estreita relação de proximidade com o tema da liberdade; a discussão não está apenas em tratar do que “uma pessoa realmente acaba fazendo, mas também o que ela é de fato capaz de fazer, quer escolha aproveitar essa oportunidade, quer não²⁸”. Além dos ganhos pessoais, ter mais liberdade, na visão do autor, constitui-se

27 A. SEN, cit. 56, p. 49.

28 A. SEN, cit. 56, p. 268.

em um aspecto social fundamental, de sorte que um maior grau de liberdade eleva o potencial das pessoas em cuidar de si e servir como boa influência a outras pessoas.

É importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. Para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um comprometimento social. [...] A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento²⁹.

No bojo de tal debate, insere-se o vetor central que norteia esta discussão: o conceito de condição de agente. Sen levanta duas razões que justificam a sua importância e legitimam a adoção da liberdade somada à condição de agente como critérios investigativos do desenvolvimento social: a primeira delas é de ordem avaliatória, ou seja, deve-se ter o aumento das liberdades pessoais como um fator de mensuração do desenvolvimento de uma sociedade. Em outras palavras, para se obter tal desenvolvimento, é necessário remover aos poucos as privações de liberdade que podem limitar os membros da sociedade. Este é um processo que congrega o desenvolvimento das liberdades instrumentais. A segunda razão é de eficácia: na teoria do economista, a livre condição de agente das pessoas é causa da realização do desenvolvimento.

Acerca do conceito de condição de agente, termo tão apregoado pelo autor indiano, é oportuno mencionar que:

29 A. SEN, cit. 56, p. 10.



Estou usando o termo *agente* não nesse sentido, mas em sua acepção mais antiga – e “mais grandiosa” – de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo um critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas (interagindo no mercado e até mesmo envolvendo-se, direta ou indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas)³⁰.

Assim, os impeditivos para a ampliação dos potenciais humanos se materializam nas privações. De acordo com sua análise, divide-se em três categorias gerais. Os fatores econômicos são diretamente ligados à pobreza e a privações desta ordem: eles tiram das pessoas as condições para o desenvolvimento de sua dignidade mais elementar. A pobreza gera como restrições a fome e a desnutrição, carência de medicamentos e vacinas, déficit habitacional, inexistência de acesso à água tratada e saneamento básico. Já os fatores relacionados à carência de serviços públicos básicos e assistência social expõem a população à desordem institucional, inviabilizando serviços epidemiológicos, assistência médica adequada, educação básica e policiamento necessário para a manutenção da ordem e da paz. O último grupo de privações tem relação com a negação de liberdades políticas e civis. Tais limitações estão diretamente ligadas a regimes autoritários, que, por meio da imposição das próprias decisões, por meio da força e da violência, impedem que os cidadãos possam intervir na vida social, política e econômica, impossibilitando, também, que se

30 A. SEN, cit. 56, p. 268.

manifestem a respeito das decisões tomadas, ao arrepio de tal noção mais elementar de Estado Democrático de Direito.

A conquista da condição de agente se perfaz a partir do aprimoramento do que Amartya denominou liberdades instrumentais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Estas cinco vertentes contribuem para ampliar a capacidade geral de uma pessoa; isso ocorre pela investigação acerca do papel das instituições – como Estado, mercado, sistema legal, partidos políticos, mídia, grupos de interesse público e outros – segundo “sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança e não como recebedores passivos de benefícios³¹.

Em outros termos, Sen reconhece que, com as oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem assumir o papel como protagonistas de seus próprios destinos, ao contrário de se manterem como beneficiários passivos de programas governamentais assistencialistas, e tais oportunidades são conquistadas a partir de um enfoque nas liberdades instrumentais.

5. AS LIBERDADES INSTRUMENTAIS PARA AMARTYA SEN

Segundo Amartya Sen, o desenvolvimento como liberdade está apoiado nas liberdades instrumentais contribuindo para o aumento da liberdade humana em geral.

A avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira li-

31 A. SEN, cit. 56, p. 11.



berdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização – apesar da importância que possam ter como meios para fins reais. Seu valor precisa depender do impacto que eles têm nas vidas e liberdades das pessoas envolvidas que necessita ser central para a ideia de desenvolvimento³².

Desse modo, a tese do desenvolvimento como liberdade está fundamentado nas liberdades instrumentais, cuja afirmação contribuem para o aumento da liberdade humana em geral. A progressiva observância destas liberdades é o caminho apontado por Amartya Sen para se obter o desenvolvimento como liberdade. Ao todo, são cinco: (i) liberdade política, (ii) facilidades econômicas, (iii) oportunidades sociais, (iv) garantias de transparência e (v) segurança protetora.

As chamadas liberdades políticas, que integram um grupo no qual estão inclusos os direitos civis, relacionam-se ao processo político. É a capacidade que os cidadãos possuem para escolher o seu governante e se lançarem candidatos, bem como os procedimentos eleitorais. Além disso, incluem-se também todos os direitos de cidadania previstos em uma democracia: a possibilidade de fiscalizar os atos do governo; de se constituir uma oposição e de se criticar o governo e suas autoridades; a existência e manutenção de mais de um partido político, que possa concorrer às eleições e, assim, se mostrar como uma força opositora; a garantia da liberdade de expressão política e de imprensa, afastadas de qualquer tipo de censura. Sen não deixa de salientar os aspectos positivos que um governo democrático possui. O principal

32 A. SEN, cit. 56, p. 380-381.

deles é a necessidade de manter a confiança do eleitorado para as causas mais emergenciais, sob pena de não angariar a força necessária suficiente para a continuidade dos mandatos eletivos. Assim, o primeiro aspecto que pode oportunizar a condição de agente dos cidadãos é a existência de uma ordem política e institucional para eleger representantes e para permitir a manifestação da insatisfação pessoal e dos grupos eleitores.

Na sequência, como corolário ao desenvolvimento, a segunda liberdade instrumental proposta por Amartya Sen engloba as facilidades econômicas. Estas correspondem às oportunidades conferidas aos sujeitos para utilizar os seus recursos econômicos, desse modo, tendo como propósito o consumo próprio, a produção ou a troca, fatores que variam dependendo do grau de recursos que o indivíduo disponha. A relação entre a economia e a população de um país constitui uma teia na medida em que o aumento ou diminuição de riqueza e de renda do país reflete diretamente na vida de sua população. Amartya reconhece a importância do mecanismo de facilidade econômica como meio gerador de riquezas, citando o exemplo da disponibilidade de financiamento e o seu acesso a ele, o que proporciona um aprimoramento em todos os setores da cadeia produtiva, favorecendo desde uma pequena empresa, que necessita de microcrédito, até uma multinacional.

Suas observações, todavia, não deixam de tecer críticas exatamente ao *modus operandi* econômico e financeiro estabelecido como padrão, que possibilita concentração de renda àqueles que dispõem de mais recursos. Por esta razão, ele afirma que, “na relação entre renda e a riqueza nacional, de um lado, e, de outro, os intitamentos econômicos dos indivíduos, as considerações distributivas são importantes em adição às agregativas”. Dessa forma, “o modo como as rendas adicionais geradas são distribuídas claramente fará diferença”³³.

33 A. SEN, cit. 56, pp. 55-56.



Oportunidades sociais constituem um importante elo na cadeia de pensamento do autor indiano. Elas são responsáveis por eliminar as maiores distorções em uma sociedade ao garantir serviços essenciais ao desenvolvimento social e humano, como saúde e educação. Interessante verificar que as duas liberdades anteriores congregam aspectos coletivos, pensando primeiramente no âmbito social. Quando se trata de oportunidades sociais, o foco é retirado da sociedade para a pessoa, ainda que a primeira seja diretamente beneficiada. Com efeito, relacionam-se à liberdade substantiva dos indivíduos, de sorte que colaboram para a vida privada – evitando-se mortes prematuras, garantindo-se um desenvolvimento físico e mental mais saudável, proporcionando a educação básica, que é essencial para que o indivíduo se reconheça como cidadão e possa gozar e exigir seus direitos de modo pleno – e terão como reflexo uma maior participação na vida política e econômica. Sen dá o exemplo do analfabetismo, que cria uma dupla impossibilidade: econômica, uma vez que limita o processo de especialização do trabalho tão intrínseco na atualidade, além de também criar óbice à participação política, uma vez que inviabiliza a busca por informação.

Este é um ponto importante e que merece mais uma consideração. A despeito de sua formação econômica, conforme afirmado anteriormente, Amartya Sen não pode ser taxado como um pensador liberal, pois sempre busca construir uma ponte que conjugue elementos liberais com vertentes sociais. Pode-se observar esta tentativa quando o autor identifica a necessidade da intervenção do Estado no que tange ao estabelecimento de políticas públicas para custear o combate à mortalidade infantil ou o analfabetismo.

A quarta categoria de liberdades está relacionada à confiança, elemento intrínseco e presumido da Constituição da sociedade. Esta é uma no-

ção extraída das doutrinas contratuais na qual se admite que a formação do Estado ocorreu mediante um pacto realizado entre os indivíduos, cujo elemento fundamental se resume à outorga de alguns direitos visando a obtenção de algum benefício graças ao estabelecimento de uma autoridade pública. Sen denomina esta categoria de garantia como transparência, ou seja, considera clareza e publicidade decorrências de todos os atos e negócios realizados na esfera pública. A inexistência da confiança limita o agir livre dos cidadãos: a transparência tem um papel instrumental como inibidor da corrupção, da irresponsabilidade financeira e também de transações ilícitas. Para a formulação de seu arquétipo teórico, este é mais um elemento caracterizador de governos democráticos admitido por Amartya Sen, devendo-se ressaltar, ainda, outros dois domínios que precisam funcionar de modo livre e independente como consequência lógica da transparência: a imprensa, grande *locus* investigatório e o Judiciário.

O último elemento que constitui a categoria das liberdades instrumentais tem relação com possíveis vulnerabilidades de todas as ordens com reflexo direto na vida das pessoas. Populações menos favorecidas são muito sensíveis a quaisquer mudanças bruscas que gerem privações. Assim, a segurança protetora objetiva proporcionar uma rede de proteção social para impedir que a população afetada seja levada à miséria ou, ainda, que obtenha algum auxílio temporário durante um período desfavorável. Comporta aqui uma noção assistencial, que pode ter existência fixa – isto é, reconhecida por Lei e, portanto, prevista, como nos casos de auxílio-desemprego, assistência aos indigentes, auxílios em caso de acidente, entre outros – ou ainda pode ser acionada em casos não previstos – uma medida *ad hoc* em situações de calamidade pública, como distribuição de alimentos e remédios. Além da assistência, o economista chama a atenção para a previdência social, que garante por alguns meses o rendimento dos trabalhadores em caso de perda de seus empregos. A



segurança protetora é uma tentativa de minimizar o impacto causado por mudanças inesperadas.

As cinco liberdades instrumentais citadas – liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora – formam a noção mais primordial para um desenvolvimento social lastreado na conquista da liberdade. Para Sen, o aprimoramento de cada uma destas áreas tem como reflexo direto o potencial aperfeiçoamento da capacidade de agente das pessoas. Todas elas estão contigualmente conectadas, suplementando-se de forma mútua; sua evolução, evidentemente, não ocorrerá em igual medida, pois as sociedades variam entre si e cada qual possui o seu próprio desafio. O olhar de Amartya, portanto, não privilegia tão somente o desenvolvimento econômico. Ele é uma parte importante para o financiamento das outras liberdades, mas não deve ser tomado como único foco de um governo, afinal a contribuição do “crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar”³⁴.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos avanços já conquistados, do ponto de vista político, o mundo de hoje ainda transborda profundas contradições. A persistência da pobreza e da miséria, a existência da fome crônica, a manutenção das desigualdades entre classes, a violação de liberdades políticas e formais, a manutenção de preconceitos entre grupos, a discriminação entre homens

34 A. SEN, cit. 56, p. 57.

e mulheres, as ameaças ao meio ambiente e sustentabilidade das economias, bem como muitas outras contradições, são apenas alguns dos pontos da agenda dos países pobres e ricos para este século.

Por isso, a questão que envolve o desenvolvimento e superação de tais problemas sociais em nível local, nacional e global, deve ter como parâmetro o reconhecimento do papel das liberdades, tese central da obra *Desenvolvimento como Liberdade*, publicada por Amartya Sen, no ano de 1999, tratada no presente trabalho. Procurou-se apresentar sua hipótese elementar demonstrando que sua abordagem tem como principal fim e principal meio a expansão da liberdade. Compreensão esta que vai de encontro com o conceito de segurança humana e, ainda, no sentido de fortalecimento do constitucionalismo democrático, considerando que a garantia do desenvolvimento deve passar pela ampliação das liberdades.

Assim, esta pesquisa enunciou o conceito de liberdade no pensamento do autor economista indiano, intimamente relacionado à ideia da condição de agente dos indivíduos, com foco nas condições mínimas para a ação individual como uma faceta de transformação da ordem social e política, por meio de liberdades instrumentais, as quais objetivam estabelecer uma concepção de ordem pública baseada na liberdade, que, por sua vez, proporciona o desenvolvimento social. Nos termos do autor:

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção



das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda³⁵.

Por certo, quando há respeito à segurança humana, bem como quando há garantia de liberdade e, com isso, o desenvolvimento, a inter-relação entre cidadãos contribui para a construção de uma sociedade livre. Igualmente, para um governo comprometido com tal fim, portanto, capaz de proporcionar um Estado menos desigual, no qual, paulatinamente, uma economia de bem-estar seja alicerçada.

A liberdade só poderá ser alcançada a partir de um Estado que proporcione condições sociais para se estabelecer uma base de igualdade material. E, neste caso, Amartya Sen transparece o seu apreço pelo regime democrático.

Para tanto, a garantia da liberdade como desenvolvimento social, político e humano, como hipótese de ação, deve fazer uso das liberdades instrumentais – liberdade política, segurança protetora, facilidades econômicas, garantia de transparência e oportunidade – nas quais as políticas de assistência são parte importante para esta ação, e representam tão somente um elo nesta cadeia de fatores formadores de um conjunto. Desse modo, fornecendo os elementos fundamentais, todos se tornam responsáveis, a partir de então, na construção de uma sociedade política melhor estruturada.

Por conseguinte, a garantia e ampliação da liberdade como um fator determinante para o desenvolvimento constituem fundamentos da ordem jurídica, social e política dos Estados e da ordem internacional. Frise-se que esta teoria merece ser objeto de debates como um relevante elo que congrega a luta pelo aprimoramento dos direitos individuais em consonância com uma sociedade mais livre e justa na busca por desenvolvimento e, incansavelmente, por liberdade.

35 A. SEN, cit. 56, p. 71.

REFERÊNCIAS

A. SEN. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 48.

A. SEN. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

B. BORJ. Segurança Humana e América Latina. *Revista Internacional de Direitos Humanos: SUR*, São Paulo, v. 2, n. 3, pp. 41-59 e pp. 26-47.

COMMISSION ON HUMAN SECURITY. United Nations UN. In *Human Security Now*. New York, 2002-2003. Disponível em: <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/91BAEEDBA50C6907C1256D19006A9353-chs-security-may03.pdf>>.

J. PABLO FERNÁNDEZ PEREIRA. *La Seguridad Humana: um derecho emergente*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 78.

N. BOBBIO. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 45.

NACIONES UNIDAS. *Informe Sobre Desarrollo Humano 1994* – PNUD. Washington: UN, 1994, p.3. Disponível em: <https://derechoalaconsulta.files.wordpress.com/2012/02/pnud-informe-1994-versic3b3n-integral.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convivência e Segurança Cidadã: reflexões por uma nova abordagem de segurança pública*. Brasília: PNUD; Conviva, 2016, p. 30.



O efeito suspensivo dos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores brasileiros e o princípio da presunção de inocência: um breve percurso histórico

The suspensive effect of criminal appeals addressed to brazilian superior courts and the principle of the presumption of innocence: a brief historical course

FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR¹

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. Coordenador geral da área de penal e Processo penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst.

[Ir para o índice](#)

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O efeito suspensivo dos recursos processuais penais de 1988 até o julgamento do HC 84.078 pelo STF; 2.1 a necessidade do esgotamento da segunda instância de jurisdição: interposição, julgamento e publicação dos embargos de declaração; 2.2 Regramento especial para as penas restritivas de direito, executadas após o trânsito em julgado; 2.3 Inexistência de irresignação ministerial contra a sentença de 1º grau que estabelece a necessidade de decisão com trânsito em julgado para a expedição de mandado de prisão; 3. O efeito suspensivo dos recursos processuais penais do julgamento do HC 84.078 até o julgamento do HC 126.292 pelo STF; 4. O efeito suspensivo dos recursos processuais penais do julgamento do HC 126.292 até o julgamento das ADCS 43, 44 e 54 pelo STF; 4.1 Não conhecimento de Habeas Corpus que buscavam a soltura do paciente – independentemente do tema nele debatido – pelo fato de que houve esgotamento das instâncias ordinárias; 4.2 Iniquidade do entendimento do HC 126.292 do STF face a pluralidade de provimentos de recursos especiais defensivos; 5. O atual reconhecimento do efeito suspensivo aos recursos extraordinários criminais: o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O inciso LVII do artigo 5.º da Constituição da República brasileira assim define o princípio da presunção da inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Nada obstante a singeleza da redação que se limita a apenas 13 palavras – se contarmos artigos e preposições – em nossa história jurídica recente, sua interpretação tem se mostrado bastante controversa.



Ainda que haja alguns consensos jurisprudenciais em torno de seus desdobramentos, como a constitucionalidade da prisão preventiva² e da prisão temporária³, por exemplo, há outros pontos também tocados pelo princípio aqui analisado, que despertam um debate bem mais acirrado.

Assim, exemplo eloquente disso, e que será o objeto do presente artigo, se dá com o debate acerca da existência ou não de efeito suspensivo na interposição de recursos especial e extraordinário⁴ perante os Tribunais Superiores.

Como se sabe, o efeito suspensivo impede a produção imediata dos efeitos da decisão que se combate, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso, vale dizer, “a decisão somente poderá ser executada quando confirmada pelo órgão *ad quem*”⁵. A peculiaridade do processo penal quanto a esse ponto é que a lógica do efeito suspensivo opera em dois níveis. Recursos interpostos contra sentença ou acórdão absolutórios só serão recebidos no efeito devolutivo. De outro lado, recursos interpostos contra sentença ou acórdão condenatórios serão recebidos nos seus efeitos devolutivo e suspensivo, o que significa dizer

2 M. FEDERICI GOMES E HUGO VIDAL TRINDADE. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 9, n. 53, 2009, pp. 18-33.

3 H. F. PARANHOS CARDELLA. *As prisões cautelares diante do princípio da presunção de inocência*. *Revista do Curso de Direito*, Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal (CREUPI), v. 2, n. 2, p. 93-114.

4 Nota do Autor: Trata-se o recurso especial de meio de impugnação judicial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça na qual a parte busca demonstrar que a decisão do Tribunal de Justiça ou Federal contrariou ou negou vigência à norma constante da legislação federal. O recurso extraordinário, por seu turno, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e nele cabe à parte demonstrar que foi infringência à Constituição da República pelo Tribunal local. Sobre o tema: F. DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JR. *Recurso Especial e Extraordinários Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

5 F. DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, vol. 4, 25ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

que a decisão somente será executada após o trânsito em julgado, nos termos do que se deliberou no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade números 43, 44 e 54.

Nada obstante, o entendimento firmado em 2019, por meio do julgamento conjunto das ações acima referidas, e principalmente em virtude de todo o debate então suscitado, nosso objetivo no presente artigo é o de se rememorar os passos dessa construção jurisprudencial, que também pode ser vista como o pêndulo jurisprudencial vivenciado em nosso país sobre o tema que tem navegado em fluxos e contrafluxos.

Diante de tema que já foi tantas vezes debatido, nossa empreitada se estrutura a partir de duas pilstras. Inicialmente, será reconstruído o percurso histórico da concretização do princípio da presunção de inocência através da existência (ou não) de efeito suspensivo nos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores. Tal trajetória tem como marco inicial a promulgação da Constituição de 1988 e como marco final o julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade acima referido. Ressalte-se que não será apresentado o resultado de qualquer pesquisa empírica exaustiva, na qual, por exemplo, seriam destacados os julgados que divergissem do entendimento do período em análise. Longe disso, procurou-se somente destacar os *leading cases* de cada período, bem como algumas peculiaridades jurídicas, sem qualquer intuito de maior envergadura, como se poderá observar.

Em um segundo momento, através desse exemplo concreto do efeito suspensivo dos recursos excepcionais, também será possível debater a técnica jurídica empregada ao longo desse itinerário de mais de três décadas. Ainda que declaradamente não seja nosso objetivo principal, a discussão da técnica jurídica é algo que importa, não somente para o tema que se apresenta nestas páginas, mas, principalmente, para que se possa realizar uma análise de alguns dos elementos que contribuem para a forma como a nossa cultura jurídica tem sido construída contemporaneamente.



Explique-se. Independentemente das perspectivas jurídico-político-filosóficas dos intérpretes do direito brasileiro, é de se esperar que em seus labores levem em conta uma lógica dialética, na qual teses falhas são superadas por outras teses e teses efetivas e eficazes sejam mantidas por conta dos argumentos que as escoram. Seja por conta de uma perspectiva haberliana de Constituição aberta⁶, de uma lógica de deliberação na esfera pública de Habermas⁷, ou ainda de uma mirada segundo a qual o desenvolvimento deva ser visto como um processo de expansão das liberdades reais para as pessoas, como propõe Sen⁸, ou ainda qualquer outra, o fato é que dificilmente se poderia discordar de uma hermenêutica jurídica que não tivesse esse pressuposto: debater os fundamentos de uma decisão; superar argumentos equivocados; sustentar argumentos hígidos. De forma aberta e ampla, de modo a que todos os fundamentos a favor e contrários a cada tese pudessem ser levados em consideração.

Nada obstante, tal pressuposto vem sendo substituído, no sentir de Lênio Streck, por uma excessiva discricionariedade na interpretação por parte das decisões dos juízes e tribunais. Como afirma o autor, “a autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente”⁹. Sustenta ainda que esse pensar faz vir à tona o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, o que, por fim,

6 P. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

7 J. HABERMAS. *Teoria do agir comunicativo*. Volume 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

8 A. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

9 L. LUIZ STRECK. Aplicar a “letra da Lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos NEJ Eletrônica*, Vol. 15, n. 1, pp. 158-173, p. 4. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>

colocaria “o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’”¹⁰.

Uma singela contribuição para esse enorme debate se localiza nos estreitos limites da discussão realizada ao longo desse artigo. Através de sua Leitura, poderá o Leitor aquilatar a forma como tem sido feita a tessitura do nosso direito: um debate racional e fundamentado de argumentos e contra-argumentos ou, ao contrário, uma metodologia de tomadas de decisão calcadas no pragmatismo, useira e vezeira em utilizar o “grau zero de sentido”, como se o tema jamais tivesse sido debatido, e como se as discussões anteriores pudessem ser simplesmente ignoradas¹¹.

De todo modo, nossa coluna vertebral – a partir da qual esse debate da técnica jurídica pode ser realizado – está calcada em outra matriz: trata-se da análise das diferentes interpretações que o tema do efeito suspensivo dos recursos criminais junto aos tribunais superiores recebeu desde a promulgação da Constituição. É o que se verifica doravante.

2. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIS DE 1988 ATÉ O JULGAMENTO DO HC 84.078 PELO STF

Após o advento da Constituição da República, em 1988, seriam necessários 21 anos para que o Supremo Tribunal Federal passasse a entender que, em virtude do princípio da presunção da inocência, a pena oriunda de sentença condenatória somente poderia ser executada após

10 L. LUIZ STRECK, cit. 77, p. 4.

11 L. LUIZ STRECK. *O que é isto? Decido conforme a minha consciência?* 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



seu respectivo trânsito em julgado. Esse foi o entendimento estabelecido no *HC 84.078*, relatado pelo então Ministro Eros Grau, em julgamento levado a cabo pelo Plenário daquela Corte, e que passou então a se constituir no *leading case* sobre a temática.

Contudo, antes disso, é de se referir ao momento histórico entre a promulgação da Constituição da República em cinco de outubro de 1988 e o julgamento do acima referido *HC 84.078* em cinco de fevereiro de 2009. Naquele período, o sistema processual penal se caracterizava pela inexistência de concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários interpostos em face de acórdão condenatório de segundo grau. O *Habeas Corpus* 90.645, julgado em onze de setembro de 2007 pela 1.^a Turma do STF, cujo relator para o acórdão foi o Min. Menezes Direito, exemplifica o que então se entendia sobre o efeito suspensivo naquele momento: “(...) 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. *Habeas corpus* indeferido”.

Para além do percurso histórico que ora se realiza, o tema também chama a atenção pela forma como a jurisprudência, mesmo em face do entendimento acima indicado, limitava a obrigatoriedade do início do cumprimento da prisão após o exaurimento da segunda instância. Em outras palavras: a regra era somente o efeito devolutivo para os recursos extraordinários, contudo, havia a análise do caso concreto para se verificar se havia razões jurídicas para ser concedido o efeito suspensivo.

Destaque-se que as nuances dos limites então impostos ao efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários nos remetem a uma técnica-jurídica que soa extremamente apurada para o atual momento

jurídico-institucional que vivenciamos. É fundamental revisitá-la, tendo em vista os fluxos e contrafluxos dessa história, como já referido.

2.1. A necessidade do esgotamento da segunda instância de jurisdição: interposição, julgamento e publicação dos embargos de declaração

Como dito acima, se a regra, no período analisado, era a concessão de efeito meramente devolutivo, nada obstante, havia a pormenorização do caso concreto para a verificação de existência de fundamentos para a concessão de efeito suspensivo. A primeira vertente jurisprudencial que pode ser destacada nesse sentido, diz respeito à necessidade do esgotamento da segunda instância de jurisdição para a decretação da decisão que antecipa a execução da pena. Em termos efetivos isso significava dizer que, inicialmente, o tribunal local deveria aguardar i) o prazo para a interposição dos embargos de declaração, ii) o período até o respectivo julgamento, iii) efetivo julgamento, e iv) o trâmite interno até a publicação do acórdão complementador. Nos casos em que tal diretriz não era observada, os tribunais superiores, quando incitados, determinavam a suspensão da expedição do mandado de prisão, ou seu recolhimento, conforme o caso.

Para melhor ilustrarmos o raciocínio, torna-se imperioso a menção à jurisprudência dos tribunais superiores que então vigorava:

1. Se ao paciente foi concedida à liberdade provisória no decorrer do processo, não pode o acórdão condenatório, pendendo embargos de declaração, determinar a prisão do paciente.
2. Ordem concedida para permitir a liberdade do paciente até que o julgamento do apelo seja completado. (HC 91.821/SP, Rel. Ministra Jane Silva - (Desembar-



gadora convocada do TJ/MG), 5.ª Turma, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1)

No mesmo sentido:

1. Paciente que aguardou o julgamento do apelo em liberdade. O Tribunal *a quo* confirmou a sentença condenatória e determinou a expedição de mandado de prisão. A defesa opôs embargos declaratórios.
2. A oposição de embargos declaratórios ao acórdão combatido não define o exaurimento da instância recursal, de sorte a ensejar a expedição de mandado de prisão.
3. Ordem concedida. (HC 42.336/PE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, julgado em 06/10/2005, DJ 24/10/2005 p. 386)

É de se verificar que idêntico raciocínio era estendido para os demais recursos internos dos tribunais locais, como os embargos infringentes. É o que se depreende da seguinte decisão:

(...) IV- No caso, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento embargos infringentes opostos pela defesa, razão pela qual, na hipótese e por ora, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente. Concedo a ordem para autorizar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias. (HC 372.207/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5.ª Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017)

Ir para o índice

Trata-se de decorrência lógica da sistemática então vigente, segundo a qual, não se poderia chegar a outra conclusão senão a de que a antecipação da execução da pena só poderia ser decretada com o efetivo esgotamento do segundo grau de jurisdição. E isso só ocorre, efetivamente, quando se escoavam os prazos para interposição de recursos internos no tribunal local. A interpretação da época reconhecia essa questão.

2.2. Regramento especial para as penas restritivas de direito, executadas após o trânsito em julgado

Outro entendimento jurisprudencial anterior a 2009 e que poderia obstaculizar a antecipação da execução da sanção penal se referia às penas restritivas de direitos. Para tanto, deve-se partir das regras gerais de resolução de antinomia, segundo as quais, Lei posterior revoga Lei anterior e Lei especial se aplica em prejuízo da Lei geral, e da constatação de que o artigo 147 da Lei de Execução Penal prevê que “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução (...)”. Desde essa mirada, chegou-se à conclusão de que tais regras se impunham para as penas restritivas de direitos, em detrimento da regra geral, que 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”, nos termos do artigo 637 do Código de Processo Penal.

De tal forma, relativamente às penas restritivas de direitos, não havia possibilidade de serem executadas provisoriamente. Esse tipo de sanção penal demanda, via de consequência, o trânsito em julgado da sentença que as aplicou, consoante afirmava a jurisprudência:



As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (artigo 147). Precedente. (HC 84859, Relator(a): Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 13/05/2005).

No mesmo sentido, tem-se o HC 84.677, relatado para o Acórdão pelo Min. Cezar Peluso, da 1.ª Turma, em julgamento que se deu em vinte e três de novembro de 2004; ainda, o HC 86.498, relatado pelo Min. Eros Grau da 2.ª Turma, julgado em dezoito de abril de 2006 de cuja ementa se extrai: “O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida”.

2.3. Inexistência de irrisignação ministerial contra a sentença de 1.º grau que estabelece a necessidade de decisão com trânsito em julgado para a expedição de mandado de prisão

Para além das diretrizes jurisprudências acima indicadas, e que vigiam anteriormente ao paradigma trazido pelo HC 84.078, há ainda que se fazer referência à hipótese na qual a sentença de primeiro grau estabelecia a necessidade do trânsito em julgado para a expedição de mandado de prisão, sem que tivesse havido recurso do Ministério Público. Assim, e havendo trânsito em julgado para a acusação da decisão, segundo a qual, a prisão só ocorrerá após o trânsito em julgado, não poderia o tribunal local, em recurso exclusivo da defesa, alterar tal circunstância, em virtude da proibição da *reformatio in pejus*. Repare-se que tal linha hermenêutica já vigia anteriormente ao próprio julgamento do HC 84.078, no ano de 2009.

Ir para o índice

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, depara-se com o entendimento que se recolhe do HC 93.356, relatado pelo então Min. Menezes Direito, da 1.ª Turma, julgado em seis de maio de dois mil e oito, no qual se lê:

(...) 1. Configura-se *reformatio in pejus* a decisão de Tribunal de Justiça que, ao negar provimento à apelação exclusiva da defesa, determina a expedição de mandado de prisão contra o recorrente quando a sentença condenatória condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. 2. Ordem de *habeas corpus* concedida”.

Da mesma forma julgava o Superior Tribunal de Justiça naquele momento, como se verifica da seguinte decisão:

(...) III. Se a sentença de 1.º grau condiciona a prisão do réu ao trânsito em julgado do Decreto condenatório, não pode o Tribunal *a quo*, em sede de apelação exclusiva da defesa, determinar a execução da reprimenda, sob pena de *reformatio in pejus*. IV. Precedentes do STJ e do STF. V. Deve ser reconhecido o direito da paciente de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória contra ela proferida.VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 67.518/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, 5.ª TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 292).

No mesmo sentido:

(...)

1. A sentença condenatória condicionou a prisão do paciente ao trânsito em julgado do Decreto condenatório e a acusação (seja o Ministério Público ou o assistente de acusação) não impugnou, no momento oportuno, a con-



cessão dessa benesse. O Tribunal *a quo*, portanto, não pode, em sede de embargos de declaração opostos em sede de apelo defensivo, determinar a execução provisória do julgado, sob pena de *reformatio in pejus*.

2. Precedentes dos Tribunais Superiores.

3. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC 64.799/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5.^a Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 311)

Apresentadas algumas das vertentes jurisprudenciais que então impunham efeito suspensivo a despeito do entendimento então vigente, de que os recursos extraordinários criminais não o possuíam, passemos para o próximo momento histórico dessa caminhada, qual seja, a alteração de entendimento em virtude do julgamento do *HC 84.078* pelo STF, como se passa a analisar abaixo.

3. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIS DO JULGAMENTO DO HC 84.078 ATÉ O JULGAMENTO DO HC 126.292 PELO STF

Como acima visto, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o julgamento do *HC 84.078*, tivemos um interregno em que o princípio da presunção da inocência, no que diz respeito à sua faceta da necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento de sentença penal condenatória, carecia de normatividade. O cenário é alterado com o julgamento dessa histórica ação constitucional de *habeas corpus* que reconheceu, em decisão proferida pelo Plenário da Suprema Corte, que a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado ofendia o referido princípio constitucional.

Ir para o índice

Não seria equivocado se apontar para o fato de que tal decisão é produto da gestação de um novo entendimento acerca da extensão dos princípios constitucionais e da normatividade do Texto Constitucional. Ainda que não explicitamente, esses novos ares se refletiam na doutrina que então era produzida, que apontava para a inconstitucionalidade das normas que igualavam o processo penal ao processo civil no que diz respeito à inexistência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como se verifica de TOURINHO FILHO, quando expunha:

Nada obstante o artigo 637 do CPP diga que os autos, ou traslado, devem baixar à 1.ª Instância para a execução, estamos que tal dispositivo perdeu sua razão de ser. Por que baixar à 1.ª Instância? Obviamente para a “execução provisória da pena”. Mas como se pode executar provisoriamente a pena se a sentença não transitou em julgado e “ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado”, como dispõe a Constituição no capítulo dos Direitos Fundamentais do Homem? Pensamos que a “execução provisória” não mais se justifica.¹²

Assim, analisando-se a íntegra do referido acórdão, pode-se sintetizar que se entendeu inconstitucional a antecipação da execução da pena, pelos seguintes argumentos: em primeiro lugar, o fato de que a Lei de Execução Penal, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, revogar, material e temporalmente (por ser Lei posterior) o que dispõe o artigo 637 do Código de Processo Penal, o qual, como anteriormente visto, determina que

12 F. DA COSTA TOURINHO FILHO, cit. 73, p. 488.



os recursos dirigidos aos tribunais superiores somente seriam recebidos no efeito devolutivo – além de ser adequada à Constituição Federal. Um segundo ponto é o fato de que a prisão, antes do trânsito em julgado, poder ser decretada a título cautelar, por qualquer instância, desde que preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Parece elementar: havendo risco à instrução, à futura aplicação da Lei penal, ou abalo da ordem pública, pode a prisão ser decretada pelo juiz de primeiro grau, pelo tribunal local, pelo Superior Tribunal de Justiça e, ainda, pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, o terceiro argumento dizia respeito ao fato de que a ampla defesa não pode ser vista de modo restrito, ou seja, sem englobar todas as fases recursais.

Após o citado julgamento, entendeu-se serem inconstitucionais, e que não mais deveriam ser aplicadas, todas as regras que não apresentavam efeito suspensivo aos recursos especiais e aos recursos extraordinários processuais penais, tais como o § 2.º do artigo 27 da Lei 8038 de vinte e oito de maio de mil novecentos e noventa¹³, o ainda vigente artigo 637 do Código de Processo Penal, o § 4.º do artigo 321 do Regimento Interno do STF e o artigo 255 do Regimento Interno do STJ. Em suma, não mais se aplicaria o entendimento que se consolidava na então vigente Súmula 267 do STJ: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão” que a partir daquele momento restou superada¹⁴.

13 Nota do Autor: Lei revogada pela Lei 13.105 de dezesseis de março de dois mil e quinze (Código de Processo Civil).

14 Nota do Autor: Cfr. F. DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JR. *Recurso Especial e Extraordinário Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013, em especial o item 3 do capítulo 1.

Chama a atenção que, em consonância com tal entendimento, no ano de 2011, foi promulgada a Lei 12.403 de quatro de maio de dois mil e onze¹⁵ que deu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁶, delimitando as espécies de prisão existentes em nosso sistema jurídico, todas em harmonia com o princípio da presunção de inocência. Como se vê da redação do referido artigo, teríamos em nosso país, de um lado, as prisões processuais, divididas em prisões cautelares (cujas espécies seriam a temporária e a preventiva) e a prisão pré-cautelar (cuja espécie por excelência seria a prisão em flagrante); e de outro, a prisão penal, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. Teríamos, assim, prisão quando houvesse a sua indispensabilidade para a investigação (temporária); prisão quando fosse necessário para preservar a ordem pública, quando houvesse risco à instrução processual ou quando houvesse elementos concretos de que o acusado poderia se evadir (preventiva); prisão realizada logo após o cometimento do crime (flagrante); e para além delas, somente mais uma: a prisão oriunda de sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁷.

15 Nota do Autor: Cfr. M. DE MORAES HARTZ e C. RIBEIRO RITTA. A Lei n.12.403/2011 e a nova sistemática da prisão preventiva. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, v. 11, n. 69, p. 23-37., 2011; P. JOSÉ IASZ DE MORAIS e F. PINHEIROS NASCIMENTO. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova Lei de Prisão e Medidas Cautelares n. 12.403, de 04.05.2011. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 69, p. 9-16., 2011; e, ainda, M. MARQUES. *Perspectiva crítica das cautelares “alternativas” ao cárcere de acordo com a Lei n. 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

16 BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. 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.

17 Nota do Autor: Sobre o tema, consulte: E. PACELLI e D. FISCHER. *Comentários do Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019; A. LOPES JÚNIOR. *Direito processual penal*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; F. DA COSTA TOURINHO FILHO. *Manual de Processo penal*. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; G. HENRIQUE BADARÓ e R. IVAHY. *Manual dos recursos penais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; P. RANGEL. *Direito processual penal*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019; A. LUIZ NICOLITTI. *Manual de Processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.



De tal forma, consolidou-se em nosso sistema jurídico entre os anos de 2009 a 2016 a plena existência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários criminais, como se verifica da jurisprudência que então ecoava dos tribunais. Podemos citar como exemplo, o *HC 101.676*, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, em julgamento realizado em quatorze de junho de 2006 pela 2.^a Turma, no qual se consignou:

(...) 2. Réu em liberdade durante toda a instrução criminal e até julgamento da apelação criminal. 3. Expedição de mandado de prisão com fundamento no improvimento da apelação da defesa. 4. A jurisprudência do STF orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial ou recurso extraordinário, apesar de não ter efeito suspensivo, a constrição provisória da liberdade deve estar fundamentada nos termos do artigo 312 do CPP. 5. Considerados o princípio constitucional da não-culpabilidade (Constituição Federal, artigo 5.º, LVII) e a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, a manutenção da condenação em sede de apelação, por si só, não é fundamento suficiente para a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Precedentes. 6. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal (...)¹⁸.

Esse era o panorama jurídico que se ostentava a partir do julgamento do *HC 84.078*, e que perdurou até o julgamento de outra histórica ação

18 Nota do Autor: No mesmo sentido: *HC 98.212*, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009, *HC 98.463*, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 15/09/2009 e *HC 93.857*, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009.

constitucional de *Habeas Corpus*, qual seja, a de número 126.292, relatada pelo então Ministro Teori Zavascki. As repercussões deste julgamento serão debatidas no tópico abaixo.

4. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIS DO JULGAMENTO DO HC 126.292 ATÉ O JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54 PELO STF

O consenso legislativo e jurisprudencial em torno da consolidação do reconhecimento do efeito suspensivo aos recursos extraordinários criminais acabou sendo profundamente abalado por nova apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal. Era o ano de 2016, e por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, que, anteriormente, fora afetado ao Plenário pela 2.^a Turma, houve por bem o STF em trazer novos – ou antigos, como se demonstrará – contornos à discussão. Ao denegar a ordem no caso referido, a Corte Suprema passou a entender que decisão condenatória de segundo grau deve ser necessariamente executada, retirando o efeito suspensivo que, desde o julgamento do *HC* 84.078, se emprestava aos recursos dirigidos aos tribunais superiores, como acima visto.

Esse novo/velho cenário se confirmou no cotidiano forense visto que, diferentemente do que sói acontecer nas hipóteses de *habeas corpus* nos tribunais superiores reconhecendo direitos fundamentais, os tribunais de justiça e tribunais federais, quase de forma unânime, passaram a implementar o novo/velho entendimento sobre o princípio da presunção da inocência, revigorando o entendimento de que os recursos extraordinários não obstam a expedição de mandado de prisão.



Esse novo/velho entendimento, a respeito do momento da decretação da prisão decorrente de sentença condenatória, suscitou inúmeros debates, que, via de regra, giraram em torno das inconstitucionalidades da medida. Seja porque ofendia o princípio da presunção da inocência, retirando seus efeitos de determinados recursos, para que “a jurisdição penal possa ser efetivada mais rapidamente”, seja porque atacava o princípio da fundamentação das decisões judiciais, visto que os argumentos que estruturam o paradigma até então vigente (como dito, o HC 84.078) foram ignorados - ou ao menos driblados – o fato é que muito dificilmente uma análise estritamente jurídico-constitucional teria condições de superar os pontos urdidos por essas certeiras críticas¹⁹. A decisão tem um viés muito mais pragmático (resolver o problema da demora dos processos e a sensação de impunidade, ou ainda outros, cujo desvelar ficarão a cargo de nossos futuros historiadores) do que jurídico (qual a melhor interpretação que se deve fazer dos dispositivos constitucionais em vigor em nosso país).

19 Nota do Autor: Tais críticas, dentre outras, podem ser encontradas na farta bibliografia que foi produzida no período sobre o tema. Pode-se destacar, sem prejuízo de outros tantos trabalhos, os seguintes: B. DE PAIVA CANESIN. A execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 381-396, 2017; R. ARIEL DOTTI. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 251-289, 2016; A. JOBIM DO AMARAL. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 03-05, 2016; A. MACHADO MAYA e P. CARDIA LORENZONI. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 151, p. 189-213, 2019; F. GABRIEL GHI-GGI e F. SANTOS DE MORAIS. Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 169-190, 2017; R. SÁNCHEZ RIOS. O papel do Supremo Tribunal Federal e a mutação constitucional em matéria de garantias penais fundamentais: uma análise à luz do habeas corpus 126.292/SP. In ANDERSON BEZERRA LOPES et al, organizadores, *Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia nos 30 Anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

O eixo central do referido novo paradigma se encontra na argumentação de que 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 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. Isso porque, segundo o voto condutor do acórdão, a execução provisória envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional. Tais vetores devem atender a valores não só dos acusados, mas também de toda a sociedade. Nesse ponto, resgata o *HC 68.726* (Rel. Min. Néri da Silveira), julgado em vinte e oito de junho de mil novecentos e noventa e um, que assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível e ainda faz referência ao *HC 74.983* (Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em trinta de junho de mil novecentos e noventa e sete). A retomada de tais julgados é bastante difícil de se compreender. Ademais que não são abordados, nesse ponto da argumentação, ou em qualquer momento do acórdão, os argumentos que superaram as teses trazidas pelo *HC 84.078*, como já se viu.

Ressalta ainda a íntegra do acórdão do *HC 126.292* que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, visto que tem devolutividade restrita e não se prestam ao debate de matéria fático-probatória. Essa postura, ainda argumenta a mesma fonte, não comprometeria o núcleo essencial da presunção de inocência, na medida em que o acusado foi tratado como inocente nas instâncias ordinárias, citando para tanto, o entendimento consagrado a respeito da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135 de vinte e um de setembro de dois mil e um) – a qual, como se sabe, em seu artigo 1.º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade as condenações



no 2.º grau de jurisdição. Como se vê, uma decisão constitucionalmente equivocada serviu de lastro para outras decisões de mesmo jaez.

A partir desse ponto, aquilo que poderia ser definido como o quinto grande ponto de argumentação da decisão passa a elencar inúmeros sistemas jurídicos alienígenas que não aguardam o trânsito em julgado para executar a sentença penal condenatória. Tal seria o caso dos Estados Unidos, em que há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, cujas decisões são imediatamente cumpridas. O acórdão ainda faz referências aos sistemas canadense, alemão, francês, espanhol e argentino. Digno de nota é o fato de que nenhum dos citados sistemas contempla norma constitucional semelhante à previsão do nosso sistema, segundo a qual, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nos termos do artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal, que, inclusive, é reproduzida no acima debatido artigo 283 do Código de Processo Penal.

Como se verifica da argumentação propriamente dita, e como antes já indicado, os fundamentos trazidos à baila no *HC* 126.292 resumem-se à discussão de que a presunção de inocência deve ser lida à luz da efetividade jurisdicional. Em outros termos, além de se tratar de um argumento meramente pragmático (como os processos demoram, retire-se lhes o efeito suspensivo para logo enviar os acusados para o cárcere), vê-se que os fundamentos jurídicos até então imperantes não foram enfrentados: só se exerce ampla defesa na discussão de fatos e provas? Os debates jurídicos nas instâncias superiores, competentes para a harmonização da interpretação infraconstitucional e para a hermenêutica constitucional, são irrelevantes, e se por acaso existirem, devem fazer com o que o acusado os aguarde preso? Qual o sentido disso, se a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição? A

efetividade deve ser buscada através da antecipação dos efeitos da pena, mesmo havendo possibilidade de sua reforma? Por que não se pensa em maior celeridade através do expediente da maior rapidez no julgamento dos recursos ou na maior dotação orçamentária para os juízos criminais de primeiro grau? A presunção de inocência não prefere um culpado solto a um inocente preso? Por que essa máxima se inverte durante a tramitação dos recursos no STJ e STF? De novo, sendo irrelevantes os debates jurídicos trazidos no bojo do recurso especial e do recurso extraordinário, por que sua previsão explícita, e ainda por cima, no texto constitucional? Isso quer dizer que é irrelevante o próprio texto da Constituição? A Lei de Execuções Penais não é posterior ao artigo 637 do Código de Processo Penal? Dificilmente se poderia chegar a uma outra conclusão senão a de que tais indagações (oriundas, perceba-se, do paradigma anterior, ou seja, retiradas do bojo da discussão travada no *HC 84.078*) ficam sem resposta à luz do que se exarou no *HC 126.292*.

Como se verá abaixo, a ausência de respostas jurídicas aos questionamentos acima indicados – sem embargo de tantos outros propostos por inúmeros estudiosos sobre o tema como acima já referido – não poderia redundar em outra coisa senão na revisão desse entendimento, o que ocorreu por ocasião do julgamento em conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, que serão objeto de item específico abaixo.

Antes disso, urge debater um aspecto menos discutido e que ocorreu a partir do julgamento do *HC 126.292*, qual seja, a intransigência da jurisprudência para com os argumentos que estariam aptos a limitar o entendimento de que a prisão deveria ser decretada após o esgotamento da segunda instância. Tal qual ocorria antes do *HC 84.078*, como visto acima, quando, por exemplo, exigia-se o esgotamento dos recursos internos à segunda instância para se executar a prisão.



Em outras palavras, não se tratou somente de um regresso a um entendimento anterior ao HC 84.078. Tratou-se, em verdade, de um regresso que pode se assemelhar ao período anterior à reforma processual de 1977²⁰, quando então vigorava a prisão automática por ocasião de pronúncia, independentemente das circunstâncias fáticas do caso. Tratava-se de procedimento mecânico, que reduzia o papel do magistrado a um mero homologador da prisão, o que, é de se reconhecer, acabou acontecendo com os Ministros das Cortes Superiores no período aqui debatido. Restringiram-se a legitimar as decretações de prisão que ocorriam nos tribunais locais, apoucando o próprio papel das Superiores Instâncias.

Reflitamos sobre as sutilezas dessa questão, analisando nos subtópicos abaixo as questões concretas que foram ofertadas aos Tribunais Superiores e que foram rechaçadas; nada obstante, pudessem se constituir em exceções à regra exposta no HC 126.292. É o que se passa a analisar.

4.1. Não conhecimento de habeas corpus que buscavam a soltura do paciente – independentemente do tema nele debatido – pelo fato de que houve esgotamento das instâncias ordinárias

Como se sabe, a ação constitucional de *habeas corpus* não tem como fim exclusivo a contestação de prisão cautelar (seja ela temporária ou preventiva). O remédio heroico, como tradicionalmente é chamado, também é desembainhado para sanar erros de dosimetria da pena, equívocos na fixação de regime prisional, errônea aplicação do princípio da insignificância, ou ainda ilegalidades processuais, dentre tantos outros

20 Nota do Autor: Faz-se aqui referência à Lei 6.416, de 24/05/1977.

temas²¹. É claro que a concessão de *habeas corpus* por tais fundamentos pode, por via oblíqua, redundar na revogação da prisão – por exemplo, se a insignificância é aplicada, ou se há ilegalidade processual.

Em outros termos, há inúmeras outras questões para além da discussão da legalidade ou não da prisão cautelar. Nada obstante, o que ocorreu no referido período é que, como a prisão na segunda instância era a regra, independentemente do tema trazido na impetração, os *habeas corpus* eram indeferidos ou sequer conhecidos sob o argumento de que os recursos especial e extraordinário não possuíam efeito suspensivo.

Apesar da inexistência de intersecção entre tais discussões (exemplos acima citados) e o debate relativo à expedição do mandado de prisão no segundo grau de jurisdição, em uma interpretação que estaríamos autorizados a denominar de enviesada, as Cortes Superiores deixaram de conhecer as irrisignações que tratam de temáticas outras, sob o argumento de que “como o segundo grau de jurisdição já está esgotado, não há mais discussão sobre a liberdade do paciente”, deixando de se conhecer de *habeas corpus*, e mantendo assim, as prisões equivocada e erroneamente decretadas.

É o que se verifica de inúmeras decisões que foram proferidas pelas Cortes Superiores naquele momento histórico, como se verifica do Agravo Regimental no HC 380.537/PR, relatado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik da 5.ª Turma, em julgamento ocorrido em vinte e sete de junho de dois mil e

21 Nota do Autor: Sobre a amplitude do *Habeas Corpus*, veja-se J. BARCELOS DE SOUZA. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte: Sigla, 1998; A. ZACHARIAS TORON. *Habeas corpus: controle do devido Processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; e, G. DE SOUZA NUCCI. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2014.



dezessete. Em tal feito, pleiteava-se a plausibilidade da tese jurídica veiculada (decisão do tribunal local dissonante do entendimento do STJ sobre o tema), razão porque não deveria ser mantida a prisão do paciente, ao que respondeu o STJ que “Dessa forma, ausente qualquer recurso a que se tenha atribuído efeito suspensivo, há que se ressaltar que a restrição da liberdade do paciente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias, nada havendo a ser reparado nesta via mandamental”.

No mesmo sentido, depara-se com o *HC* 342.782/BA, relatado pelo Ministro Jorge Mussi, publicado no DJe em trinta de março de dois mil e dezesseis, em que se pleiteava que a execução provisória não poderia se dar em regime mais gravoso que o fixado em sentença. A solução do caso foi a mesma do julgado acima referido²².

Inúmeros outros julgados poderiam ser invocados no ponto, sendo certo que os acima citados somente ilustram a temática e estão longe de esgotar o painel jurisprudencial sobre o tema. De todo modo, pelas decisões trazidas, fica claro que, no período analisado, simplesmente não se debatia o mérito de *habeas corpus* sob o argumento de que teria havido o esgotamento da instância ordinária.

4.2. Iniquidade do entendimento do HC 126.292 do STF face a pluralidade de provimentos de recursos especiais defensivos

Como já mencionado no texto, estaríamos autorizados a indicar que se tratou de jurisprudência consolidada, no período analisado, o entendimento; segundo o qual, os *Habeas Corpus* liberatórios sequer teriam

²² Nota do Autor: No mesmo sentido de deixar de se manifestar sobre os pontos levantados, argumentando para tanto o entendimento esposado a partir do *HC* 126.292, veja-se ainda no STJ o *Habeas Corpus* n. 352.543/MG, relatado pela Ministra Maria Thereza De Assis Moura, publicado no DJe de 30/3/2016.

seus respectivos méritos analisados, visto que o posicionamento era de que a partir da confirmação da condenação em segundo grau, deveria haver cumprimento da decisão.

Há questão que emerge desse debate: quantas foram as ilegalidades cometidas pelos tribunais locais no momento da condenação naquele momento histórico, passíveis de reforma pelo STJ, mas que em virtude do entendimento veiculado pelo *HC* 126.292 redundaram em prisões antecipadas? Trata-se de questão cuja resposta demandaria uma grande incursão jurisprudencial; ainda, que temperada à luz de pressupostos estatísticos, poderia nos apontar os malefícios do entendimento ora em debate.

De todo modo, podemos realizar uma não exaustiva análise para os fins de ilustração do argumento ora exposto. O recorte proposto foram os recursos especiais interpostos pela defesa, julgados e providos no 1.º semestre do ano de 2017²³.

A partir da vereda acima trilhada, chegou-se a resultados surpreendentes. Não tanto pelos números, visto que a pesquisa, como já apontado, está longe de ser exaustiva. Mas muito mais pelo nível das ilegalidades que campeiam no âmbito dos tribunais estaduais e federais e que tem sido reformada pelo Superior Tribunal de Justiça. Não seria demais dizer que todas essas ilegalidades muito provavelmente redundaram em prisões – ou ao menos expedições dos respectivos mandados – que se prolongaram por meses, quando não por mais de ano, tendo-se em conta o entendimento então em vigor, que não custa repetir, era o de que não haveria efeito suspensivo a recurso extraordinário.

23 Nota do Autor: Para tanto, utilizamo-nos das palavras-chave “recurso especial provido”.



Veja-se, por exemplo, o Recurso Especial 1.661.378/MG, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6.^a Turma do STJ, em julgamento que ocorreu em vinte e três de maio de dois mil e dezessete. Deparava-se, no caso, com recurso especial interposto em face de decisão de segundo grau que condenara o recorrente pelo crime de roubo. Na hipótese, as provas para a condenação foram obtidas em aparelho de telefonia celular, sem autorização judicial para tanto. Daí, elaborou-se laudo, “a partir dos registros de chamadas, mensagens de texto com a transcrição de seus conteúdos, dados de georreferenciamento, além de eventos de calendário e fotos, em verdadeira devassa de dados privados”. Em virtude da ilegalidade do procedimento, o recurso especial foi provido.

Analise-se os detalhes do caso, para além do conteúdo da íntegra do voto condutor do acórdão e da ementa. O crime de roubo tem pena mínima de quatro anos, o que significa dizer que a condenação de segundo grau, sob o regime jurídico do imposto pelo HC 126.292, faria com que o acusado aguardasse o deslinde desse recurso com a liberdade restringida. Mais do que isso, entre a autuação do processo no STJ em vinte e quatro de março de dois mil e dezessete, e seu respectivo julgamento em trinta de maio de dois mil e dezessete, passaram-se mais de dois meses. Pode-se estimar que entre a publicação do acórdão dos embargos e a remessa, possivelmente, transcorreram ao menos 30 dias, visto que o prazo para os recursos extraordinários é de 15 dias, havendo prazo igual para as contrarrazões. Assim, teríamos ao menos 90 dias entre a decretação da prisão e o julgamento, que, finalmente, a teria reformado. Por fim, é de se convir que o feito tramitou com velocidade bastante elogiável no âmbito do STJ, visto que não é raro, infelizmente, nos depararmos até mesmo com *habeas corpus* que tramitam há mais de ano naquela Corte Superior.

A mesma análise pode ser realizada no Recurso Especial 1.638.029/ES, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, da 6.ª Turma do STJ, julgado em dezesseis de fevereiro de dois mil e dezessete. Trata-se de recurso que foi interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que condenara (reformando sentença absolutória de primeiro grau) o recorrente à pena de sete anos e seis meses de reclusão em regime semiaberto. Alegara a defesa do recorrente que se trataria de crime militar, e que, portanto, na justiça especializada deveria ser processado e julgado. Não obstante, o tribunal local não ter acolhido a referida arguição, a ela fez explícita referência para fazer “(...) incidir a causa de aumento do artigo 158, § 1.º, do mesmo Estatuto Criminal, ao fundamento de que a maior autoridade policial da cidade teria se unido a particulares na prática delitiva”. Diante do reconhecimento do próprio acórdão recorrido, de que havia natureza militar do crime, reconheceu o STJ a incompetência absoluta da Justiça Estadual Comum para processamento e julgamento da ação penal, tendo sido o processo anulado desde o oferecimento da denúncia, com o que também se Decretou a extinção da punibilidade do recorrente.

Considerando que o processo foi recebido e autuado pelo STJ em vinte e quatro de agosto de dois mil e dezesseis, que a finalização do julgamento do recurso em referência somente se deu em dezesseis de fevereiro de dois mil e dezessete, e que poderíamos somar um mês na origem para as razões e contrarrazões do recurso interposto, teríamos um período de mais de 7 meses de prisão, até que esta fosse cassada pela decisão da instância superior.

Melhor sorte não teria o acusado que interpôs o Recurso Especial 1.648.534/MG, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6.ª Turma do STJ, em julgamento levado a cabo na data de vinte um



de fevereiro de dois mil e dezessete. Tratava-se de recurso interposto contra decisão de segundo grau que condenava o recorrente à pena definitiva de mais de oito anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo cometimento dos crimes de roubo e corrupção de menores em concurso material. O apelo raro foi provido pelo fato de que, nada obstante, só ter havido recurso defensivo contra a sentença de primeiro grau, houve reforma da sentença para considerar negativa circunstância judicial tida como favorável em primeiro grau, e ainda para se reconhecer o concurso formal entre os delitos acima indicados. De tal sorte, determinou-se o retorno dos autos à origem para que realizasse a readequação da pena a partir dos parâmetros aqui expostos.

Novamente refere-se à condenação de segundo grau que ocasionaria prisão antecipada no regime fechado, e mais uma vez, nada obstante, a grande celeridade do STJ no julgamento do feito (autuação em vinte quatro de janeiro de dois mil e dezessete e julgamento em vinte e um de fevereiro de dois mil e dezessete); considerando-se ainda o recesso forense no final do ano, teríamos no caso uma ilegal prisão que se prolongaria por no mínimo 60 dias.

Há outros julgados que poderiam aqui ser relatados²⁴, contudo, e para que não nos afastemos em demasia do objeto da discussão, resta-nos ain-

24 Nota do Autor: Para sermos fiéis à verdade, é de se destacar que houve decisões em sentido contrário ao acima exposto. De fato, há decisão do STJ concedendo *habeas corpus* em hipótese na qual a execução provisória da pena claramente seria cassada após o julgamento do mérito do recurso especial. Veja-se o entendimento: "(...) 2. Tratando-se de réu primário, condenado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, há real possibilidade de que o recurso especial interposto venha a ser provido para possibilitar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado. Assim, o caso autoriza a excepcional concessão da ordem. 3. *Habeas corpus* concedido para permitir ao paciente aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso especial. (HC 396.416/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)". Porém, não se pode afirmar que houve qualquer tendência nesse sentido, a uma, por se tratar de caso, para dizer o menos gritante; e a duas, por não se haver deparado com outros julgados nessa toada.

da a referência ao Recurso Especial 1.621.950/SP, relatado pela Ministra Maria Thereza De Assis Moura, da 6.ª Turma do STJ, em julgamento que ocorreu em quatorze de fevereiro de dois mil e dezessete. No respectivo julgamento, foi reconhecido o cerceamento da defesa do acusado, que, apesar de ter requerido tempestivamente, não viu atendido pedido de realização de prova pericial em uma imputação de homicídio culposo por erro médico. Assim, tendo ocorrido reprimenda de 2 anos de detenção, a ser cumprida em regime inicial aberto, com substituição por duas penas restritivas de direitos²⁵, e tendo sido o recurso autuado naquela Corte Superior em vinte e dois de dezembro de dois mil e quinze, e julgado somente em quatorze de fevereiro de dois mil e dezessete, é de se perceber que, se o caso estivesse submetido à sistemática do HC 126.292, teria havido o cumprimento quase por completo da pena, para só então ela ser revista.

Tais dados, ainda que muito incompletos, e carentes de maior verticalização, podem ser levados em consideração se analisarmos os dados levantados pela pesquisa levada a cabo pelo Prof. Thiago Bottino, da FGV, referentemente aos *Habeas Corpus* e Recursos em *Habeas Corpus* julgados tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal^{26,27}. Como é possível verificar na página 47 do respectivo relatório, ao contrário do que indica o senso comum, e, ainda, ao contrário do

25 Nota do Autor: Uma de prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos, e outra de interdição temporária de direitos, consistente na proibição do exercício da medicina pelo período de 2 anos.

26 T. BOTTINO. *Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil”,* Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: < http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf>.

27 Nota do Autor: Essa pesquisa também redundou em vários artigos, dentre os quais se pode citar T. BOTTINO. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: propostas para reflexão.* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, 2015, p. 213-244.



que se sustentava no âmbito jurídico à época, o fato é que a maioria dos *Habeas Corpus* impetrados em face de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, de onde se origina a ampla maioria dos *Habeas Corpus* em trâmite no Brasil nos tribunais superiores, é concedida.

Analisando-se com um pouco mais de atenção os resultados dessa pesquisa, percebe-se que, no período compreendido entre os anos de 2008 a 2012, dos *Habeas Corpus* julgados pelo STJ, oriundos daquela corte, 31,9% foram concedidos, ao passo que 20,8% foram julgados prejudicados; 19,2% foram não conhecidos; 18,9% não foram concedidos e 8,7% ainda estavam pendentes de julgamento.

Assim, e se a lógica da expedição de mandado após o julgamento de segundo grau esbarrava na constatação de que grande parte das decisões são ilegais, com muito mais razão poderia, à época, ser defendida a necessidade da concessão de *habeas corpus* para se aguardar o julgamento do recurso dirigido a um dos tribunais superiores, quando a plausibilidade jurídica tivesse sido demonstrada.

Os dados empíricos apresentados mostravam que o discurso acerca de que a prisão deve ser desde logo executada, pois os recursos defensivos raramente são providos, era falso. Nada obstante, não houve qualquer flexibilização do entendimento de que as condenações no segundo grau deveriam ser desde logo executadas. Inclusive, quando as teses jurídicas veiculadas pelo recurso defensivo possuíam alta probabilidade de ser provido, como já exposto neste subtópico.

Tamanha iniquidade não poderia se sustentar. Isso não só pelas razões acima reveladas, mas por diversas outras, tendo em vista que o entendimento implementado após o julgamento do HC 126.292 foi alterado com o julgamento do mérito de ações declaratórias de constitu-

cionalidade que pretenderam o reconhecimento da compatibilidade do artigo 283 do CPP com a Constituição. E, por via reflexa, a declaração de que seria inconstitucional a antecipação do cumprimento da pena. É o que se verticaliza no tópico abaixo.

5. O ATUAL RECONHECIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS: O JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sete de novembro de dois mil e dezenove, julgou as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 procedentes para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403 de quatro de julho de dois mil e onze. Na ocasião, ficaram vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme.

O relator desses feitos, o Ministro Marco Aurélio, reafirmou a constitucionalidade do citado artigo do Código de Processo Penal a partir de vários fundamentos. Dentre eles, pode-se destacar, em primeiro lugar, a possibilidade de restituição do *status quo ante* para a antecipação da execução em processo no qual existam recursos pendentes, o que não pode ocorrer nos processos penais. Também aduziu o relator o cabimento da prisão preventiva a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição. Em terceiro lugar, asseverou que a declaração de inconstitucionalidade de norma que reproduz o texto constitucional, geraria verdadeira perplexidade e que, em virtude do princípio da autocontenção, descaberia interpretação de norma cujo texto é claro e preciso. Em um quarto mo-



mento, foi trazido o argumento de que nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir cláusula pétrea, constituindo-se o trânsito em julgado um marco seguro para a severa sanção da restrição da liberdade. Por fim, e em alusão ao argumento pragmático embalado pelos dissidentes, referiu-se aos escândalos de corrupção, que, ao sentir do relator, só podem significar que o Supremo Tribunal precisa reforçar a regularidade da marcha processual, sob pena de perda de legitimidade das decisões que profere, tratando-se, aos seus olhos, do preço de se viver em uma democracia.

Os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Celso de Mello acompanharam o relator, sendo de se destacar, desse conjunto de votos, as análises realizadas por esse último relativamente ao princípio da presunção de inocência. Para o Ministro Celso de Mello, o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal. E, nesse sentido, não haveria um progressivo esvaziamento da presunção de inocência à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. De todo modo, também aduz que o postulado do estado de inocência não impede que o Poder Judiciário utilize, quando presentes os requisitos que os legitimem, os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar. Por fim, asseverou que a Assembleia Constituinte brasileira, mesmo com a possibilidade de adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado, tratando-se de limite inultrapassável à subsistência da presunção de inocência. Assim, a antecipação ficta do trânsito em julgado, culmina por fazer prevalecer, de modo indevido, um prematuro juízo de culpabilidade, frontalmente contrá-

[Ir para o índice](#)

rio ao que prescreve o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição, também ofendendo a legislação ordinária, que somente admite a efetivação executória da pena após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.

De outro lado, é de se apontar para as linhas mestras que orientaram os votos vencidos que pretendiam retirar o efeito suspensivo dos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores.

Em primeiro lugar, asseverou-se que o inciso LVII do artigo 5º, da Constituição Federal, não possui apenas uma interpretação, não podendo assim ser analisado sob um ponto de vista apartado dos outros princípios constitucionais. Desde esse exercício hermenêutico, a presunção de inocência deve se compatibilizar com a efetividade da tutela judicial e da jurisdição penal, e ainda com a credibilidade do sistema penal.

Para a Ministra Carmen Lúcia, o direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional, baseia-se no direito à segurança e à busca de paz social, sem o que, a garantia da liberdade de cada um e de todos estaria ameaçada. Ainda, afirmou a Ministra que a eficácia do direito penal afirma-se pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas.

Por se tratar do argumento mais recorrente entre os votos dos Ministros vencidos, é de se também ressaltar a perspectiva do Ministro Barroso a respeito desse primeiro ponto. Para ele, a presunção de inocência é um princípio constitucional, sendo aplicado a ele as regras de ponderação aplicada a todos os princípios. Assim, quando houver um choque entre princípios, é necessária a relativização de suas aplicabilidades. De tal modo, ele pondera, seria alcançado o maior benefício da sociedade, pois nenhum direito fundamental é maior do que o outro, razão pela qual a presunção de inocência deve ser ponderada.



Em um segundo momento, referem-se os votos vencidos ao fato de que a presunção de inocência deve ser mitigada com o andamento do processo, nas instâncias superiores, pois, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, a análise dos fatos e provas já foi devidamente realizada, sendo que tais fundamentos não podem ser revistos por STJ e STF.

Um terceiro argumento diz respeito à possibilidade da prisão após a sentença proferida em segunda grau estar abarcada em diversos diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário. O quarto fundamento alude ao fato de que os pobres seriam os maiores prejudicados com a existência de efeito suspensivo nos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores, pois os ricos possuem condições econômicas para contratar bons e caros advogados que, fazendo uso de meios protelatórios, adiam o cumprimento da pena para obter a prescrição.

Por fim, a sistematização ora proposta dos argumentos esgrimidos pelos votos vencidos traz ainda uma última fundamentação referente à quantificação dos presos e acusados. Tal linha de argumentação foi utilizada ora se fazendo referência a inúmeros casos célebres, e se externando que seria injusto deixá-los soltos; ora se asseverando que são ínfimos os processos reformados em instâncias superiores e que, portanto, a prisão deve ser executada desde a segunda instância. Por fim, em outras vezes, trazendo à tona o peculiar argumento de que a execução de sentença em segunda instância diminuiu o índice de encarceramento, segundo os índices oficiais do Departamento Penitenciário Nacional. O idiossincrático argumento da redução de prisões com a antecipação de seu cumprimento estaria fundado em duas hipóteses: a primeira delas residiria no fato de que os tribunais, diante da inexorabilidade do cumprimento imediato da pena, passaram a ser mais parcimoniosos na decretação de prisão. O segundo diria respeito à pos-

sibilidade de que diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do direito penal teria se sobressaído.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, verifica-se, a partir da análise do percurso acima revisitado, a história do princípio da presunção da inocência, especialmente no capítulo referente à antecipação ou não da prisão em virtude de decisão condenatória em segundo grau de jurisdição – também denominada de concessão ou não de efeito suspensivo aos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores, constituindo-se em um caminho de idas e vindas, marchas e refluxos, que poderia ser definida como pendular.

O período restritivo, logo após a promulgação da Constituição de 1988, foi superado por um período liberal, com o julgamento, em 2009, do *HC 84.078*. Esse liberalismo é substituído por novo período restritivo, em 2016, através do *HC 126.292*. E, finalmente, essa interpretação é revista pelo julgamento em conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54.

Para além dessa constatação, e como anunciado na introdução, pode-se mirar a discussão a partir de outra visualização, qual seja, a da técnica jurídica empregada ao longo desse itinerário de mais de três décadas, para que assim possamos jogar luzes na forma como nossa atual cultura jurídica tem sido moldada.

Um observador mais atento logo percebe que houve uma profunda mudança hermenêutica, inicialmente com o julgamento do *HC 84.078*. Ali se construíram as pilastras dos fundamentos jurídicos que reconhecem uma maior amplitude, por assim dizer, do princípio da presunção da inocência.



Assim, com o julgamento do *HC 126.292*, ocorre que não houve o enfrentamento das teses que davam lastro ao entendimento até então em vigor. Ao contrário, e novamente se socorrendo de Lênio Streck, aqui já citado, partiu-se de um “sentido zero”, como se a norma jamais tivesse sido debatida, e como se tudo que sobre ela já tivesse dito pudesse ser ignorado.

E o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 parecem ter caminhado na mesma lógica. Como o *HC 126.292* não rebateu os argumentos jurídicos do *HC 84.078*, tampouco havia algo a ser rebatido ou superado por essas ações declaratórias de constitucionalidade. Bastou aos votos vencedores trazer à tona os argumentos de 2009, que, diga-se, jamais foram enfrentados. Desde então, depara-se com um debate de surdos no seio da Corte Suprema, não tendo havido qualquer aprofundamento de cada um dos argumentos que sustentaram essa ou aquela postura.

Não seria necessário retomarmos os passos já percorridos acima, contudo, é de se fazer referência aos argumentos dos votos vencidos de 2019:

- i) A presunção de inocência deve se compatibilizar com a efetividade da tutela judicial e da jurisdição penal e com a credibilidade do sistema penal. Mas por que não realizar isso através de um julgamento mais célere dos recursos, ao invés de se antecipar o cumprimento da pena?
- ii) A presunção de inocência deve ser mitigada com o andamento do processo, pois nas instâncias superiores não se discutem fatos e provas. Mas como separar cirurgicamente fatos e provas das questões jurídicas? O enquadramento jurídico é irrelevante para a formação da defesa de um acusado? Discussões sobre tipicidade e respectivas penas; discussões sobre aplicação da pena e

[Ir para o índice](#)

respectivos regimes; discussões sobre exercício regular do direito e respectivas absolvições são irrelevantes?

- iii) Possibilidade da prisão após a sentença proferida em segundo grau está abarcada em diversos diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Mas como internalizar tratados internacionais para limitar direitos e garantias fundamentais se o § 2.º do artigo 5.º da Constituição da República é eloquente ao afirmar 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”? Isto é, tratados para ampliar, não para restringir direitos e garantias.
- iv) Ricos possuem condições econômicas para contratar bons e caros advogados que, fazendo uso de meios protelatórios, adiam o cumprimento da pena para obter a prescrição. Mas não existem termos interruptivos da prescrição? E não bastaria os Tribunais Superiores organizarem suas atividades para que celeremente julgassem os casos sob sua jurisdição – de forma a não incidir a prescrição?
- v) São ínfimos os processos reformados em instâncias superiores e, portanto, a prisão deve ser executada desde a segunda instância. Então podemos sacrificar algumas vidas, deixar prosperar erros judiciários contra acusados, por que eles são um pequeno número? Presunção de inocência não é o princípio que prefere deixar um culpado solto do que um inocente preso? Seríamos tão inocentes ao ponto de achar que existe um sistema jurídico perfeito e que não precisamos realizar essa escolha entre culpado solto e inocente preso? Não seria esse o preço de vivermos em democracia, afinal de contas?



v.a) Esse último argumento, como visto acima, apresenta desdobramentos quase incompreensíveis. Desse modo, argumentar que a execução de sentença em segunda instância diminuiu o índice de encarceramento parece é olhar para um efeito e buscar a causa em algum fenômeno universal, mas sem apresentar nexo causal algum entre tais elementos. Como é que a antecipação da pena pode redundar em menos prisões? É óbvio que a razão desse feito reside em outro fenômeno, portanto, haveria a necessidade de pesquisas empíricas para se comprovar que, por exemplo, as audiências de custódia diminuíram o número de presos no país.

v.b) Entender que a razão dessa diminuição reside na parcimônia dos tribunais para decretar a prisão (não há nada que possa apontar algo nesse sentido) ou que a inevitabilidade do cumprimento da pena já causou um efeito de prevenção geral é equivocado. Ora, um aumento desse efeito dissuasório do direito penal poderia ser medido daqui a alguns anos, quando o impacto dessas medidas encarceradoras como a antecipação do cumprimento da pena poderia ser medido através da diminuição das condenações de 2.º grau. O que nada teria a ver com o número de presos cautelares nos dias de hoje, data vênua.

A pobreza dos argumentos dos votos vencidos se deu por conta dessa particular técnica de superação dos precedentes no Brasil²⁸. Como não é

28 Nota do Autor: Sobre o tema: E. DONIZETTI. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte, vol. 65, n. 211, 2014, pp. 36-46, 2014; F. DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JR. O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 423-450, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.274>>, e, D. DA SILVA GALVÃO. *Precedentes judiciais no Processo penal*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/es.php>>.

necessário enfrentar os argumentos postos, tampouco imperioso seria a construção de argumentos consistentes. Signo extremamente eloquente disso é desembainhar argumentos contra o efeito suspensivo de recursos criminais nos tribunais superiores que não levam em consideração questões absolutamente básicas, tais como o fato de que a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento; assim, aquele senso de impunidade por ela estaria aplacado. Tampouco é necessário analisar quaisquer dos gargalos processuais do país que, diga-se, antes de residirem nos tribunais de segundo grau ou superiores – que tem dado conta de forma bastante célere de suas atribuições, em virtude da firme fiscalização do Conselho Nacional de Justiça – encontra-se na fase de investigação preliminar. Por fim, também tem sido desnecessário debater: é preferível um inocente preso do que um culpado que será preso ao final do processo?

REFERÊNCIAS

A. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei da Ficha Limpa. Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 342.782/BA, Rel. Min. Jorge Mussi. Tribunal Pleno, julgado em 21.03.2016, publicado em 30/03/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 380.537/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJE 1º/8/2017.



BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 42.336/PE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, julgado em 06/10/2005, DJ 24/10/2005.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 64.799/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 17/09/2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 67.518/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5.ª turma, julgado em 06/02/2007, DJ 12/03/2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 84.677, Relator(a): Min. Cezar Peluso, 1.ª Turma, DJ 23/11/2004.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 372.207/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5.ª Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.621.950/SP. Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, DJe 22/2/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.638.029/ES, Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, publicado em 15/03/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.648.534/MG. Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, DJe 2/3/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.661.378/MG, Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, DJe de 30/05/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966014&ext=RTF>>.

Ir para o índice

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452541&prcID=4986730#>>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966016&ext=RTF>>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 101.676, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, julgamento 14/06/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104.339, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 13/05/2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 68.726. Rel. Min. Néri Da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.91, publicado em 20.11.92.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 74.983. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 30.06.97, publicado em 29.08.97.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau., 2ª turma, julgamento 05/02/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 86.498, Rel. Min. Eros Grau., 2ª turma, Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 18.04.06, publicado em 19.05.06.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. HC 91.821/SP, Rel. Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, 5ª Turma, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008.



F. DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, vol. 4, 25ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

H. F. PARANHOS CARDELLA. *As prisões cautelares diante do princípio da presunção de inocência*. *Revista do Curso de Direito*, Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal (CREUPI), v. 2, n. 2, p. 93-114.

J. HABERMAS. *Teoria do agir comunicativo*. Volume 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

L. LUIZ STRECK. Aplicar a “letra da Lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos NEJ Eletrônica*, Vol. 15, n. 1, pp. 158-173, p. 4. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>.

L. LUIZ STRECK. *O que é isto? Decido conforme a minha consciência?* 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

M. FEDERICI GOMES E HUGO VIDAL TRINDADE. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 9, n. 53, 2009, pp. 18-33.

P. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

T. BOTTINO. *Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012*, no âmbito do projeto “*Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil*”, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: < http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf>.

Ir para o índice

A Decisão de inconstitucionalidade: limites e possibilidades do controle de constitucionalidade de Leis, por órgãos administrativos, em diálogo com a jurisdição constitucional brasileira e com o exercício das competências do Conselho Nacional de Justiça

The decision of unconstitutionality:
limits and possibilities of control of the
constitutionality of laws, by administrative bodies, in
dialogue with the brazilian constitutional jurisdiction
and with the exercise of the competences of
the national council of justice

PAULO GONET BRANCO¹

ILTON NORBERTO ROBL FILHO²

1 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UNB) e Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Universidade de Essex, UK.

2 Professor Permanente do PPGD do IDP e Colaborador do PPGD da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR. Secretário Geral da Academia Brasileira de Direito Constitucional.



SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Fortalecimento do Estado Democrático de Direito e desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça; 3. Primeira camada do âmbito de competência do CNJ e o seu escrutínio pelo STF; 4. Segunda camada: o controle de constitucionalidade pelo CNJ e as decisões do STF sobre o assunto; 5. Limites e possibilidades do controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça nos marcos do Estado Democrático de Direito. Uma questão de competência; 6. Conclusão: o CNJ e as possibilidades do controle administrativo de constitucionalidade; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde a discussão sobre a criação de Conselho de Justiça para ampliar os mecanismos de controle e de *accountability* no Poder Judiciário, há a polêmica sobre as competências que esse órgão deveria desempenhar em razão da possibilidade de afrontar a independência institucional e a independência decisional dos membros da Magistratura.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º. 3367, julgou constitucional a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Emenda Constitucional (EC) n.º. 45 de trinta de dezembro de dois mil e quatro, entendendo que esse órgão constitucional possui natureza exclusivamente administrativa e não detendo competência sobre o STF. Este artigo versa sobre as competências do CNJ previstas nos incisos I e II do artigo 103-B, § 4.º, Constituição Federal de 1988, as quais consistem no poder regulamentador e no controle dos atos dos magistrados e dos órgãos judiciais submetidos ao poder de fiscalização do Conselho.

[Ir para o índice](#)

As peculiaridades do órgão tornam de interesse especial analisar o seu desenho institucional, o seu papel no Estado Democrático de Direito, tudo com vistas à discussão que move a elaboração deste estudo: a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo CNJ de atos administrativos, com o afastamento de Leis ainda não declaradas inconstitucionais por Tribunais.

Desse modo, a seção 2 deste artigo trata sobre o Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, o sistema de justiça brasileiro e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. Posteriormente, a seção 3 reflete acerca das primeiras compreensões do Supremo Tribunal Federal das competências do Conselho Nacional de Justiça, constituindo esses precedentes a primeira camada de entendimentos sobre a atuação constitucionalmente adequada do Conselho.

Por sua vez, a seção 4 enfrenta a novel compreensão do STF em relação ao papel constitucional do CNJ, compreendendo em alguns julgados que o Conselho pode afastar, em certos casos, a aplicação de Leis que ainda não foram declaradas inconstitucionais judicialmente. Esse momento é designado de segunda camada dos entendimentos do STF sobre as competências do Conselho. Na seção 5, são apresentados os limites e as possibilidades de o CNJ realizar controle incidental de constitucionalidade administrativamente. Por fim, as conclusões encontram-se na seção 6.

2. FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESENHO INSTITUCIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O desenho institucional da Constituição de 1988 fortaleceu o sistema de justiça de modo sem-par na nossa história. Algumas razões podem ser arroladas para esse fenômeno.



Em primeiro lugar, nas democracias constitucionais contemporâneas, os Tribunais são guardiões da Constituição¹, tendo por funções constitucionais a proteção dos direitos fundamentais, o controle do poder estatal e político e a manutenção das regras do jogo democrático. Ainda, não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 mostra-se como relevante marco no processo de transição da história recente para o regime democrático², buscando assim a superação de um hiperpresidencialismo com a distribuição horizontal mais adequada e equilibrada dos poderes estatais entre Executivo, Legislativo, Judiciário, além da concessão de importantes papéis às instituições constitucionalmente autônomas como Ministério Público e Defensoria Pública³. Também foi possível observar a maior envergadura constitucional do sistema de justiça brasileiro, a qual se encontra em sintonia com o movimento de tendência mundial sobre a ampliação do reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos com a consequente possibilidade de

1 Nota do Autor: Cfr. H. KELSEN. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995; M. FIOROVANTI. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001; P. COSTA. Teoria e crítica do Estado de Direito. In P. COSTA e D. ZOLO, organizadores, *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 95-198; I. NORBERTO ROBL FILHO e A. FASOLO PILATI SCHELEDER. Teoria da Constituição, jurisdição constitucional e democracia: uma análise das camadas clássica (Schmitt) e pós-situação clássica (Loewenstein) no direito constitucional. In NORBERTO ROBL FILHO e A. FASOLO PILATI SCHELEDER, organizadores, *Constitucionalismo e democracia*. Itajaí: Univali, 2016, pp. 9-41; e, B. CHRISTOPHER JONES. Constitutional paternalism: the rise and (problematic) use of constitutional guardian Rhetoric. *New York University journal of international law & politics*, vol. 51, n. 3, 2019, pp. 773-806.

2 Nota do Autor: Cfr. G. O'DONNELL. *Accountability* Horizontal e novas poliarquias. *Lua nova: revista de cultura e política*, n. 44, São Paulo, 1998, pp. 27-54; e, I. NORBERTO ROBL FILHO. *Conselho nacional de justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 66-95; pp. 182-227.

3 Nota do Autor: Sobre o hiperpresidencialismo, cfr. J. ARTHUR CASTILLO DE MACE-DO. (Hiper)presidencialismo brasileiro: esse outro esquecido. In C. MERLIN CLÈVE, organizador, *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, pp. 496-518.

invocação imediata desses direitos em juízo, ampliando a judicialização de inúmeros fenômenos sociais⁴.

Nesse contexto, o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado Reformador brasileiros estabelecem as autonomias administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário, essenciais para o exercício das suas funções constitucionais⁵. A autonomia administrativa consiste no poder de escolha dos seus membros e dos seus serviços auxiliares, especialmente, por meio de concurso público de provas e títulos, assim como na organização da prestação da jurisdição. De outro lado, a autonomia orçamentária se expressa na participação na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na elaboração de proposta orçamentária, observando a LDO, devendo a proposta ser necessariamente compilada pelo Poder Executivo e remetida ao Poder Legislativo para que este realize a apreciação. Por sua vez, a autonomia financeira diz respeito especialmente à utilização e à gestão dos recursos que são atribuídos ao Poder Judiciário⁶.

Desse modo, os membros da Magistratura (Juízes, Desembargadores e Ministros) são investidos nas garantias a) da vitaliciedade, somente perdendo o cargo após decisão judicial, b) da inamovibilidade, que veda a alteração da lotação previamente atribuída com exceção de eventual aplicação de sanção por ilícito disciplinar e por razão de necessidade de trabalho, e c) da irredutibilidade de vencimentos, a qual proíbe a redução do valor nominal dos vencimentos. Essas garantias são essenciais para a manutenção

4 J. FEREJOHN. Judicializing politics, politicizing law. In *Law and contemporary problems*, vol. 65, n. 3, 2002, pp. 41-69.

5 C. MERLIN CLÈVE. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In C. MERLIN CLÈVE e L. ROBERTO BARROSO. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, vol. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 659-675.

6 I. NORBERTO ROBL FILHO. *Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 130-179.



da independência funcional dos membros da magistratura; ou seja, visam a assegurar aos magistrados o exercício desembaraçado das suas funções constitucionais e legais, com vistas a ensejar que as decisões tomadas assim o sejam, exclusivamente, à luz da interpretação razoável do direito posto.

Não obstante, não é incomum que se denunciasses lapsos de *accountability* no âmbito do Poder Judiciário, o que motivou a promulgação da Emenda Constitucional n.º. 45, de 2004, nos termos do artigo 103-B, Constituição Federal de 1988⁷. Toma-se como inerente a uma *accountability* democrática o dever de autoridades e órgãos prestarem informações e apresentarem para as suas ações e omissões justificativas que, se insatisfatórias, atraem sanções pecuniárias, administrativas ou penais⁸.

A competência constitucional do órgão criado pelo legislador constitucional de revisão exerce-se principalmente como controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e como fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros (artigo 103-B, § 4.º, *caput*, Constituição Federal de 1988). A norma constitucional entrega ao CNJ poder para zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, franqueando-lhe elaborar atos regulamentares e sugerir providências no seu âmbito de atuação.

A Constituição incumbe ao Conselho zelar pela observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade, publicidade) e do artigo 37, Constituição

7 F. RICARDO DE LIMAS TOMIO e I. NORBERTO ROBL FILHO. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista de sociologia e política*, v. 21, n. 45, 2013, pp. 29-46.

8 Nota do Autor: Sobre o conceito analítico de *accountability*, cfr. A. SCHEDLER. *Conceptualizing accountability*. In L. Diamond; M. F. PLATTNER.; A. SCHEDLER, organizadores, *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, pp. 13-28.

Federal de 1988. A expressão literal do texto constitucional diz caber ao CNJ desconstituir e rever atos administrativos que violem a legalidade praticados pelos membros da magistratura e dos órgãos judiciais, bem como determinar providências para o preciso cumprimento da Lei (artigos 103-B, § 4.º, II, Constituição Federal de 1988). As competências dos incisos I e II do § 4.º do artigo 103-B, Constituição Federal de 1988, são o objeto específico de estudo deste artigo⁹, analisando nas próximas seções o tema à luz do entendimento da jurisprudência do STF e de julgados relevantes do próprio Conselho.

Para a reflexão sobre as competências do CNJ, é essencial a compreensão da sua composição. A Presidência do Conselho é atribuída ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal; integrando também um Ministro do Superior Tribunal de Justiça; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST); um Desembargador do Trabalho e um Juiz do Trabalho, indicados pelo TST; um Desembargador Estadual e um Juiz Estadual, indicados pelo STF; um Desembargador Federal e um Juiz Federal, indicados pelo STJ; sendo assim 60% dos integrantes membros do Judiciário, de acordo com artigo 130-A, I a IX, Constituição Federal de 1988.

O Conselho é ainda composto por dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e dois cidadãos de

9 Nota do Autor: O CNJ ainda recebe e conhece respectivamente reclamações contra membros, órgãos e serviços auxiliares do Poder Judiciário, atuando de forma concorrente com os órgãos de correição disciplinares ordinários dos Tribunais e dos Ministérios Públicos e sendo possível avocar Processos disciplinares e atribuir sanções de remoção, disponibilidade ou aposentadoria com proventos proporcionais, de acordo com o artigo 103-B, § 4.º, III, CF/88. Deve-se registrar que o Poder Judiciário é responsável pela fiscalização das atividades notariais e registrais nos termos da legislação de regência, conforme o artigo 236, § 1.º, CF/88, recebendo reclamações também em relação aos delegatários extrajudiciais e atuando a Corregedoria Nacional de Justiça, que integra o CNJ, com questões tanto no âmbito judicial como na esfera extrajudicial.



notável saber jurídico, um indicado pela Câmara dos Deputados, e outro indicado pelo Senado Federal, conforme os artigos 103-B, V e VI, Constituição Federal de 1988. Por fim, o CNJ é integrado por um membro do Ministério Público da União e um membro do Ministério Público Estadual, indicados pelo Procurador Geral da República.

Essa composição levou Gilberto Bercovici a, desde logo, ter como indubitável que o CNJ não é um órgão de controle externo do Judiciário, e sim de controle interno¹⁰. Essa mesma conclusão foi assentada na ação direta de inconstitucionalidade, a qual foi ajuizada contra a criação mesma do órgão.¹¹ O Supremo Tribunal Federal apontou que os representantes indicados por órgãos não jurisdicionais não desempenham *representação orgânica* deles. Frisou-se, além disso, que o CNJ foi inserido no âmbito do Poder Judiciário (artigo 92, I-A), inexistindo, portanto, interferência não disposta pelo constituinte originário de um Poder sobre outro, não sendo dado falar em “controle externo do Judiciário” - o que afastou a perspectiva de se enxergar desobediência à cláusula pétrea da separação de poderes.

Sobre o impacto desse arranjo nas competências a serem exercidas por esse órgão, em primeiro lugar, registra-se que relevantes órgãos constitucionais como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Procuradoria Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Câmara Federal e o Congresso Nacional realizam as indicações para a composição do CNJ, as quais devem ser aprovadas pela maioria absoluta do Senado Federal para posteriormente ocorrerem as

10 Nota do Autor: A propósito, cfr. G. BERCOVICI. Controle externo do judiciário e a soberania popular. In A. RAMOS TAVARES, P. LENZA e P. DE JESÚS LORA ALARCÓN. *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, pp. 185-191.

11 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento: 13/04/2005.

nomeações pelo Presidente da República. Desse modo, o processo de nomeação envolve destacadas instituições e especialmente atores jurídicos importantes, permitindo, *a priori*, análises jurídicas complexas e constitucionalmente adequadas- particularidade que influi também na questão da possibilidade de certo controle de constitucionalidade de Leis pelo órgão administrativo, conforme será abordado ao final deste artigo.

A Presidência do CNJ é atribuída ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, chefe do Poder Judiciário Nacional. O Procurador Geral da República ou seu representante tem direito à voz no Conselho, sendo oportuno remarcar que ao chefe do Ministério Público Federal a Constituição predica a função de legitimado ativo universal para a propositura de ações concentradas de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Dois atores relevantes do controle concentrado e abstrato participam, portanto, do CNJ, o que aponta para um juízo em princípio positivo da capacidade técnica do órgão para a realização de controle de constitucionalidade por este órgão.

3. PRIMEIRA CAMADA DO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA DO CNJ E O SEU ESCRUTÍNIO PELO STF

J.H. Weiler propõe uma análise do direito a partir de camadas geológicas¹², sendo essa concepção passível de adoção no Direito Constitu-

12 J. HALEVI HOROWITZ WEILER. *The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkrecht*: Heidelberg, 2004, pp. 548-549.



cional¹³. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Conselho Nacional de Justiça pode ser analisada por esse modo de ver. Há decisões do STF que fixam a estrutura e os principais conceitos acerca das competências do CNJ, compondo a primeira camada geológica. Posteriormente, na *segunda camada geológica*, à vista de novos desdobramentos da realidade, refinam-se as jurisprudenciais sobre as competências do órgão, produzindo um desenho geológico redimensionado.

Em uma primeira dessas camadas (momentos), o STF cuidou de fixar o entendimento básico sobre as competências do CNJ e especialmente acerca dos incisos I e II do § 4.º do artigo 103-B, Constituição Federal de 1988. Nesse âmbito, distingue-se o julgamento essencial do STF sobre as competências do CNJ da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3367, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, em que se assegurou a legitimidade constitucional até mesmo da criação do Conselho¹⁴.

No precedente, o Supremo Tribunal Federal, compreendeu que: a) não há violação à cláusula pétrea da separação de poderes na criação do CNJ, pois se trata de controle interno administrativo, financeiro e disciplinar do Judiciário e não controle externo; b) o CNJ não afronta o núcleo essencial (político) da separação dos poderes, porque esse Conselho possui somente função administrativa, mantendo a função jurisdicional imparcial e independente dos magistrados e Tribunais; c) o Conselho encontra-se situado abaixo hierarquicamente do STF, não realizando controle sobre o órgão de cúpula do judiciário nacional brasileiro; d) o Poder Judiciário é nacional, possuindo caráter unitário, logo a Justiça Federal e

13 J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Constitucionalismo e geologia da good governance. In *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 325-334.

14 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109.

a Justiça Estadual são órgãos que compõem o judiciário nacional brasileiro, não existindo um Poder Judiciário do ente federativo União e Poderes Judiciários de cada um dos estados-membros; e) como o Poder Judiciário é nacional, não é possível constitucionalmente serem estabelecidos Conselhos Estaduais de Justiça; e f) os cidadãos com notório saber jurídico e moral ilibada, indicados pela Câmara e pelo Senado Federal e advogados no exercício da função de Conselheiros, apenas podem exercer mais um cargo de magistério, pois atuam como magistrados.

O STF reconheceu a necessidade de aprimorar o autogoverno do Poder Judiciário e ampliar os mecanismos de controle internos sobre os magistrados, centrados substancialmente, até então, nas corregedorias dos tribunais¹⁵.

O acórdão na ADI n.º. 3367 valeu-se da compreensão literal da alínea 'r' do inciso I do artigo 102, I, 'r', Constituição Federal de 1988- resultado da Emenda à Constituição n. 45/2004-, quando proclamou a competência do STF para julgar ações contra atos do CNJ, instituído pelo constituinte de reforma como órgão do Poder Judiciário Nacional, submetido necessariamente ao escrutínio do Tribunal situado topo da estrutura judiciária¹⁶.

Apontou-se que não se quis que o exercício das competências constitucionais do CNJ pudesse debilitar a independência dos magistrados para a prestação da jurisdição. A independência do Poder Judiciário manteve-se intocada¹⁷.

Divergindo da maioria formada, é de interesse registrar o voto do Min. Marco Aurélio pela inconstitucionalidade dos dispositivos da EC n.º.

15 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109. pp. 229-232.

16 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109. pp. 255-256.

17 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109. pp. 280-282.



45 relativos ao CNJ. Um dos fundamentos que apresentou se expressa na advertência de que “não podemos ser ingênuos a ponto de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício judicante, exercido por seres humanos”, a que acrescentou a sua convicção de não conseguir “imaginar órgão compondo o Judiciário que não exerça o ofício judicante propriamente dito”¹⁸. Esse alerta do Ministro Marco Aurélio paira hoje, impactante, sobre algumas decisões e atos do CNJ que influem no exercício da prestação jurisdicional pelos magistrados e pelos órgãos judiciais por ele fiscalizados.

Ainda, e não obstante o poder persuasivo dos argumentos centrados no caráter nacional do Poder Judiciário expostos pelo Relator da ADI n.º. 3361, não se pode facilmente negar a existência de certo federalismo judicial decorrente do reconhecimento da autonomia dos judiciários estaduais, tendo-se presente que “o estabelecimento de um Estado composto, autônomo ou federal, (...) terá consequências na conseguinte configuração dos poderes legislativo e executivo, como também (...) no poder judiciário operante nesses sistemas”^{19/20}.

Outro julgamento relevante do Supremo Tribunal Federal sobre as competências e o *status* constitucional do CNJ foi a Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º. 12, a propósito da constitucionalidade da Resolução CNJ n.º. 07 de dezoito de outubro de dois mil e cinco, que repudia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

18 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109. pp. 310-317.

19 G. RUIZ. *Federalismo judicial: el modelo americano*. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 15.

20 Nota do Autor: No original: “El establecimiento de un Estado «compuesto», autónomo o federal, (...) tendrá consecuencias no sólo en la consiguiente configuración de los poderes legislativo y ejecutivo sino también (...) en el poder judicial operante en dichos sistemas”.

Também esse julgado compõe a primeira *camada* das decisões do STF definidora da feição normativa do CNJ.

As razões e os fundamentos do acórdão na Medida Cautelar foram reafirmados no julgamento final de mérito, distinguindo-se os seguintes argumentos: a) segundo se pode extrair da Constituição, o poder regulamentar do CNJ envolve a possibilidade de inovar o ordenamento jurídico, exprimindo vontade normativa primária; b) as competências podem ser descritas a partir de um núcleo não expresso e de quatro núcleos expressos, sendo estes últimos compostos 1. por zelar pela observância dos princípios constitucionais da administração pública, 2. apreciar a legalidade dos atos praticados pelo Poder Judiciário, 3. desconstituir os atos ilegais e fixar prazos para as providências necessárias para o fiel cumprimento da Lei e 4. Analisar a eficiência, a eficácia e a economicidade da gestão do Poder Judiciário; c) o núcleo não expresso de competência engloba a possibilidade de criar atos normativos primários sobre temas compreendidos nos núcleos expressos; d) o CNJ pode aplicar diretamente a Constituição Federal no âmbito das suas competências constitucionais; e) a magistratura no Brasil, apesar da existência de tribunais e magistrados estaduais, tem caráter nacional; assim, tanto a Justiça Federal como a estadual compõem o Judiciário nacional^{21/22}.

Em seu voto no julgamento do mérito, o Ministro Menezes Direito indigitou o complexo papel constitucional do Conselho Nacional de Justiça, que, apesar de órgão administrativo e não jurisdicional, utiliza-se de expedientes tradicionalmente jurisdicionais, como a concessão de me-

21 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 12MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento: 16/02/2006.

22 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento: 20/08/2008.



didat cautelares nos seus processos e procedimentos administrativos. Registrou também a competência constitucional do CNJ para efetivar os princípios constitucionais previstos no artigo 37, *caput*, Constituição Federal de 1988²³. Essa finalidade do CNJ haverá de ser útil para a análise da possibilidade do controle incidental de constitucionalidade no julgamento de casos pelo Conselho²⁴.

Depois do julgamento da ADI n.º. 3367 e da ADC n.º. 12, dois outros temas essenciais para a configuração normativa do CNJ foram objeto da atenção do STF: **a)** a delimitação da competência do Supremo Tribunal Federal para analisar os atos do CNJ, a qual se encontra prevista no artigo 102, I, 'r', Constituição Federal de 1988 e **b)** a construção do papel do CNJ no controle de constitucionalidade de atos administrativos e normativos, podendo esta última ser visualizada como a segunda *camada* da estrutura vigente do CNJ.

A Constituição Federal estabelece, no artigo 102, I, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, “r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”. Essa redação permite dizer da competência do Supremo Tribunal Federal para analisar todo e qualquer ato do CNJ que venha a ser objeto de ação situada no âmbito da competência originária da Suprema Corte. Dessa forma, tanto as ações de controle de constitucionalidade como o Mandado de Segurança, o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção e

23 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 120.

24 Nota do Autor: Sobre esse complexo poder regulamentar do CNJ e a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, cfr. I. NORBERTO ROBL FILHO. *Amazon's Research and Environmental Law – Revista do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/ Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr*, vol. 5, n. 1, 2017, pp. 40-67.

eventualmente o *Habeas Corpus* e as Ações Cíveis Originárias qualificam-se como instrumentos processuais aptos para a análise dos atos do CNJ no STF.

À parte esses instrumentos, o STF entendeu não ser cabível a propositura de ação popular contra atos do Conselho Nacional de Justiça. A exceção para essa regra é a da alínea ‘n’ do inciso I do artigo 102, Constituição Federal de 1988, que fixa a competência do Supremo Tribunal Federal sobre “a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessado” e o caso de disputa entre União e Estado-Membro²⁵.

De outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclareceu que, quando o Conselho Nacional de Justiça mantém atos e decisões de outros órgãos e magistrados – em uma atuação, portanto, que não impõe um comportamento ativo para os órgãos que fiscaliza –, não se abre competência para a Suprema Corte rever a deliberação do CNJ. Dessa forma, se o Conselho entende válido um provimento editado por Tribunal de Justiça ou julgamento proferido em processo disciplinar por órgão competente de Tribunal Regional Federal, o ato do CNJ não terá alterado o que já existe, não atraindo a competência do STF²⁶. A ação judicial cabível restringe-se às ajuizadas contra o ato positivo do CNJ.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal compreende que somente as Ações Constitucionais (Mandado de Segurança, *Habeas Data*, *Habeas Corpus* e Mandado de Injunção) contra atos do CNJ são de sua competência, sendo

25 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de ordem em petição 3.674-3, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 04/10/2006.

26 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 29.118 AgR, Rel.ª. Min.ª. Cármen Lúcia, Julgamento: 02/03/2011, Plenário, DJE de 14/04/2011.



as ações ordinárias de competência da Justiça Federal de 1.º Grau. Há dois principais argumentos que sustentam essa orientação: **a)** o de ser taxativo e estrito o rol de competências do Supremo Tribunal Federal e **b)** o de que, em ações cíveis, é a União, e não o CNJ, a legitimada passiva²⁷. O CNJ é órgão não personificado, sendo somente parte formal para compor a legitimidade passiva em *writs* constitucionais. Em ações cíveis contra atos emanados pelo CNJ, a legitimidade passiva é da União. Desse modo, não seriam cabíveis Ações Cíveis Originárias contra atos do CNJ, porque a legitimidade da União impõe o julgamento pela Justiça Federal de 1.º grau de jurisdição²⁸.

Esse entendimento induz problemas práticos e sistemáticos. A composição do Conselho Nacional de Justiça conta com o Presidente do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e um Desembargador de Tribunal Regional Federal. Dessa forma, enseja-se o quadro gerador de certa perplexidade e de risco à funcionalidade do sistema, de um magistrado de primeira instância se encontrar na contingência de rever um entendimento jurídico de um Plenário de 15 (quinze) Conselheiros, entre os quais o Presidente do Supremo Tribunal Federal e outros membros de Tribunais Superiores e de cortes de segundo grau.

Maior perplexidade, ainda, no que tange à funcionalidade do sistema judiciário, especialmente no que concerne à independência da magistratura, gerou a Recomendação n.º. 38 da Corregedoria Nacional de Justiça

27 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Ação Originária 1.706/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, Julgamento: 18/12/2013.

28 Nota do Autor: Sobre a questão do exercício da jurisdição constitucional e do seu impacto na prestação da jurisdição e especialmente sobre essa compreensão do STF, cfr. M. AURÉLIO MARRAFON e I. NORBERTO ROBL FILHO. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, vol. 9, n. 3, 2014, pp. 1441-1442.

de 2019. O ato determina aos Tribunais “que deem cumprimento aos atos normativos e às decisões proferidas pela Corregedoria Nacional de Justiça, ainda que exista ordem judicial em sentido diverso, salvo se advinda do Supremo Tribunal Federal”²⁹. A recomendação conduz a que os juízes de 1.º grau e de 2.º grau deixem de exercer em plenitude a jurisdição de que são constitucionalmente investidos. O resultado infausto da determinação inspirou a concessão monocrática de medida cautelar no MS 36549 MC³⁰, em que é assinalada a natureza não jurisdicional das atividades do CNJ, ressaltando-se a sua peculiar composição e se enfatizam os limites que a sua finalidade constitucional lhe impõe. A conclusão é a da inconstitucionalidade da interferência do órgão sobre a independência do juiz. Invocando precedente³¹, o Ministro relator alertou para que, “dentro das atribuições do Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B, § 4.º), não cabe nenhuma competência cujo exercício [seja] capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional”.

4. SEGUNDA CAMADA: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ E AS DECISÕES DO STF SOBRE O ASSUNTO

Tema tanto mais complexo trata da possibilidade de o CNJ julgar o Conselho Nacional de Justiça julgar a constitucionalidade de atos normativos,

29 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Recomendação n. 38 de dezenove de junho de 2019*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_38_19062019_24062019131001.pdf.

30 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 36.549/MS. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1º./7/2019.

31 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 109.



afastando a aplicação de Leis ainda não consideradas inconstitucionais judicialmente, que tenham sido invocadas como fundamento para atos de autoridades submetidas à fiscalização do Conselho. Um apanhado de precedentes do STF a esse respeito pode enredar o observador em incertezas. O assunto está relacionado com a possibilidade de órgãos não jurisdicionais, de índole administrativa, recusarem-se a aplicar Lei que estimem inconstitucional.

Logo no início da vigência da Constituição de 1988, o STF proclamou que “os Poderes Executivo e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não Leis ou atos com força de Lei”, já que “compete privativamente ao Poder Judiciário declará-los inconstitucionais”³². Somente, portanto, no exercício de função jurisdicional o sistema de separação de poderes admitiria a declaração de inconstitucionalidade de Lei.

Em tema paralelo, decisões diversas monocráticas de integrantes do STF, entre 2006 e 2010, deram curso à tese de que nem mesmo o Tribunal de Contas da União poderia afastar Lei por inconstitucionalidade, estando superada a Súmula 347 que o admitia. A premissa do raciocínio era a de que, por natureza, a declaração de inconstitucionalidade é mister jurisdicional e que somente se admitira a exceção ao TCU, porque não havia, sob a Constituição de 1946, em vigor quando da súmula, meio expedito de provocar o Judiciário para proclamar a Lei inválida em tempo hábil para se efetuar a análise do ato submetido ao Tribunal de Contas. Já com a expansão atual da titularidade do controle abstrato e diante dos mecanismos de concessão de cautelar, o problema não mais impunha a solução excepcional. A decisão pioneira nessa

32 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 221/MC, Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento: 29/03/1990.

linha foi do Ministro Gilmar Mendes ao conceder, monocraticamente, cautelar em mandado de segurança.³³ A essa decisão somaram-se diversas outras, com semelhantes fundamentos, todas monocráticas.³⁴

Não obstante, em 2011, o Plenário do STF denegou mandado de segurança em que se atacava, exatamente, deliberação do CNJ afirmativa de inconstitucionalidade de Lei estadual³⁵. A Lei do estado do Mato Grosso n.º. 8.943 de oito de janeiro de dois mil e oito³⁶ atribuía percentual de custas judiciais e de emolumentos notariais a entidades privadas. No CNJ, a Lei fora desprezada, mesmo não tendo ainda sido objeto de crítica em instância jurisdicional. A decisão do Conselho se apoiou expressamente em julgados do STF avessos à distribuição de custas judiciais a entidades privadas.³⁷

No caso, o Supremo Tribunal recusou competência do CNJ para declarar a inconstitucionalidade da Lei, mas manteve a deliberação do Conselho no seu mérito, declarando, o próprio Tribunal, incidentalmente a inconstitucionalidade do diploma normativo do Estado-membro. O

33 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 25.888 MC, Min. Rel. Gilmar Mendes, Julgamento: 22/03/2006, DJ 29/03/2006.

34 Nota do Autor: Cfr. Estudo específico do SINDIRECEITA, de autoria de A. DAMIAN CAVALCANTI et al., aponta essas outras decisões, proferidas nos Mandados de Segurança 25.986 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/06/2006; 26.410 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02/03/2007; 27.837 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 05/02/2009; 27.232 MC/DF, 27.337 MC/DF, 27.344 MC/DF e 28.252 MC/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJe 20/05/2008, 28/05/2008, 02/06/2008 e 29/09/2009; 27.743 MC/DF, Rel.ª. Min.ª. Cármen Lúcia, DJe 15/12/2008; 26.783 MC/DF e 26.808 MC/DF, Rel.ª. Min.ª. Ellen Gracie, DJ 01/08/2007 e 02/08/2007; e, na Ação Cautelar 1.193 MC-QO/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, DJ 30/06/2006.

35 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 28.141/MT, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/02/2011.

36 MATO GROSSO. Lei n. 8943 de vinte e nove de julho de dois mil e oito. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/Leis/Lei-8943-2008.pdf>>.

37 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de providências n. 200910000001038*, Rel. Cons. Jorge Antonio Maurique, Plenário, Julgamento: 28/04/2009.



writ, na realidade, acabou por servir de meio para que se obtivesse uma declaração judicial de inconstitucionalidade da Lei em que o impetrante amparava a sua pretensão, ou seja, servindo contra os interesses do autor.

Percebe-se um afastamento da posição mais incisiva relativa à exclusividade judicial do controle de constitucionalidade. Pode-se afirmar que começa a ser formada uma segunda camada na jurisprudência do STF acerca da competência do CNJ e especialmente acerca dos incisos I e II do § 4.º do artigo 103-B, Constituição Federal de 1988, alterando e aprofundando a reflexão sobre perspectivas e concepções jurídicas.

Em 2016³⁸, o STF admitiu diretamente a competência do CNJ para afastar a aplicação de Lei que considere inconstitucional, quando isso for indispensável para a avaliação de atos submetidos à fiscalização do Conselho. O caso em apreço versava sobre exoneração de 100 (cem) cargos em comissão, no Tribunal de Justiça da Paraíba, os quais se encontravam previstos pela Lei Estadual n.º. 8.223 de dezessete de maio de dois mil e sete.

O Conselho Nacional de Justiça compreendeu que a Lei estadual violou as hipóteses constitucionais de criação de cargos em comissão, nos termos do artigo 37, II e V, Constituição Federal de 1988³⁹. Desse modo, os atos administrativos de nomeação e posse praticados pelo Tribunal de Justiça eram inconstitucionais, sendo declaradas nulas as nomeações pelo Conselho. A antijuridicidade da Lei Estadual n.º. 8.223/2007 - termo utilizado pelo CNJ, não sendo empregada a palavra *inconstitucionalidade* - foi tida como evidenciada pela jurisprudência do STF em torno de outras Leis semelhantes, mencionando-se a que foi fulminada na ADI n.º. 3.233 em dez

38 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Pet 4.656/PB, Relª. Minª. Cármen Lúcia, Julgamento: 19/12/2016.

39 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000018762*, Rel. Cons. Antonio Umberto de Souza Júnior, Julgamento: 09/06/2009.

e maio de dois mil e dezessete⁴⁰. O CNJ concluiu que, no caso em apreço, “outra é a Lei, outra é a nomenclatura dos cargos, outra a sua definição legal. Todavia, o exílio escancarado das exigências constitucionais para o regular provimento de cargos públicos (...) lamentavelmente persiste”⁴¹.

Interessante notar que, inicialmente, o STF concedeu medida cautelar para suspender os efeitos da decisão do Plenário do CNJ que declarou nulas as nomeações dos cargos em comissão pautados na Lei Estadual n.º. 8.223/2007, entendendo que as competências previstas no artigo 103-B, § 4.º, II, Constituição Federal de 1988, não permitiam a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei, porque a violação ao artigo 37, II e V, Constituição Federal de 1988, “não residiria nos atos de nomeação efetivados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, mas, sim, na norma legal criadora dos cargos em comissão preenchidos por aquele órgão jurisdicional estadual (artigo 5.º da Lei n.º. 8.223/2007)”⁴². Em síntese, a medida cautelar entendeu que o CNJ não era competente para declarar como inconstitucional a Lei, seguindo entendimento fixado pelo STF na *primeira camada* da jurisdição constitucional sobre tema.

Essa compreensão foi revista no julgamento de mérito da Petição n.º. 4656, quando o Plenário do STF asseverou ser possível que o Conselho afaste a incidência de Lei inconstitucional que tenha efeitos sobre atos praticados ou a serem praticados por órgãos do Poder Judiciário, já que o artigo 103-B, § 4.º, II, da Constituição, lhe incumbe de zelar pela observância do artigo 37 do mesmo Diploma.

40 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.233/PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 10/05/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

41 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit. 137.

42 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar em Ação Cautelar AC 2.390 MC/PB, Rel.ª. Min.ª. Cármen Lúcia, Julgamento: 07/08/2009.



Os fundamentos do voto da Ministra-Relatora Cármen Lúcia podem ser assim resumidos⁴³: a) o Presidente da República e os órgãos administrativos autônomos, os quais devem controlar a validade de atos administrativos, devem fazer a análise da constitucionalidade de Leis que fundamentam atos administrativos; b) essa modalidade de controle de constitucionalidade é competência implícita atribuída ao CNJ, como órgão de controle de extração constitucional; c) trata-se de compreensão jurídica que corrobora o ideal da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; d) a negação da aplicação de Lei em virtude de inconstitucionalidade depende do voto da maioria absoluta dos seus membros, aplicando-se, aqui também, a cláusula constitucional da reserva de Plenário fixada no artigo 97, Constituição Federal de 1988; e) após a conclusão de julgamento concreto que entendeu pela inconstitucionalidade de Lei, o CNJ poderá “valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal”⁴⁴; f) a emanação de ato normativo que afasta a aplicação de Lei inconstitucional serve à segurança jurídica, que postula a aplicação uniforme da Lei e a duração razoável dos processos e g) esse controle incidental na decisão administrativa não produz anulação ou revogação da Lei, que permanece vigente, enquanto o STF não a declarar nula.

No julgamento, houve manifestações, às quais a relatora aderiu, apontando a singularidade do caso do exame de constitucionalidade que o CNJ exercera. O Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que o

43 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, pp. 244-254.

44 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, p. 249.

CNJ, ali, “simplesmente [invocara] precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, para determinar a exoneração daqueles servidores que foram contratados em desconformidade com aquilo que a Constituição estabelece no artigo 37 e que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem vergastado”.⁴⁵

O voto do Ministro Luiz Fux enfatiza que o reconhecimento da competência do CNJ para recusar-se a aplicar Lei que considere inconstitucional estava sendo admitida, porque o STF já havia declarado contrária à Constituição Lei de praticamente igual teor. Alude, então, para o ponto de vista sustentado em outra oportunidade pelo Ministro Gilmar Mendes favorável a que certos órgãos, mesmo não sendo incumbidos de prestar jurisdição, pudessem aplicar o entendimento da jurisprudência do STF para afirmar a inconstitucionalidade de Lei. Lê-se no voto do Ministro Luiz Fux referência à:

(...) recente orientação da Segunda Turma desta Corte, na qual restou afirmado que o Conselho Nacional de Justiça poderia deixar de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer de anterior interpretação da matéria por esta Corte (MS 26.739, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 14.06.2016). Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que os órgãos da Administração somente poderiam deixar de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer da interpretação do próprio Judiciário⁴⁶.

45 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, p. 279.

46 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, pp. 292.



O Ministro Luiz Fux, então, apontou que o caso apreciado no CNJ envolvia Lei substancialmente já declarada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade pelo STF. Disse:

Assim, após o julgamento desta Corte - ADI 3.233 -, as alterações legislativas têm por propósito manter, sob nova roupagem, o mesmo conteúdo da norma original, com a simples alteração da respectiva denominação, permanecendo iguais- e inconstitucionais- a natureza e as atribuições do cargo⁴⁷.

Proseguiu, assim, enfatizando que a desconsideração da Lei obedecia à inteligência já formada pelo STF sobre o preciso tema em discussão:

É exatamente por esse motivo que o Plenário do CNJ entendeu necessária a abertura, de ofício, de Procedimento de Controle Administrativo destinado a apurar a possível reiteração da prática de nomeações irregulares de servidores pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, após o que, identificando na Lei impugnada o mesmo vício que maculara as normas declaradas inconstitucionais na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.233, determinou a exoneração dos comissionados nomeados com fundamento no dispositivo vergastado. Tais argumentos possuem o condão, apenas, de confirmar o reiterado e pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, de modo que ampara a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça afastar a aplicação da norma, porquanto ônus argumentativo suficiente, concretizado em prévia análise desta Corte acerca da inconstitucionalidade da matéria veiculada ao CNJ⁴⁸.

47 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, pp. 302.

48 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 145.

Pronunciando-se especificamente sobre a competência do CNJ para se recusar a aplicar Lei por inconstitucionalidade, o Ministro frisou a circunstância de o CNJ se debruçar sobre o problema por força do desempenho de uma tarefa que lhe foi cometida pelo constituinte e o fato de a inconstitucionalidade ser nítida, uma vez que espelhava situação já apreciada e julgada pelo STF:

Por fim, refuto a alegada incompetência do CNJ, como órgão administrativo, para proferir a decisão impugnada. Com efeito a verificação dos atos administrativos, inclusive o de nomeação para cargos em comissão em flagrante desrespeito à regra constitucional do concurso público e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adequa-se à previsão de competência encartada constitucionalmente, que prescreve a competência do Conselho Nacional de Justiça para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (CRFB/88, artigo 103-B, § 4.º), zelando pela observância do artigo 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (CRFB/88, artigo 103-B, § 4.º, inciso II).

(...)

Porém, para não vulgarizar e alargar de maneira ilimitada a competência do Conselho Nacional de Justiça, assento, como premissa teórica, que o afastamento de Leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e incontestado ultraje à Constituição- certamente potencializada por precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria-, de maneira que, nas situações de dúvi-



da razoável a respeito do conteúdo da norma adversada, deve-se prestigiar a opção feita pelo legislador, investido que é em suas prerrogativas pelo batismo popular (...)»⁴⁹.

A possibilidade de controle de constitucionalidade de Leis pelo CNJ foi admitida, mas em situação peculiar. Prossegue válida a assertiva de que, em princípio, órgão não jurisdicional não declara a inconstitucionalidade de Lei.

Por isso mesmo, em sessão do Conselho Nacional de Justiça de vinte de fevereiro de dois mil e dezoito, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou que o Conselho “foi criado como órgão administrativo. Não é órgão judicial, não exerce jurisdição e não declara inconstitucionalidade de norma nenhuma. Qualquer coisa além disso é exorbitância das atribuições constitucionais do Conselho. Simples assim”⁵⁰. Isso foi dito no Pedido de Providências n.º. 0001809-93.2016.2.00.0000⁵¹, que envolvia a aplicação da Lei Estadual da Bahia n.º. 13.555 de vinte e nove de abril de dois mil e dezesseis, estabelecendo o Fundo Especial de Compensação (FECOM) das atividades notariais e registrais.

Além de realizar o ressarcimento dos atos gratuitos praticados pelos registradores civis de pessoas naturais e a concessão de ajuda de custo para serventias que não arrecadam o suficiente para seus custos, a

49 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 136, pp. 302-303.

50 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ministra Cármen Lúcia: “*CNJ não declara inconstitucionalidade de norma nenhuma*”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86222-carmen-lucia-cnj-nao-declara-inconstitucionalidade-de-norma-nenhuma>>.

51 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Procedimento de controle administrativo n. 0001809-93.2016.2.00.0000*, Rel. Cons. Valdetário Andrade Monteiro, Julgamento: 15/05/2018.

referida Lei estadual previu o pagamento dos salários dos funcionários públicos que exercem ainda as atividades notariais e registrais, as quais deveriam ser atribuídas aos privados, apesar de os emolumentos nessas serventias “estatizadas” serem atribuídos à fazenda, nos termos do artigo 16, I a III, Lei Estadual n.º. 12.352 de oito de setembro de dois mil e onze, com redação da Lei Estadual n.º. 13.555/2016⁵².

A Relatora do Pedido de Providências, Ministra Cármen Lúcia, assentou a impossibilidade de o CNJ realizar controle de constitucionalidade concreto e incidental, forte em decisão monocrática do Min. Celso de Mello de dezoito de junho de dois mil e dezoito, no Supremo Tribunal Federal, que cassara julgamento do CNJ⁵³, que determinara “ao TJ/AM que se abstinhasse de adotar providências necessárias à execução da Lei Complementar amazonense n.º 126 de sete de novembro de dois mil e treze por suposta incompatibilidade desse ato normativo com os preceitos constitucionais”⁵⁴. Por sua vez, a maioria do Plenário do Conselho entendeu pela possibilidade de controle de constitucionalidade e pela inconstitucionalidade da atribuição de verbas do FECOM no Pedido de Providências n.º. 0001809-93.2016.2.00.0000. Nesse procedimento, entendeu-se que a arrecadação de valores dos privados usuários das atividades notariais e registrais não pode ser utilizado para pagamento da remuneração dos servidores públicos que exercem temporariamente os serviços notariais e

52 BAHIA. Lei n. 13.555 de trinta de abril de dois mil e dezesseis. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=319882?>>.

53 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Medida cautelar no Procedimento de Controle Administrativo n. 0006624-41.2013.2.00.0000*, Rel. Cons. Rubens Curado, Julgamento: 12/11/2013.

54 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança MS 32.582 MC-AgR*, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 15/06/2018.



registrais, conforme se observam nos votos dos Conselheiros Valdetário Andrade Monteiro, André Luiz Guimarães Godinho e Arnaldo Hossepian⁵⁵.

De toda sorte, pode-se dizer que o cenário jurisprudencial ainda não é especialmente nítido quando se trata de retratar os exatos lindes da competência do CNJ diante de Lei que lhe parece inconstitucional⁵⁶.

5. LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NOS MARCOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. UMA QUESTÃO DE COMPETÊNCIA

O tema da possibilidade de órgãos administrativos realizarem controle de constitucionalidade de Leis não se encontra definitivamente assen-

55 Nota do Autor: Especialmente no voto do Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro (cit. 149), adota-se o entendimento do STF na Petição n. 4.656 sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade por órgãos administrativos, afirmando em resumo: **a)** possibilidade de o CNJ afastar atos administrativos baseados em Leis inconstitucionais, conforme entendimentos do CNJ e do STF, e **b)** o desvirtuamento produzido pela Lei 13.555/2016 da utilização de verbas auferidas para ressarcimento de atos notariais e registrais gratuitos para pagamento de servidores públicos. Essa foi a conclusão do voto do Conselheiro Valdetário Monteiro no mérito: “i) a necessidade de compensação de atos gratuitos aos cartórios tem previsão em Lei Federal; ii) a Lei Estadual, que deveria regulamentar a legislação federal, em primeiro momento, instituiu um fundo de compensação privado, que deveria promover o equilíbrio dos cartórios em razão da gratuidade de atos; iii) ocorre que a alteração legislativa promovida em 2016 desvirtuou a finalidade do Fundo que, apesar de privado, agora, é utilizado para pagamento dos servidores do Tribunal de Justiça da Bahia que ocupam o comando dos cartórios ainda não privatizados”.

56 Nota do Autor: Recentemente, a Procuradora Geral da República, em parecer (PGR n. 59/2019– AJA/SGJ/PGR, sistema único n. PGR-MANIFESTAÇÃO-44629/2019), no STF, Mandado de Segurança n. 28.937, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 15/06/2018, manifestou-se pela inconstitucionalidade da decisão do CNJ no Pedido de providências n. 0005230-38.2009.2.00.0000, Rel. José Adonis Callou de Araújo Sá, Julgamento: 01/06/2010, a qual impôs ao Tribunal de Justiça do Estado Bahia que deixasse de aplicar a Resolução n. 1/1992 por violação de dispositivos constitucionais. Essa determinação do CNJ encontra-se suspensa também em virtude de outra medida liminar concedida pelo Min. Celso de Mello.

tado, não havendo entendimento seguro a respeito a ser colhido nem mesmo do direito comparado.

Entre nós, Gilmar Mendes⁵⁷ e Lucas Catib de Laurentiis⁵⁸ dão conta de que a possibilidade de não aplicação de Lei entendida como inconstitucional pela Administração Pública foi defendida com argumentos persuasivos antes do advento do controle abstrato de constitucionalidade, instituído pela Emenda Constitucional n.º. 16 de vinte e seis de novembro de mil novecentos e sessenta e cinco. A razão esgrimida escorava-se na dificuldade de a Administração Pública obter a declaração de nulidade de Lei judicialmente por vícios formais ou materiais de constitucionalidade. A representação de inconstitucionalidade tinha por titular apenas a Procuradoria-Geral da República. O titular do cargo nele permanecia enquanto desfrutasse da confiança de quem o nomeara, o Presidente da República.

Desse modo, se o Chefe do Executivo Federal tinha acesso mais franqueado à jurisdição constitucional abstrata, por meio do Chefe do Ministério Público Federal, o mesmo não acontecia nas outras esferas de Poder e da Federação. Daí a complacência com atos de governadores que determinavam aos seus subordinados a não aplicação de Leis que considerassem inconstitucional, sob os riscos de conflituarem, mais adiante, com entendimento diverso das instâncias judiciais. Com a Constituição de 1988, a titularidade da ação direta de inconstitucionalidade se tornou multifária, abrangendo autoridades que antes não dispunham de acesso por si sós a essa instância.

57 G. FERREIRA MENDES. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 134, 1997, pp. 18-19.

58 L. CATIB DE LAURENTIIS. Entre Lei e Constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, vol. 260, 2012, pp. 141-142.



O fenômeno se ampliou com a criação do controle abstrato estadual, para a fiscalização de Leis municipais e estaduais em face da Constituição do Estado. A arguição de descumprimento de preceito fundamental abriu ainda maior espaço para o desate jurisdicional de controvérsias constitucionais. A possibilidade de concessão de medidas cautelares somou a esses novos meios a prontidão da prestação jurisdicional, formando, então, estrutura institucional otimizada para dispensar que autoridades administrativas tivessem que formular eles mesmos juízos sobre a validade da Lei- uma tarefa, não raro, de complexas imbricações multidisciplinares a exigir expertise jurídica singular.⁵⁹

Não é de menor importância recordar, além disso, que, muitas vezes, órgãos administrativos encontram-se centrados em seus problemas e interesses imediatos, não estando vocacionados ao exercício de uma interpretação mais aprofundada de temas constitucionais mais exigentes.

Não menos relevante é ter presente que não é de surpreender que as chefias do Poder Executivo e de órgãos administrativos muitas vezes se vejam enredadas em pautas políticas partidárias, vendo-se constringidas por estratégias voltadas à busca de apoio popular imediato,

59 Nota do Autor: A propósito, M. AURÉLIO MARRAFON. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. No âmbito jurisprudencial, a decisão do Ministro Gilmar Mendes no citado (nota 33 *supra*) MS 25.888, ao deferir o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União: “É preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. (...) A ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar (...) o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, (...) acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”.

que nem sempre se coadunam com as implicações contramajoritárias envolvidas em uma adequada apreciação de constitucionalidade de diplomas produzidos como manifestação da vontade das maiorias representadas nas casas legislativas.

No atual contexto de diversificação de mecanismos de acesso ao controle jurisdicional de constitucionalidade, enfim, as razões para que se acorde à Administração Pública o poder de recusar a aplicação de Lei por motivos de inconstitucionalidade foram em boa medida esvaziadas. Isso não significa que os órgãos administrativos não se encontram submetidos à Constituição Federal nem com isso se desconsidera o ideal de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição⁶⁰, em que também entes não jurisdicionais são convocados, por diversas formas, a concretizar a Constituição. O problema se resolve, na realidade, como uma questão de competência.

A discussão em apreço, como se pode perceber, centra-se em uma investigação sobre poder um órgão com missão de cunho administrativo se recusar a aplicar uma Lei por considerá-la inconstitucional. Na literatura, o tema é enfrentado a partir da indagação sobre a viabilidade em um Estado de direito democrático, assentado na separação de poderes, da fiscalização administrativa da constitucionalidade.

Essa literatura é particularmente escassa no Brasil, que, quando se detém no problema, dedica-lhe poucas páginas de atenção. André Salgado de Matos, a propósito, verifica que o quadro é semelhante em Portugal, observando que “uma análise heurística superficial revela imediatamente a escassa profundidade em geral atingida pelo tratamento

60 Nota do Autor: Cfr. P. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.



doutrinal do assunto”.⁶¹ Notícia que autores de nomeada reputação, mas que formam uma minoria, afirmam que cabe à Administração suspender a sua decisão, enquanto aguarda uma posição dos tribunais, ou afirmam a absoluta incompetência para deixar de aplicar a Lei por motivos de constitucionalidade. A maioria propenderia, entretanto, para admitir uma limitada e excepcional atribuição para tanto. Ninguém se aventura a sustentar que haja uma competência da Administração irrestrita nesse âmbito⁶².

Na Espanha, o autor revela surpresa com o desinteresse do magistério.⁶³ Enquanto na doutrina alemã, remarcada por mais intensos debates:

é praticamente indiscutível uma competência de exame e de uma competência de representação hierárquica da questão de inconstitucionalidade (...). É minoritária a admissão de uma competência de desaplicação irrestrita (...) A generalidade da doutrina divide-se entre a aceitação de uma competência de desaplicação limitada ou excepcional e a sua total rejeição.⁶⁴

A discussão na doutrina estrangeira corresponde aos argumentos que são suscitados tanto no CNJ como no STF.

As razões contrárias a que órgãos não jurisdicionais se recusem a aplicar Lei que considerem inconstitucionais apoiam-se na ideia de que um Poder somente estaria legitimado a interferir no exercício da competên-

61 A. SALGADO DE MATOS. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 153.

62 A. SALGADO DE MATOS, cit. 159, pp. 153-156.

63 A. SALGADO DE MATOS, cit. 159, p. 128.

64 A. SALGADO DE MATOS, cit. 159, pp. 120-121.

cia legiferante do Legislativo na medida em que recebesse habilitação constitucional própria para isso - o que excluiria a cogitação do controle de constitucionalidade por parte de órgãos administrativos, em homenagem ao princípio da separação dos poderes. É comum que venha à baila a assertiva de que os órgãos administrativos regem-se pelo princípio da legalidade, reforçado pela presunção de constitucionalidade das Leis, que somente caberia ser afastada pelos juízes.

Não menos significativa é a arguição, que decorre da presunção de constitucionalidade das Leis, no sentido de que a superação da validade *prima facie* das Leis exige convicção robusta sobre o vício de inconstitucionalidade, a ser alcançada com análise jurídica consistente, que demanda conhecimentos e práticas especializados, alheios à imensa maioria dos órgãos administrativos.

Mais ainda, decerto que razões de segurança jurídica se somam contra o reconhecimento da competência de entes administrativos virem a recusar uma Lei por nela enxergarem hostilidade à Constituição. Dada a multiplicidade de órgãos administrativos em um cenário de burocracia inflada, a probabilidade de decisões desencontradas é vasta. O risco do arbítrio da Administração se eleva. O número de desafios judiciais tende a crescer, gerando, ainda, a frustração de expectativas de aplicação da Lei, com prejuízo da confiança nas instituições políticas.

No plano da segurança jurídica, enfim, corre-se o perigo de o juízo de inconstitucionalidade consolidar situações individuais dificilmente reversíveis se a jurisdição constitucional entender que a apreciação administrativa estava errada.⁶⁵

65 Nota do Autor: Pense-se, a propósito, em uma decisão administrativa que julgue inconstitucional o acréscimo legislativo para a obtenção de determinada vantagem para servidores públicos. Considerem-se, igualmente, as consequências imagináveis da assunção pelo administrador de um juízo de inconstitucionalidade por omissão.



São motivos sérios conducentes a que, ao menos como regra geral, não se admita como corriqueira a fiscalização administrativa de constitucionalidade das Leis.

Por outro lado, é de se notar também que, em certas hipóteses, a solução de suspender o ato administrativo afetado pela Lei que a autoridade burocrática entende inconstitucional tampouco se vê favorecida por princípios básicos da ordem constitucional. A garantia constitucional da celeridade dos processos- o que inclui os processos administrativos- será vitimada pela providência. A ideia de se encadear a questão ascendendo os degraus da hierarquia funcional até a autoridade que, eventualmente, possa provocar o controle de constitucionalidade enfrenta o obstáculo da demora que isso importa para a ação administrativa.

Além disso, nem todas as autoridades administrativas têm legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade. Recorde-se, mais, que a propositura da ação, em si, recai no domínio da discricionariedade dos legitimados. A demora na atuação administrativa por conta de dúvidas sobre a constitucionalidade da Lei incidente na relação a sofrer a interferência, enfim, pode, por vezes, acarretar a perda do próprio objeto da atuação.

É de se considerado que soa anacrônico recusar, em nome do princípio da legalidade, a função da Constituição de parâmetro para a Administração. A Constituição integra o bloco de legalidade a que a Administração deve-se subordinar. A aplicação de Lei em detrimento da Constituição fere também a legalidade, estando ultrapassado o modelo de separação de poderes do Estado liberal, cunhado para reduzir a Administração ao papel exclusivo de braço de execução puro e simples das ordens do legislador. Superada a supremacia do parlamento, o instante é de se observar a supremacia da Constituição, não havendo razão suficiente para se excluir a Administração desse paradigma.

O modelo da vinculação de todos os poderes à Constituição, por sua vez, incita uma estrutura de controle mútuo de poderes. Se os administrados têm o direito fundamental a não serem iludidos na confiança que haja depositado nos Poderes Públicos, entre estes o padrão é o da vigilância recíproca, o que também opera para neutralizar a visão da posição de exacerbada superioridade do Parlamento sobre órgãos administrativos.

Assim, se há insegurança no fato de a Administração poder se recusar a aplicar uma Lei inconstitucional, também o há no modelo de controle jurisdicional, especialmente quando é admitido o modelo difuso. Certamente que, neste último caso, a insegurança é de menor tomo, mas não tem como ser descartada. O que parece ser decisivo é aferir o grau de insegurança que a sociedade está disposta a tolerar. A esse propósito, convém assinalar que a inconstitucionalidade apresenta diferentes níveis de dificuldade na sua percepção e diferentes riscos decorrentes da sua afirmação por órgãos administrativos.

Por isso, uma Lei que imponha um comportamento para a Administração que constitua, se a Lei for invalidada, um crime ou um atentado a um direito fundamental de maior peso abstrato ou concreto, impedir que o órgão administrativo repile a Lei, em nome da exclusividade do controle jurisdicional, é postura capaz de ser mais aviltante ao sistema dos valores jurídicos do que admitir que realize a fiscalização no caso a ser enfrentado. Não se justifica que a Administração proclame, com efeitos *erga omnes*, a desvalia jurídica da Lei, mas, em casos tais, justifica-se que a Lei não seja aplicada.

Por outro lado, se é exato que há desníveis na aplicação de técnicas jurídicas entre os diversos órgãos da Administração Pública, não menos correto é ter presente que alguns deles são compostos necessariamente por profissionais que devem evidenciar refinamento no trato com o



Direito. Se os riscos sistêmicos da admissão do controle de constitucionalidade nesses casos não desaparecem, tornam-se menos intensos, em especial, se a fiscalização da validade das Leis se der em caráter excepcional, como meio incontornável para o desempenho de missão atribuída diretamente pela Constituição e em situações de polêmicas já assentadas na jurisdição constitucional.

Essas ponderações são relevantes para os que não recusam totalmente a possibilidade de órgão não jurisdicional deixar de aplicar uma Lei em uma situação concreta, bem definida, em que isso seja indispensável para prevenir ou remediar um dano de considerável monta. Não são bastantes para justificar uma competência irrestrita para a fiscalização de constitucionalidade por qualquer órgão administrativo, em qualquer circunstância. Daí mesmo o fato de onde se admite esse controle administrativo, ele ser restrito subjetivamente e limitado a hipóteses mais próximas do extraordinário.

6. CONCLUSÃO: O CNJ E A AS POSSIBILIDADES DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional n.º 45 de trinta de dezembro de dois mil e quatro instituiu o Conselho Nacional de Justiça, cometendo-lhe a missão de zelar pela observância do artigo 37, Constituição Federal de 1988, e de apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros da magistratura ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir, rever e fixar prazo para que sejam adotadas providências, de acordo com artigo 103-B, § 4.º, II, Constituição Federal de 1988. Cabe ao Conselho apurar o bom trabalho dos magistrados, no seu mister não jurisdicional, no que tange à obediência aos princípios elevados pelo artigo 37, *caput*, da Constituição, ao *status* de reitores da Administração Pública.

[Ir para o índice](#)

Esses princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por sua vez, incorporam noções de textura denotativa aberta, necessitando de concretização pelo aplicador/intérprete (no caso, o CNJ), que, não raro ainda, é chamado a dirimir colisões entre direito e valores constitucionais. O Conselho foi concebido com singular composição⁶⁶, mas, conquanto esteja assentado que se trata de órgão do Poder Judiciário nacional, também é pacífico que não foi dotado de atribuições jurisdicionais.

Presentes esses rasgos relevantes, verifica-se que, intuitivamente, a jurisprudência do STF leva em conta os fatores já mencionados neste texto para se deslindar a questão da admissibilidade do controle administrativo de constitucionalidade de Leis.

Ainda, do exame dos precedentes recolhidos, percebe-se que a Suprema Corte é avessa a admitir que o CNJ exerça alguma espécie de controle abstrato. A atuação do órgão deve partir de situações concretas, mesmo que o STF venha-se mostrando tolerante com expedições de diretrizes decorrentes do juízo realizado pelo Conselho.⁶⁷ Colhe-se que

66 BRASIL. Constituição Federal. Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

67 Nota do Autor: Importante observar que a decisão do STF, Pet 4.656/PB, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Julgamento: 19/12/2016, Voto do Min. Luiz Fux, pelo Tribunal Pleno, inaugurou nova visão das competências do CNJ, conjugando o controle judicial de constitucionalidade dos atos administrativos a partir do artigo 37, CF/88, o qual é previsto no inciso II do § 4.º do artigo 103-B, CF/88, com o poder regulamentar atribuído ao Conselho Nacional de Justiça. Esse poder regulamentar resulta do inciso I do § 4.º do artigo 103-B em que confia ao Conselho “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. Sobre o poder regulamentar do CNJ, cf. C. VIEIRA SOARES PEDERSOLI. *Conselho Nacional de Justiça: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Cabe aqui uma compreensão literal do dispositivo constitucional que conduza à ilação de que o Poder Regulamentar do CNJ somente pode ser utilizado em prol da autonomia do Poder Judiciário e para a observância do Estatuto da Magistratura, já que essas competências estão previstas em conjunto com o poder regulamentar no inciso I. A decisão do STF tem o relevante efeito de abrir ao poder regulamentar entregue ao CNJ a possibilidade de conferir efeito subjetivamente mais extenso a alguma inteligência fixada a partir de um caso concreto.



o veto absoluto a que haja alguma fiscalização *in casu* não parece ser a orientação atual da Corte, embora não se franqueie ao Conselho uma ampla competência de controle de constitucionalidade.

Nota-se também a adesão do STF ao cuidado partilhado pelos defensores de uma competência de desaplicação restrita e limitada de Leis havidas por inconstitucionais por órgãos administrativos. O Tribunal transparece invariavelmente a preocupação em singularizar a situação do CNJ no contexto dos órgãos de administração em geral. Daí, coincidindo com os alertas argumentativos vistos no item anterior, os precedentes salientarem ser o CNJ integrado substancialmente por juristas renomeados e de larga prática jurisdicional. O que se capta, neste passo, é a noção de que esse fator é importante para se admitir o controle de constitucionalidade pelo órgão, uma vez que reduz os riscos de erros, de providências classificáveis como arbitrárias e diminui a insegurança jurídica.

A ênfase que os precedentes do STF conferem à circunstância de o CNJ exercer tarefas impostas diretamente pela Constituição, cujo desempenho, ainda, pode obrigar ao cotejo de Lei com a Constituição, também se ajusta à flexibilidade limitada que se preconiza para que órgão administrativo seja admitido a se recusar a aplicar Lei que se lhe mostre inconstitucional.

Por último, sobressai na jurisprudência do STF a ressalva de que a fiscalização concreta da constitucionalidade pelo CNJ deve ser vista como verdadeiramente excepcional; por isso mesmo, as afirmações colhidas dos precedentes analisados no sentido de que a afirmação de inconstitucionalidade é admitida se o Conselho estiver aplicando jurisprudência consolidada no STF sobre o assunto que examina.

Até aqui, os cuidados impostos se ajustam às exigências de ponderação que o tema da fiscalização de constitucionalidade por órgão administrativo sugere. Outros desafios surgirão, desse modo, os critérios para enfrentá-los, de todo modo, podem ser dados como dispostos.

REFERÊNCIAS

A. SALGADO DE MATOS. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.

BAHIA. Lei n. 13.555 de trinta de abril de dois mil e dezesseis. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=319882?>>.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Recomendação n. 38 de dezenove de junho de 2019*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_38_19062019_24062019131001.pdf.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Medida cautelar no Procedimento de Controle Administrativo n. 0006624-41.2013.2.00.0000*, Rel. Cons. Rubens Curado, Julgamento: 12/11/2013.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ministra Cármen Lúcia: “CNJ não declara inconstitucionalidade de norma nenhuma”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86222-carmen-lucia-cnj-nao-declara-inconstitucionalidade-de-norma-nenhuma>>.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de providências n. 200910000001038*, Rel. Cons. Jorge Antonio Maurique, Plenário, Julgamento: 28/04/2009.



BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000018762*, Rel. Cons. Antonio Umberto de Souza Júnior, Julgamento: 09/06/2009.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Procedimento de controle administrativo n. 0001809-93.2016.2.00.0000*, Rel. Cons. Valdetário Andrade Monteiro, Julgamento: 15/05/2018.

BRASIL. Constituição Federal. Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento: 20/08/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento: 13/04/2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.233/PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 10/05/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Ação Originária 1.706/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, Julgamento: 18/12/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança MS 32.582 MC-AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 15/06/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 36.549/MS. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1º./7/2019.

Ir para o índice

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 28.141/MT, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/02/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 29.118 AgR, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Julgamento: 02/03/2011, Plenário, DJE de 14/04/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar em Ação Cautelar AC 2.390 MC/PB, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Julgamento: 07/08/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 12MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento: 16/02/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 221/MC, Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento: 29/03/1990.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 25.888 MC, Min. Rel. Gilmar Mendes, Julgamento: 22/03/2006, DJ 29/03/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Pet 4.656/PB, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Julgamento: 19/12/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de ordem em petição 3.674-3, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 04/10/2006.

C. MERLIN CLÈVE. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In C. MERLIN CLÈVE e L. ROBERTO BARROSO. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*, vol. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



F. RICARDO DE LIMAS TOMIO e I. NORBERTO ROBL FILHO. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista de sociologia e política*, v. 21, n. 45, 2013.

G. FERREIRA MENDES. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 134, 1997.

G. RUIZ. *Federalismo judicial: el modelo americano*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

I. NORBERTO ROBL FILHO. *Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.

J. FERREJOHN. Judicializing politics, politicizing law. In *Law and contemporary problems*, vol. 65, n. 3, 2002.

J. HALEVI HOROWITZ WEILER. The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht*: Heidelberg, 2004.

J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Constitucionalismo e geologia da good governance. In *“Branquinhos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

L. CATIB DE LAURENTIIS. Entre Lei e Constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, vol. 260, 2012.

MATO GROSSO. Lei n. 8943 de vinte e nove de julho de dois mil e oito. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/Leis/Lei-8943-2008.pdf>>.



Antes e depois de Dworkin: a interpretação constitucional como problema funcional¹

Before and after Dworkin:
constitutional interpretation
as a functional problem

LUÍS PEREIRA COUTINHO²

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Antes de Dworkin; 3. O contributo de Ronald Dworkin;
4. Depois de Dworkin; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O problema da interpretação da Constituição pela jurisdição constitucional não é apenas um problema de método. É sobretudo um problema funcional. Com efeito, ao abordá-lo, a questão não se pode esgotar

1 Estudo elaborado em homenagem ao Senhor Professor Manuel Afonso Vaz.

2 Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público.

[Ir para o índice](#)

em saber *como* se determina o sentido das normas constitucionais (que método corresponde a essa determinação), impondo-se saber em que medida tal sentido pode ser oposto ao legislador pela jurisdição constitucional. Como é evidente, as duas questões estão ligadas; nomeadamente, e como veremos, o ceticismo em torno da primeira implica inevitavelmente consequências quanto à segunda. Ainda assim, o enfoque nesta exposição orienta-se sobretudo para a segunda questão.

É esse, de facto, o enfoque mais esclarecedor no caso de pretendermos – como aqui pretendemos – aceder aos debates fundamentais sobre interpretação constitucional desenvolvidos nas últimas décadas nos dois lados do Atlântico. Na verdade, tais debates incidiram nuclearmente sobre princípios fundamentais com alto grau de indeterminação (*v.g.* princípios da justiça, do “devido processo legal”, da dignidade da pessoa humana, da igualdade ou da liberdade), perguntando-se *se e em que medida* os mesmos podem ser concretizados pela jurisdição constitucional contra o legislador. É, pois, esta última pergunta aquela que travejará o nosso percurso nas linhas que se seguem.

Ronald Dworkin é uma voz central no curso do debate – sendo simultaneamente ponto de chegada dos contributos anteriores e ponto de partida dos contributos subsequentes –, sendo isso que nos conduziu à opção de o reconstruir como se desenvolvendo “antes e depois de Dworkin”.

2. ANTES DE DWORKIN

O primeiro impulso para o desenvolvimento do debate encontrou-se, marcadamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Americano da era *Lochner*. Nos respetivos termos, a *Supreme Court* imputou às “cláusulas



majestáticas” do *Bill of Rights* (sobretudo à *due process clause*) um sentido estritamente preservador de uma ordem liberal de *laissez faire*, invalidando em consequência quaisquer soluções legislativas reguladoras do mercado, ditadas designadamente pela proteção dos trabalhadores. Na emblemática decisão *Lochner vs. New York*, em que precisamente se encontra o apogeu da era jurisprudencial em causa, o Supremo Tribunal invalidou a imposição de quaisquer limites aos horários laborais³.

A era *Lochner* terminou abruptamente com o *New Deal* – mais precisamente com o famoso “*switch in time that saved nine*” de 1937 –, tendo contribuído decisivamente para isso a pressão colocada pelo Presidente Roosevelt sobre o Supremo Tribunal. No entanto, o seu lastro ao nível da teoria da interpretação constitucional – e muito particularmente ao nível de uma teoria da interpretação constitucional perspetivada em termos funcionais – persistiu muito para além do seu termo, tendo inspirado uma posição marcadamente cética a respeito da oponibilidade de princípios constitucionais materiais ao legislador.

Assim desde logo em Kelsen, que teve bem presente a experiência da era *Lochner*, cujo impacto teórico foi também sentido na Europa. Na verdade, para Kelsen, a princípios como o devido processo, a igualdade e a liberdade, a nada mais corresponderia do que “fraseologia” ideologicamente cunhada e insuscetível de determinação em termos minimamente objetivos. De resto, uma Constituição deveria, antes de mais, abster-se de tal “fraseologia”, cuja interpretação e aplicação nunca poderia ter “o

3 Nota do Autor: A decisão terá sido a mais emblemática de um período que durou entre a década de 1885 e a década de 1930, no qual aproximadamente 150 atos legislativos respeitantes e relações laborais e a condições de trabalho foram invalidados por tribunais federais e estaduais dos Estados Unidos da América. Sobre a era *Lochner*, cfr. B. ACKERMAN. *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 43 e ss.; p. 63 e ss.

caráter de uma aplicação do direito em sentido técnico”. Nunca o poderia ter, já que se trata de “postulados (...) que na realidade exprimem apenas os interesses de certos grupos e que são formulados *visando os órgãos encarregados da criação do Direito*”⁴.

Ou seja, caso uma Constituição vertesse princípios “que não encerram nada mais do que ideologia corrente” – assim sem “esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso” –, tal apenas poderia significar “*que tanto o legislador como os órgãos de execução da Lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela Lei*”⁵.

Em suma, tais princípios não poderiam ser assumidos por uma jurisdição constitucional como parâmetros de controlo do legislador, mas tão só como autorizações à discricionariedade do legislador. Para o Professor de Viena:

Precisamente no domínio da jurisdição constitucional, [tais ideais] podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das Leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das Leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará fa-

4 S. SÉRVULO DA CUNHA. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 121-186; pp. 167-168.

5 S. SÉRVULO DA CUNHA, cit. 167.



cilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma Lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional (...). Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a Lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer Lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitraria do ponto de vista político, como o tribunal constitucional⁶.

A consideração das “disposições constitucionais abertas” de natureza substantiva como “dirigidas exclusivamente aos órgãos políticos” – porque insuscetíveis de uma “abordagem criteriosa” (*principled approach*) por parte dos tribunais, os quais se deveriam então “manter afastados das mesmas”

6 Nota do Autor: Cfr. S. SÉRVULO DA CUNHA, cit. 169. Se, em 1928, Kelsen formulou claramente a posição segundo a qual as disposições constitucionais em causa deveriam ser configuradas estritamente como dirigidas ao legislador, e não como parâmetros de controlo deste pela jurisdição constitucional, o mesmo não se manteria coerente ao longo da sua obra. Designadamente, no âmbito do debate com Carl Schmitt, sobre “quem deve ser o guardião da Constituição”, decorrido poucos anos depois, Kelsen viria a abandonar a ideia de que a jurisdição constitucional se deveria abster de concretizar tais disposições contra o legislador, em ordem a restringir-se à “aplicação do direito em sentido técnico” e a não interferir em controvérsias de natureza política ou ideológica. Na verdade, para o Kelsen que debate com Schmitt, é impossível distinguir questões jurídicas (relevantes de uma “aplicação do direito em sentido técnico”) de questões políticas, sendo que um tribunal pode e deve decidir sobre estas últimas. É que, nesse caso, o conflito inevitavelmente ideológico suscitado pela aplicação de disposições constitucionais abertas evidencia-se enquanto tal, havendo vantagem em a sua decisão caber a uma “instância objetiva” porque “dotada de independência judiciária”, cfr. H. KELSEN. *Jurisdição Constitucional*. 1930, pp. 237-298; p. 248 e ss.

– viria, algumas décadas mais tarde, a ser considerada seriamente no outro lado do Atlântico por John Hart Ely⁷⁸.

Para este último, no quadro de uma democracia representativa, “preservar valores fundamentais não é uma tarefa constitucional”⁹ – do mesmo modo, opô-los ao legislador, não é uma tarefa jurisdicional –, não sendo viável que a respetiva “descoberta” ou concretização se esteie em qualquer base democraticamente tolerável ou minimamente credível, seja essa o “direito natural”, a “razão”, a “tradição”, o “consenso” ou o “progresso”¹⁰. Não havendo, pois, uma “verdade objetiva” ou “demonstrabilidade” daqueles valores, Ely conclui que, ao constitucionalismo normativo e à correspondente garantia jurisdicional, apenas poderia corresponder adequadamente uma dimensão processual. Em correspondência, a fiscalização judicial da constitucionalidade dever-se-ia ater à garantia do processo democrático e não aos “resultados da legislação”¹¹.

7 J. HART ELY. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 39 e ss.

8 Nota do Autor: Ely, de modo assumidamente surpreendente, imputa esta possibilidade teórica a Felix Frankfurter, que a terá formulado a respeito da cláusula de “devido Processo”, precisamente aquela que suscitou tantos problemas na era Lochner,

9 J. HART ELY, cit. 170, p. 88 e ss.

10 J. HART ELY, cit. 170, p. 43 e ss.

11 Nota do Autor: De mencionar que, em Ely, a garantia do Processo democrático não se esgota na garantia do Processo eleitoral e do Processo legislativo. Envolve também, face à Constituição americana, um “esquema complexo destinado a garantir que, na tomada de decisões substantivas, o Processo decisório esteja aberto a todos em termos que se aproximem de uma base de igualdade (*on something approaching an equal basis*), com os decisores sujeitos ao dever de ter em consideração os interesses de todos aqueles que são afetados pelas suas decisões” (Idem, p. 100). Neste contexto, a aplicação da *equal protection clause* pelo Supremo Tribunal no caso *Brown vs. Board of Education* seria de aceitar, ao contrário da aplicação da *due process clause* no caso *Roe vs. Wade*. A tese de Ely foi defendida por referência ao Direito Constitucional positivo americano, mas “um entendimento processual da Constituição” e uma correspondente visão restritiva da fiscalização judicial da constitucionalidade é suscetível de contextualização no âmbito de uma teoria geral da democracia, cfr. J. HABERMAS. *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 264 e ss.



Apesar de todas as dúvidas suscitadas em torno da oponibilidade ao legislador de princípios constitucionais substantivos, facto é que, no segundo pós-guerra, a mesma foi objeto de normalização nos dois lados do Atlântico.

No quadrante europeu, o trauma antitotalitário e a correspondente desconfiança marcada pelas maiorias, conduziu a que se generalizasse o entendimento de que a preservação de princípios fundamentais é, de facto, “tarefa constitucional”, podendo e devendo as jurisdições constitucionais concretizá-los contra o legislador – o que as mesmas decididamente fizeram no quadro de Constituições substantivamente muito carregadas, nas quais princípios como a dignidade da pessoa humana ou o Estado de Direito surgem como preeminentes¹². Assim apesar das dúvidas formuladas por um setor minoritário, no qual se destaca a voz de Böckenförde¹³.

No quadrante americano, o Supremo Tribunal admitiu-se também, a partir da década de 1950, desenvolver uma linha ativista quanto às cláusulas majestáticas do *Bill of Rights*, designadamente quanto à *equal protection clause* (sendo emblemática a decisão *Brown vs. Board of Education*) ou à *due process clause* (sendo emblemática a decisão *Roe vs. Wade*). Entenda-se por ativismo uma linha em que as jurisdições constitucionais se

12 Nota do Autor: Para mais desenvolvimentos, cfr. L. PEREIRA COUTINHO. Democracias Constitucionais como Democracias Protegidas: Democracias Liberais ou Democracias de Valores? In *Teoria dos Regimes Políticos*. Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 129-144.

13 Nota do Autor: Para Böckenförde, um “totalitarismo constitucional” em que se ficção a “unidade substancial” do “povo” em torno de “decisões” ou “fundações” – a que a “interpretação constitucional” supostamente dá “voz” ou em cujo “nome” se desenvolve – não se pode sobrepor às “formas e Processos” da democracia representativa, pois “são precisamente as formas e os Processos que protegem e salvaguardam a liberdade individual e social, impedindo uma dominação direta sobre indivíduos ou grupos sociais feita em nome de conteúdos materiais, cfr. *Naissance et Développement de la Notion d'État de Droit*, e também *Principes de la Démocratie: Forme Politique et Forme de Gouvernement*, in *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*, trad. Olivier Jouanjan, Willy Zimmer e Olivier Beaud, Paris: LGDJ, 2000, respetivamente, p. 127 e ss; p. 278 e ss.

admitem apor a princípios de sentido indeterminado ou conceitos constitucionais abertos – e consequentemente contrapor ao legislador – concessões políticas, filosóficas ou morais controvertidas¹⁴.

Se a postura dos Tribunais Constitucionais europeus se revelou relativamente pacífica – assim pelo menos até à recrudescência do facto do pluralismo ou da respetiva perceção nas últimas décadas, aspeto a que regressaremos adiante –, o mesmo não sucedeu quanto ao Supremo Tribunal americano, cujas decisões foram objeto de acesos debates. Algumas correntes demarcaram-se decisivamente da linha ativista da *Supreme Court*, fazendo-o, ora por razões teóricas, ora por razões prudenciais, ora por razões estritamente metodológicas.

- i) Quanto à crítica teórica ao ativismo do Supremo Tribunal, é preeminente a já citada posição de Ely, em obediência à qual tal ativismo se revelaria incompatível com uma concessão constitucionalmente adequada de democracia representativa¹⁵.
- ii) Quanto à crítica prudencial, merece destaque a desenvolvida por Alexander Bickel, que parte da “dificuldade contramajoritária”, a qual se prende com o facto de a fiscalização judicial da constitucionalidade das Leis ser uma “instituição desviante” a uma lógica democrática de respeito pelas maiorias¹⁶. Na verdade, a maior in-

14 Nota do Autor: Desenvolvendo esta noção de ativismo, cfr. R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 137 e ss.

15 Nota do Autor: Vimos já que tal não conduziu Ely a questionar as decisões do *Warren Court* e do subsequente *Burger Court* em bloco, já que algumas delas – como a proferida no caso *Brown v. Board of Education* – honraram garantias de Processo democrático no entendimento que Ely tem das mesmas.

16 A. MORDECAI BICKEL. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.ª ed., Londres: Yale University Press, 1986, p. 18 e ss.



quietação de Bickel dizia respeito à autoridade das jurisdições constitucionais em contextos políticos difíceis, considerando que se trata de instituições “sem terra de onde retirar a sua força”¹⁷. Assim sendo, se as jurisdições constitucionais levassem a sua “agenda constitucional” demasiado longe, a sua autoridade poderia acabar por ser desafiada. Ultimamente, poderiam ter lugar episódios de desobediência ou reação às respetivas decisões pelas legislaturas, pelas instâncias judiciais inferiores ou, ainda, pelas comunidades políticas subjacentes. O ativismo acabaria, pois, por ser mais prejudicial do que benéfico, mesmo na perspetiva daqueles que apoiassem as conceções e valores promovidos. O remédio, segundo Bickel, encontrar-se-ia no exercício de “virtudes passivas” por parte da jurisdição constitucional, isto é, no recurso a “técnicas mediadoras” que lhe permitissem não decidir sobre o mérito¹⁸;

17 A. MORDECAI BICKEL, cit. 179, p. 184.

18 Nota do Autor: Com efeito, “virtudes passivas” são, nas palavras de Bickel, “técnicas mediadoras”, relativas designadamente à falta de pressupostos processuais, que permitem aos juízes “não fazer a coisa mais importante que fazem”, isto é, que lhes permitem não decidir sobre o mérito. Institutos e doutrinas como a “relevância constitucional” ou a “doutrina da questão política” correspondem a “técnicas mediadoras” nesse sentido, prevenindo o exercício de jurisdição constitucional em assuntos delicados. A mais interessante destas “técnicas” é, indubitavelmente, a “doutrina da questão política”. De acordo com a mesma, a jurisdição constitucional deveria ser declinada quando o juiz constitucional sentisse uma “falta de capacidade” para encarar a questão material controversa, sendo a mesma deixada ao legislador – este último, mais capaz de a enfrentar no contexto de uma “democracia madura”. Essa “falta de capacidade” – fundada, nas palavras de Bickel, “tanto no intelecto como no instinto” – poderia resultar de um conjunto de aspetos, verificados circunstancialmente em termos distintos. São esses: a) A estranheza do assunto e a sua intratabilidade numa perspetiva de princípio; b) A pura atualidade (*sheer momentousness*) do assunto, a qual tende a desequilibrar o juízo judicial; c) A apreensão, não tanto relativamente à possibilidade de a decisão judicial ser desobedecida, quanto à possibilidade de ser obedecida quando devia não o ser; d) finalmente, numa democracia madura, a vulnerabilidade intrínseca, as dúvidas próprias de uma instituição eleitoralmente irresponsável sem terra da qual possa retirar a sua força”.

iii) Quanto à crítica metodológica, esteve fundamentalmente em causa a ideia de que semelhante concretização envolveria a aposição às cláusulas constitucionais de concepções externas aos “quatro cantos da Constituição”, sem que se lhes pudesse referir uma qualquer base credível ou “verdade objetiva”¹⁹.

Foi com base nesta última crítica às decisões da *Supreme Court* que se desenvolveu, a partir da década de 1960, a designada linha “originalista”. Trata-se, de facto, uma linha reativa às decisões do Supremo Tribunal para a qual as concepções suscetíveis de aposição às cláusulas constitucionais poderiam ser exclusivamente as dos *framers*²⁰. A mesma linha acabou, no entanto, por se revelar pouco frutuosa, ora por converter a “fidelidade à Constituição” num respeito cego pela “mão morta do passado”²¹, ora por não lhe corresponder a almejada “univocidade” ou “objetividade”²².

Mais interessante e merecedora de reflexão revelou-se a crítica ao “estilo formulaico” do Supremo Tribunal por Robert Nagel²³, tanto mais pertinente quanto esse estilo seja uma marca constante que se difundiu muito para

19 Nota do Autor: Esta crítica encontrou a sua mais acabada forma em Ely, mas encontrou-se presente na doutrina americana logo a partir da década de 1950. Para uma síntese muito esclarecedora, cfr. R. LATHAM BROWN. *How Constitutional Theory Found Its Soul: The Contributions of Ronald Dworkin*, In *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 41-68.

20 R. BORK. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1991, p. 143 e ss.

21 J. E. FLEMING. *History and Philosophy in the Moral Reading of the Constitution*, In *Exploring Law's Empire*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 5-39.

22 Nota do Autor: Não sendo a reconstrução historicista das intenções ou concepções dos *framers* uma base mais objetiva ou mais credível do que uma base assumidamente jusnaturalista ou moralista. É o que demonstrou, designadamente, J. RAKOVE. *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Nova Iorque: Vintage Books, 1997.

23 R. F. NAGEL. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*. Los Angeles: University of California Press, 1989, p. 121 e ss.



lá do quadrante americano²⁴. De acordo com Nagel – que, escrevendo na década de 1980, teve presente a prática do Supremo Tribunal a partir da década de 1950 –, «nos últimos trinta anos, um novo estilo de escrita judicial converteu-se no método mais comum de exegese constitucional. Este estilo demonstra impressivamente a preferência racionalista por um conhecimento que seja “susceptível de formulação em regras, princípios, diretivas, máximas – ou mais abrangentemente em proposições”. Nele, é enfatizada uma doutrina cuidadosamente desenvolvida expressa em elaboradas camadas de “testes”, “exigências” e “standards”, os quais se sobrepõem entre si e que são objeto de infundáveis debates judiciais e opiniões dissonantes».

Tal conduz, prossegue Nagel, a que o discurso judicial se afaste cada vez mais do texto que devia interpretar, correspondendo o estilo em causa a uma “amálgama do burocrático e do académico. E embora as fórmulas judiciais não sejam tão extensas ou intrincadas quanto muitas diretivas e regras administrativas, evidenciam-se muitas características semelhantes. Ambas são complexas, equívocas e compostas de múltiplas camadas. Ambas empregam um modo tão artificial que raia o enigmático (...). Tipicamente, ambas pretendem cobrir todas as contingências (...). Em ambas, uma aparência de autoridade é estabelecida com precisão ilusória”.

Apesar das críticas, muitas delas pertinentes e merecedoras de reflexão, à jurisprudência da *Supreme Court* em torno das “cláusulas majestáticas” do *Bill of Rights*, as mesmas não deixaram de ser merecedoras de apoio doutrinário – ou, pelo menos, não deixou de merecer apoio doutrinário uma linha ativista que admitisse à jurisdição constitucional o desenvolvimento de conceções morais e políticas controvertidas a respeito das ditas.

24 Nota do Autor: Para uma crítica ao estilo formulaico do Tribunal Constitucional português, em particular quanto à chamada jurisprudência da crise, cfr. G. ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO. Formular e Prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional, In *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*, G. ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO, organizadores, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 243-261.

É o que se evidencia nomeadamente em Laurence Tribe que sublinhou tratar-se, aquelas, de preceitos constitucionais e que uma *qualquer* interpretação dos mesmos refletirá necessariamente a adoção de conceções não expressa ou inequivocamente presentes no texto, em inevitável prejuízo de outras conceções²⁵. É o que se evidencia, também, em Ronald Dworkin, cuja teoria merece uma atenção particularíssima em razão da sua originalidade e decisiva influência nos dois lados do Atlântico.

3. O CONTRIBUTO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin introduz no debate uma inovação de grande interesse. Vimos anteriormente que uma das principais críticas suscetíveis de serem dirigidas à mobilização de princípios fundamentais pelos tribunais se prende com o facto de a mesma envolver o apelo a conceções externas ao Direito, implicando pois o recurso a “fontes morais” – como o “direito natural”, a “razão” ou a “tradição” – não credíveis, porque insuscetíveis de fixar uma qualquer “verdade objetiva”.

Ora, para Dworkin, não há uma “verdade objetiva” ou “demonstrabilidade” do Direito, ou dos direitos, prévia ou independente do “Direito enquanto prática”, a desvelar nos “fóruns de princípio” que são os tribunais. Assim, de acordo com um método que consubstancia, tanto uma virtude do juiz, como uma garantia de legitimidade das suas decisões: a integridade.

Integridade significa essencialmente “consistência de princípio”, implicando que cada solução judicial seja coerente com a prática institucional passada (com os precedentes judiciais, com os elementos textuais e sistemáticos, com as declarações e outros elementos constantes de trabalhos pre-

25 L. TRIBE. *American Constitutional Law*. 3.ª ed, Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p. 71.



paratórios, etc.) e, bem assim, com as tradições perdurantes de moralidade política que nela perpassam e que definem o seu propósito ou finalidade como um todo²⁶. Uma solução *íntegra* é então uma solução que se adequa (*fit*) aos elementos da prática (dimensão de adequação) e a que corresponde uma melhor justificação (dimensão de moralidade política)²⁷²⁸.

Note-se que um juiz que decide de acordo com a integridade não tem por intuito determinar e impor a “melhor visão possível da justiça” – isto é, “a melhor teoria dos direitos morais e políticos”²⁹ –, esta última a determinar em sede filosófico-política. A integridade antes impõe aquela solução interpretativa que, cumprindo as duas dimensões referidas, se possa adequar à específica conceção e articulação de princípios que perpassa na prática passada³⁰ – uma visão assim suscetível de ser respeitada pelos cidadãos *enquanto cidadãos*, isto é, independentemente da sua diversidade de pressupostos filosóficos ou conceções metafísicas.

Desvenda-se assim, desde logo, a relevância política legitimadora – e integradora – do método da integridade. Mais: compreende-se assim a fundamentação da integridade enquanto fundamentação essencialmente *política*.

26 R. DWORKIN. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 378.

27 R. DWORKIN. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 142 e ss.

28 Nota do Autor: A segunda dimensão apenas releva no caso de haver mais do que uma solução interpretativa adequada. Diz Dworkin: “The second dimension – the dimension of political morality – supposes that, if two justifications provide an equally good fit with the legal material, one nevertheless provides a better justification than the other if it is superior as a matter of political or moral theory; if, that is, it comes closer to capturing the rights that people in fact have”, cfr. R. DWORKIN, cit. 190.

29 R. DWORKIN, cit. 190, p. 97.

30 Nota do Autor: A integridade não se identifica estritamente com a justiça, a equidade ou o “devido Processo”. Corresponde-lhe, sim, um “esquema de princípio”, o esquema correspondente às decisões passadas da comunidade, que os cidadãos, enquanto cidadãos, são convidados a honrar e a desenvolver, cfr. R. DWORKIN, cit. 190, p. 176 e ss.

Com efeito, a pretensão nuclear é a de que, *ao método da integridade, corresponda um código de integração política no pluralismo*, o qual os cidadãos respeitem – assim o diz Dworkin – “apenas em virtude da sua cidadania”³¹. Ou seja, os cidadãos aceitarão a *integridade*, ou as soluções interpretativas daí resultantes, na medida em que se queiram tratar a si mesmos como membros de uma não utópica “associação de princípio” ou “comunidade de princípio”³². A função própria da jurisdição constitucional é a de dar voz a esta “comunidade de princípio”, uma “vontade geral” no mais próprio sentido rousseauiano, que enquanto tal se pode e deve sobrepôr a uma qualquer “vontade dos muitos” circunstancial³³.

Regressaremos à relevância política da integridade. Mas antes de mais, cumpre assinalar que a mesma, sendo um método de interpretação jurídica em geral e de interpretação constitucional em especial, pressupõe uma fenomenologia da *prática jurídica como um todo*, a qual precisamente permite desvelar *o seu propósito ou finalidade geral*. Pode pois dizer-se que o “Direito como prática” é o objeto primeiro da interpretação jurídica³⁴, sendo as convicções emergentes a seu respeito determinantes em cada específico exercício de interpretação (deste ou daquele texto normativo). Uma específica solução interpretativa íntegra será, reitere-se, uma solução

31 R. DWORKIN, cit. 190, pp. 187-188.

32 Nota do Autor: Esclarece precisamente Dworkin que a integridade é um ideal ajustado a um Estado não utópico, cfr. R. DWORKIN, cit. 190, pp. 176-177.

33 R. DWORKIN. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 15 e ss.

34 Nota do Autor: em Dworkin, o conceito de Direito é um conceito interpretativo e não um conceito criteriológico. Ou seja, não apuramos o conceito pelo registo de critérios explícitos ou implícitos no uso das palavras “Direito” ou “jurídico” em dada prática. Apuramos, ou melhor partilhamos, o conceito porque participamos numa prática, tendo cada um de nós opiniões sobre quais as pressuposições básicas dessa prática, a sua finalidade ou propósito. Neste sentido, “uma análise do conceito – para além da asserção de que se trata de um conceito interpretativo e de um apanhado muito geral das práticas em que ele figura – não pode ser neutral. Essa análise implica que se tome parte nas controvérsias que o conceito pretende esclarecer”, cfr. R. DWORKIN. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 224-225.



congruente com esse propósito ou finalidade; será, de entre as alternativas, aquela solução que apresente uma melhor justificação a essa luz.

A fenomenologia dworkiniana do “Direito como prática” desvela que o juiz decide as questões contenciosas como “*questões de princípio*”, isto é, como *questões em que o que está em causa é o que é direito ou reto* – e do mesmo modo, “que direitos têm os cidadãos” – e *não considerações sobre a melhor prossecução do bem-estar geral*. De notar que “questões de princípio” não têm necessariamente de se traduzir na aplicação de “princípios” enquanto normas com dada estrutura (sendo certo, bem entendido, que o juiz aplica princípios explícitos e implícitos na prática e correspondentes às tradições políticas perdurantes³⁵). Mas o ponto agora é que, aplicando princípios ou regras, o juiz trata “questões de princípio” quando define *que direitos têm*

35 Nota do Autor: Com efeito, a obra de Dworkin (cfr. R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 14 e ss.; p. 46 e ss.) inicia-se como uma fenomenologia da prática jurídica em que se demonstra a inadequação de um “modelo de regras”. Uma fenomenologia adequada do “Direito como prática” demonstra que os juízes aplicam princípios explícitos e implícitos na mesma prática e nas tradições da sua cultura política, não se podendo dizer que tal aplicação consubstancie uma atividade extrajurídica ou envolva discricionariedade no sentido próprio (não a envolve na perspetiva relevante, que é a dos juízes, os quais não se têm como vinculados ao “Direito” apenas quando aplicam regras). É pois de rejeitar uma conceção em cujo âmbito, ao Direito, correspondam apenas regras suscetíveis de ser validadas no âmbito de um qualquer “teste de pedigree”, isto é, no âmbito de uma “regra de reconhecimento” no sentido hartiano.

Em momento posterior, Dworkin viria a desenvolver a ideia de que o objeto primeiro da interpretação jurídica não se pode confundir com um qualquer texto interpretando. O *objeto primeiro da interpretação jurídica é uma prática social* (o “Direito como prática”) culminando aquela numa fenomenologia adequada da mesma. Na verdade, o “Direito como prática” carece, como qualquer outra prática social, de interpretação. Uma prática social torna-se acessível no âmbito de uma “interpretação construtiva” da mesma isto é, uma interpretação que a concebe de acordo com a sua melhor justificação possível, expondo-a à sua melhor luz. Uma interpretação da prática, na medida em que pretenda expô-la desse modo, desvelando os compromissos normativos que lhe são imanentes, é diferente de uma análise linguística, a qual pretende meramente descrever os critérios inerentes ao uso do vocabulário jurídico – desde logo, ao uso da palavra “Direito”. O “Direito como prática” é, assim, uma “matéria de interpretação” e é, em si mesmo, confirma-se, o objeto primeiro da interpretação jurídica. Reflexamente uma teoria sobre o conceito de Direito e uma correspondente conceção do Direito são “teorias interpretativas”, as quais se deixam conceber numa cultura jurídica específica, cfr. R. DWORKIN, cit. 189, p. 87 e ss., em especial, p. 102.

os cidadãos contra o Estado e entre si – direitos que, como tais, são invulneráveis, pelo menos relativamente, às ditas considerações de bem-estar geral (“direitos como trunfos”).

O propósito da prática jurídica como um todo reside justamente nessa definição de direitos, sendo que definir os direitos dos cidadãos é definir os termos de uma “associação de princípio”. Reflexivamente, a moralidade política que perpassa na prática traduz-se em os cidadãos “terem direitos” como merecedores de “igual consideração e respeito” – como “membros morais” dessa “associação de princípio”³⁶ –, também contra o legislador. As cláusulas majestáticas do *Bill of Rights* em particular a *equal protection clause*, consubstanciam, pois, um repositório fundamental dessa moralidade política, consubstanciando a *judicial review* um seu corolário.

Ao honrar a prática passada e o seu propósito como um todo, o juiz não define uma particular conceção política que o legislador deva adotar, traduzida designadamente numa certa distribuição e regulação da propriedade e/ou dos demais recursos melhor adotada ao bem-estar geral. Caso interferisse na política, aduzindo argumentos políticos (isto é, argumentos sobre a melhor forma de prosseguir o bem-estar geral) e não estritos argumentos jurídicos ou argumentos de princípio (isto é, argumentos sobre que direitos os cidadãos têm, face à prática passada e ao seu propósito como um todo) o juiz estaria a incorrer em ativismo no mau sentido – ou no ativismo enquanto vício –, proferindo inevitavelmente juízos que transcendem a vocalização de uma “associação de princípio”³⁷.

36 R. DWORKIN, cit. 196, p. 24.

37 Nota do Autor: Um juiz não ativista, desenvolve Dworkin, é um juiz que “recusa substituir o juízo da legislatura pelo seu próprio juízo quando crê que o assunto em questão é essencialmente um de política e não de princípio, quando a discussão é sobre qual é a melhor estratégia para atingir o interesse geral através de objetivos como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o equilíbrio certo entre economia e conservação”, cfr. R. DWORKIN, cit. 189, p. 398.



É neste contexto que Dworkin aduz, especificamente em matéria de interpretação constitucional, que a fiscalização judicial da constitucionalidade se deve ater “ao processo democrático” e não “ao resultado da legislação, considerado independentemente desse processo”³⁸. No mesmo contexto, note-se, Dworkin não reconduz estritamente o “processo democrático” ao procedimento organizatório de tomada de decisões, isto é, não o reconduz a um “processo distinto da substância”, afastando-se – pelo menos à superfície – da anteriormente citada posição de John Hart Ely³⁹. Dizer que a fiscalização judicial da constitucionalidade se deve ater ao “processo democrático” antes significa, agora, dizer que a mesma fiscalização se deve centrar em saber “*que direitos os cidadãos têm*” *independentemente de questões políticas e dos resultados em sede de bem-estar geral*. Em Dworkin, o “processo democrático” que se desenha em sede interpretativo-constitucional corresponde, pois, a *um antecedente momento constitutivo da cidadania*, àquilo que os cidadãos partilham enquanto tais, para além daquilo que salutarmente os divide e que perpassará na legislação.

Note-se que Dworkin não supõe que não possa haver desacordo em questões de princípio. É bem possível que diferentes concepções sobre “que direitos os cidadãos têm” possam estar em jogo, cabendo a decisão aos tribunais na sequência da apresentação de pretensões (*claims*) pelos mesmos cidadãos. Não há pois, confirma-se, uma “verdade objetiva” ou “demonstrabilidade” do Direito, ou dos direitos, prévia ou independente do “Direito enquanto prática” – ou do “Direito como integridade”, a desvelar nos “fóruns de princípio” que são os tribunais.

38 R. DWORKIN, cit. 190, p. 58.

39 Nota do Autor: Dizemos à *superfície*, já que, segundo Dworkin, é essa a “visão” do “Processo democrático” que melhor se compatibiliza com a posição fundamental de Ely, cfr. R. DWORKIN, cit. 190, p. 57 e ss.

Tal vale mesmo no caso de os direitos serem formulados por textos normativos que vinculam o juiz, designadamente pelo texto constitucional. Por estrita referência a esse texto, não há ainda direitos em sentido jurídico (*legal rights*), mas direitos políticos, dependendo a “conversão” dos primeiros nos segundos da prática judicial (sendo essa conversão necessária, bem entendido, sob pena de as decisões em matéria de direitos não respeitarem a integridade). Essa “conversão”, acrescente-se, implica a imputação de “conceções” aos conceitos formulados em textos normativos – incluídos aqui, naturalmente, os conceitos usados nas cláusulas do *Bill of Rights* – e, assim, inevitavelmente, a formulação de juízos morais inovadores (sempre nos limites da integridade, bem entendido⁴⁰).

Dizer que não há uma “verdade objetiva” do Direito independentemente da prática do Direito não significa dizer que não haja “respostas corretas” a questões de princípio, mesmo apesar do inevitável desacordo de partida. O que significa, sim, é que é um erro categorial avaliar a “verdade” ou “validade” das soluções jurídicas por referência a critérios

40 Nota do Autor: A “Leitura moral da Constituição” proposta por Dworkin assenta na ideia base de que ao texto constitucional correspondem princípios gerais abstratos (ou direitos abstratos) e não concepções históricas particulares desses princípios. Deste modo, interpretar o texto constitucional requer “fresh judgments” e não a mera reprodução de concepções históricas particulares. Importa sempre, em qualquer caso, sublinhar, também na dita “Leitura moral da Constituição”, os limites impostos pela integridade. Diz Dworkin que “somos governados pelo que o que disseram os nossos legisladores, pelos princípios que os mesmos consagraram [pelos correspondentes conceitos], e não por qualquer informação que pudéssemos ter a respeito de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou aplicado em casos concretos [pelos correspondentes concepções]”. Mas é “igualmente importante” ter em conta que “a interpretação constitucional é disciplinada, sob a Leitura moral, pelas exigências de integridade constitucional (...). Os juízes [podendo e devendo desenvolver concepções correspondentes aos conceitos constitucionais], não podem ler as suas convicções próprias na Constituição. Não podem ler as cláusulas morais abstratas como expressivas de juízos morais particulares, por muito que estes lhes sejam apelativos, a menos que os mesmos sejam consistentes com o desenho sistemático da Constituição como um todo e com as linhas dominantes de interpretação constitucional por outros juízes. Os juízes têm pois de se encarar a si mesmos como parceiros com outros oficiais, passados e futuros, que em conjunto elaboram uma moralidade constitucional coerente”, cfr. R. DWORKIN, cit. 196, p. 10.



filosóficos ou metafísicos externos à prática jurídica⁴¹. Numa instituição pública que se define como prática (o Direito), os critérios relevantes são *inerentes* à prática (correspondem precisamente à integridade, nas suas dimensões de adequação e moralidade política), sendo assimilados pelos participantes, advogados e juízes, *enquanto participantes na prática*. Tais critérios consubstanciam, pois, o “ponto de vista interno” dos participantes e permitem-lhes fundamentar em termos intersubjetivamente acessíveis as soluções que atinjam⁴².

Os juízes podem errar, é certo, no desempenho da sua tarefa – ainda que que lhe correspondam virtualmente “respostas corretas”⁴³. Mas tal não deve ser motivo para se abandonar a “aspiração” básica em causa, pois os cidadãos “ganham mesmo através da tentativa” de a implementar. Afirma Dworkin⁴⁴ que, no âmbito do Direito como integridade, “os cidadãos são encorajados a supor que cada um tem direitos e deveres contra os outros cidadãos, bem como contra o Estado”, partilhando um código comum enquanto cidadãos, “mesmo que esses direitos e deveres não se encontrem integralmente determinados em códigos de capa preta. Os cidadãos são, em consequência, encorajados a testar hipóte-

41 Nota do Autor: Cfr. R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 283 e ss.; R. DWORKIN, cit. 196, p. 140 e ss.

42 R. DWORKIN, cit. 190, p. 153.

43 Nota do Autor: Dworkin usa duas estratégias diferentes de defesa da ideia de que a cada “questão de princípio” corresponde uma resposta correta. Uma estratégia traduz-se em de asseverar que, em sistemas jurídicos avançados, assim é probabilisticamente (cfr. R. DWORKIN, cit. 190, p. 143-144). Outra estratégia, mais interessante, traduz-se em verificar, em sede fenomenológica, que as soluções jurídicas são sempre defendidas pelos participantes na prática jurídica como soluções corretas, sendo que a perspetiva relevante ao nível da prática jurídica é sempre a dos participantes. Estão pois em causa, na segunda estratégia, as “práticas de pensamento e de linguagem” dos participantes, as quais precisamente apontam no sentido de haver respostas corretas.

44 Nota do Autor: Cfr. R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 338.

ses sobre o que esses direitos sejam, encarando-se reciprocamente, e sendo encarados pelo Estado, de acordo com a pressuposição salutar e unificadora de que a justiça é sempre relevante para as suas pretensões, mesmo que seja pouco claro o que é requerido pela justiça. Os tribunais participam neste processo, fornecendo um fórum ocasional para considerações públicas incidentes sobre estes assuntos controversos de justiça e fornecendo uma direção cujo poder é retamente qualificado pela força dos argumentos”.

As pretensões dos cidadãos a respeito dos seus direitos podem colidir entre si. E referindo-se as mesmas pretensões a normas com a estrutura de princípios, a colisão pode eventualmente ser solúvel com recurso ao método da ponderação, aferindo-se o peso dos princípios em concreto. Assim na medida em que se pressuponha – como Dworkin pressupõe – que os princípios explícitos ou implícitos na prática jurídica, e desde logo correspondentes a textos normativos, não se encontrem numa relação de *contradição* entre si, mas meramente numa relação de *competição*. Com efeito, não havendo *contradição* – ou *incomensurabilidade* – de princípios, o conflito pode ser resolvido *coerentemente* no âmbito da integridade, “exigindo a coerência um esquema não arbitrário de prioridade ou ponderação ou acomodação entre os mesmos”⁴⁵.

O desacordo em questões de princípio não prejudica então um código comum de cidadania, em cujo desenvolvimento os próprios cidadãos participam no âmbito de lides judiciais, desde que as soluções atingidas sejam soluções íntegras – sendo este também o caso das soluções ponderadas. Não se trata, insista-se, de soluções filosóficas ou metafísicas, que apelem a doutrinas morais independentes da prática institucional

45 R. DWORKIN, cit. 189, pp. 268-269.



passada, a “verdades” assim subsistentes “lá fora”, “no universo”⁴⁶. Nem se trata, rigorosamente falando, de “soluções ideológicas”, ao contrário do que supôs Kelsen.

É bem certo que os princípios e doutrinas que perpassam na prática jurídica podem ter a sua matriz em interesses e em correspondentes ideologias. Mas, diz Dworkin, quando os avalia e procura uma solução consistente, o juiz prossegue uma “ambição interpretativa” que é “apropriada às fundações filosóficas do Direito como integridade. Procura divisar uma ordem na doutrina e não descobrir uma ordem nas forças que a criaram. Almeja pois uma solução de princípio que responda à integridade”⁴⁷.

É também certo que os princípios e doutrinas mobilizados no âmbito do método da integridade – porque explícitos ou implícitos na prática passada ou justificáveis à luz da moralidade política que nela perpassa – podem ser princípios e doutrinas morais “compreensivas” ou “abrangentes” no sentido dado à expressão por John Rawls⁴⁸. Com efeito, o crivo da integridade não corresponde ao crivo da razão pública, isto é, não tem por efeito excluir da argumentação pública – em especial da argumentação judicial – quaisquer “convicções morais abrangentes”.

De resto, afirma Dworkin⁴⁹ ter “grandes dificuldades com a distinção entre valores políticos, por um lado, e doutrinas morais abrangentes, por

46 R. DWORKIN, cit. 189, p. 267.

47 Nota do Autor: Cfr. R. DWORKIN, cit. 189, p. 273. O juiz pode eventualmente falhar ou descobrir que a solução consistente com a prática é uma solução ideologicamente cunhada e moralmente repugnante. Coloca-se então o problema específico dos limites da integridade como método. Em Dworkin, a integridade não é absoluta, cfr. R. DWORKIN, cit. 189, pp. 218-219. A integridade distingue-se de uma “consistência perversa”, cfr. R. DWORKIN, cit. 189, p.174.

48 J. RAWLS. *Political Liberalism*. 2.ª ed., Nova Iorque: Columbia University Press, 1996, p. 150 e ss.

49 R. DWORKIN. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 253.

outro”, a qual subjaz à exigência de razão pública⁵⁰. E acrescenta que aplicar o crivo da razão pública à argumentação judicial teria impossibilitado decisões judiciais emblemáticas como as proferidas nos casos *Roe vs. Wade* ou *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs Casey*. Com efeito, pergunta o Autor: “Como podemos tomar uma posição sobre se as mulheres têm um direito de abortar sem adotar alguma posição a respeito do assunto compreensivo [do direito à vida]? Não parece haver aqui qualquer posição neutra. À visão de que um feto não tem direitos e interesses corresponde tanto uma doutrina abrangente como à visão contrária, e não podemos chegar a uma decisão sobre o aborto sem adotar uma das duas visões”.

Devemos sublinhar que a não correspondência entre o crivo da integridade e o crivo da razão pública – salientada pelo próprio Dworkin – *não prejudica que a intencionalidade política integradora da segunda esteja também presente na primeira*. Não havendo identidade, há uma forte afinidade entre os dois crivos. A integridade, recorde-se, restringe os argumentos legitimamente utilizados em sede judicial aos “argumentos de princípio” que se possam radicar na prática institucional passada. E se os mesmos não deixam de poder ser argumentos morais (já que ter direitos é estar certo ou ter razão – *having rights is to be right*), a moralidade neles presente não é admissivelmente uma moralidade meramente relevante de uma concepção de bem, de uma visão filosófica da justiça ou, ainda menos, de uma mundividência religiosa. É, antes, uma moralidade institucional, isto é, uma moralidade fenomenologicamente correspondente a uma instituição pública (precisamente o “Direito como prática”) que tem por substância a específica articulação de princípios e as tradições políticas perdurantes que nela perpassam.

50 Nota do Autor: A qual, diz Dworkin, nem o próprio Rawls parece respeitar, “dependendo a sua própria concepção de justiça como equidade de posições morais controversas”, cfr. R. DWORKIN, cit. 212.



Cumpra, nesta lógica, distinguir decisões *correspondentes a* doutrinas morais abrangentes ou com estas coincidentes, por um lado, e decisões *meramente assentes* em doutrinas morais abrangentes, por outro. O crivo da integridade exclui as segundas, ainda que não exclua as primeiras. Ou seja, pelo crivo da integridade, uma qualquer solução nunca se poderá justificar numa doutrina abrangente externa à prática jurídica em razão do seu valor em si e por si, qualquer que ele seja. Pelo mesmo crivo, uma solução poderá, o que é bem diferente, coincidir com uma doutrina abrangente, mas apenas vingará na estrita medida em que esta seja imanente à prática jurídica, configurada à sua melhor luz.

Vimos acima que, segundo Dworkin, à integridade corresponde integração política, ao ponto de se poder ler a sua proposta metódica como se encontrando ao serviço do valor político da integração no pluralismo. Na lógica de Dworkin, à integridade corresponde também, acrescente-se, legitimidade das soluções interpretativas encontradas no âmbito do correspondente método, algo tão relevante quanto as mesmas possam ser contramajoritárias (sê-lo-ão necessariamente no âmbito da fiscalização judicial da constitucionalidade) e inevitavelmente coercivas. Tal sucede, segundo Dworkin, quer porque os cidadãos se podem rever a si mesmos como participantes da “associação de princípio” que a integridade serve, quer porque os cidadãos participam efetivamente na empresa traduzida na fixação das ditas soluções – assim na medida em que apresentem pretensões e correspondentes razões em tribunal e possam participar nas discussões públicas que se desenvolvem em torno de processos judiciais –, quer ainda porque as mesmas soluções sejam respeitáveis enquanto soluções principiologicamente consistentes⁵¹.

51 Nota do Autor: Para Dworkin a mera “consistência de princípio” é garante de respeitabilidade das correspondentes soluções, mesmo aos olhos de pessoas que discordam em matérias de princípio, cfr. R. DWORKIN, cit. 189, p. 166.

Dworkin, abordando especificamente a chamada “dificuldade contra-maioritária”, sugere mesmo que o processo judicial – e muito particularmente o processo de *judicial review* – pode ser encarado como “uma forma superior de deliberação republicana”⁵². Na verdade, “a ação do Supremo Tribunal como um fórum de princípio encoraja a discussão política do público em torno de assuntos morais nucleares, ao mesmo tempo que os ilumina”⁵³. De resto, “não existe uma conexão necessária entre o impacto que um processo maioritário concede a cada votante potencial e a influência que esse votante tem sobre cada decisão política. Alguns cidadãos podem ter mais influência sobre uma decisão judicial através da sua contribuição para a discussão pública do assunto do que a que teriam sobre uma decisão legislativa apenas através do seu voto isolado. Ainda mais importante, não existe uma conexão necessária entre o impacto político ou influência que um cidadão tem e o benefício ético que mesmo retira da participação numa deliberação ou discussão pública. A qualidade da discussão pode ser melhor, e a sua própria contribuição mais genuinamente deliberativa e animada de espírito público, no caso de um debate público geral que anteceda ou se suceda a uma decisão judicial do que no caso de um debate político que culmine numa votação legislativa ou num referendo”⁵⁴.

Em suma, e segundo Dworkin, não se pode colocar um problema de função em torno de decisões judiciais de “questões de princípio”, ainda que as mesmas impliquem a aposição de concepções políticas e morais controvertidas a princípios constitucionais majestáticos. Na verdade, as mesmas decisões são metodicamente esteadas na integridade e política-

52 R. DWORKIN, cit. 196, pp. 30-31.

53 R. DWORKIN, cit. 212, p. 256.

54 R. DWORKIN, cit. 196, p. 30.



mente legítimas, mais ainda do que decisões maioritárias que pudessem incidir sobre aquelas mesmas questões.

4. DEPOIS DE DWORKIN

A teoria de Dworkin, embora fundamentalmente referida à prática jurídica norte-americana – sendo sobretudo uma teoria do correspondente “Direito como prática” –, revelou-se profundamente influente noutros quadrantes. Designadamente, foi sob sua decisiva influência que Robert Alexy concebeu os sistemas jurídico-constitucionais continentais (em particular os correspondentes sistemas de direitos fundamentais) como sistemas de regras e princípios, desenvolvendo, quanto a estes últimos, uma conceção ampliativa (princípios como “comandos de otimização”) e encorajando a que os conflitos inevitavelmente resultantes entre os mesmos fossem solucionados por recurso ao método da ponderação⁵⁵. Foi também sob decisiva influência de Dworkin que, sobretudo nos quadrantes latinos – europeu e americano –, se desenvolveu a assim designada corrente “neoconstitucionalista”, em cujo âmbito os juízes foram encorajados a uma “Leitura moral”, inequivocamente ativista, dos correspondentes textos constitucionais.

A receção de Dworkin noutros quadrantes, sobretudo a receção não sujeita a um devido esforço de tradução ou adaptação, não é no entanto isenta de dificuldades. Na verdade, e desde logo, a teoria de Dworkin é uma teoria referida a uma prática judicial que tem como esteio um texto constitucional que pode, efetivamente, ser lido como um “código de princípio”, isto é, como um repositório de princípios correspondentes a direitos dos cidadãos, os quais não se confundem com objetivos de

55 R. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*. 3.ª ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 71 e ss.

bem-estar geral e, ainda menos, com políticas implementadoras dos mesmos. O mesmo dificilmente pode ser dito relativamente a textos constitucionais carregados de “fins” ou “tarefas fundamentais” nos domínios económico e social – os quais chegam mesmo a prever específicos meios concretizadores dos mesmos.

Ora, encorajar os juízes a desenvolver renovadas conceções em torno de tais princípios-fim ou princípios-tarefa, ou dos meios necessários à sua implementação, significa inevitavelmente encorajá-los a aduzir “argumentos políticos” e não “argumentos de princípio”. De facto, torna-se então impossível evitar o vício do ativismo – ou o ativismo enquanto vício –, proferindo os tribunais juízos que transcendem a vocalização de uma “associação de princípio”. Recorde-se novamente que, segundo Dworkin, um juiz ativista no sentido pejorativo é um juiz que se admite “substituir o juízo da legislatura pelo seu próprio juízo”, mesmo que o assunto seja “de política e não de princípio”, chamando a si discussões sobre “a melhor estratégia para atingir o interesse geral através de objetivos como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o equilíbrio certo entre economia e conservação ambiental”⁵⁶.

Responder-se-á, eventualmente, que, face a textos constitucionais com uma significativa dimensão programática ou prospetiva ao nível económico e social, é a própria integridade que exige aos juízes desenvolver conceções em seu torno e vocalizá-los contra o legislador. Tal significará, no entanto, esquecer a conexão existente em Dworkin entre integridade e integração política. Na verdade, esta última conexão apenas é pensável no caso de as “questões de princípio” – suscetíveis de resolução judicial – serem isoladas, pelo menos relativamente, de questões de política ordinária. Reflexamente, a mesma conexão deixa de ser pensável no caso de um juiz se admitir abafar o debate político ordinário (incidente sobre a melhor for-

56 R. DWORKIN, cit. 189, p. 398.



ma de prosseguir o interesse geral, de acordo com diferentes pressupostos políticos ou ideológicos a ser sufragados democraticamente), aponto ao texto constitucional *concepções político-económicas controversas*. Nesse caso, um tribunal já não será um “fórum de princípio” em qualquer sentido reconhecível⁵⁷.

Significa isto que a teoria de Dworkin é inaproveitável perante um texto constitucional com a referida dimensão, como seja o português ou o brasileiro? Não necessariamente, pois não há uma relação axiomática entre textos normativos e aplicação judicial dos mesmos, interpondo-se justamente aqui o problema da justiça constitucional como um problema funcional. Na verdade, a configuração de “Constituições sociais” como sedes de associações de princípio possibilita-se, ainda assim, no caso de se configurarem os mencionados princípios-fim ou princípios-tarefa exclusivamente como normas dirigidas ao legislador (como “normas de ação”) e não como parâmetros de controlo do legislador pelo juiz. Ou seja, no caso de se recuperar, quanto a princípios cuja concretização não possa ser exclusivamente uma “matéria de princípio” – por envolver inevitavelmente o recurso a concepções político-económicas controversas – a concepção que Kelsen, e depois John Hart Ely, aplicaram genericamente a todos os princípios constitucionais substantivos⁵⁸.

57 Nota do Autor: Com o exposto não se pretende que as questões de direitos sociais nunca possam ser “questões de princípio”. Cumprirá, no entanto distinguir, as questões de princípio relativas a direitos sociais das questões relativas às políticas implementadoras dos mesmos direitos.

58 Nota do Autor: Note-se que o problema não se coloca apenas no que diz respeito a princípios-fim que concretizam o princípio da socialidade. Coloca-se também relativamente a princípios concretizadores do Estado de Direito, tais como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proteção da confiança. Para mais desenvolvimentos, cfr. G. ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO. Formular e Prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional, In *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*, G. ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO, organizadores, Coimbra: Almedina, 2014, p. 243 e ss.

Se alguns problemas suscitados pela teoria de Dworkin são problemas de transposição para outros quadrantes, outros – menos dificilmente superáveis – são-lhe internos. E deixam-se porventura compreender melhor se perspetivarmos o argumento de teoria política implícito na teoria do “Direito como integridade”. Esse, como vimos, é o de que à integridade corresponde integração política no âmbito de uma “associação de princípio”. E corresponde também legitimidade das correspondentes soluções, já que essas são principiologicamente consistentes no âmbito de dada prática, participadas e resultam de uma “forma superior de deliberação republicana”.

Cumprе, no entanto, perguntar: não será esta visão demasiadamente otimista? Poderá confirmar-se uma correspondência entre integridade e integração política? Uma “associação de princípio” constituída em torno de soluções judiciais íntegras não se revelará, afinal, uma quimera filosófico-política? E não será assim tanto mais quanto, como o próprio Dworkin admite, essas soluções possam coincidir com doutrinas morais abrangentes, nelas perpassando a *reconstrução* de uma “moralidade política” que se tem como subjacente à prática como um todo? Em suma, não gerarão as referidas soluções inevitavelmente resistências, insuscetíveis de serem debeladas em razão da sua respeitabilidade por referência à integridade?

Diga-se, em abono de Dworkin, que o mesmo nunca ignorou que as questões de princípio – ou questões sobre direitos – a que as soluções íntegras dão resposta, são questões controversas. A integridade, de resto, é em si mesma uma resposta ao pluralismo⁵⁹. Como vimos acima, é íntegra a solução que obedece à específica articulação de princípios que perpassa na prática jurídica e não aquela que obedeça a uma visão unitária da justiça, tida como a melhor por este ou por aquele setor. É

59 Nota do Autor: Sendo o “pluralismo”, mesmo, uma “condição de integridade”, cfr. J. WALDRON. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.



nesta medida que uma comunidade política plural se pode ter como uma comunidade política integrada por referência à integridade.

Em qualquer caso, admite-o Dworkin, esta possibilidade depende de uma outra⁶⁰: a de os conflitos existentes ao nível da comunidade política se referirem a princípios que se encontram em mera “competição” entre si, sendo pois solúveis por ponderação – e sendo afinal possível uma articulação coerente entre os mesmos, na qual uma comunidade política plural se pode rever.

O óbice, no entanto, encontrar-se-á no facto de o desacordo que perpassa nas comunidades políticas contemporâneas se referir, não meramente a princípios em competição, mas a princípios em contradição insanável entre si. De resto, para apreendermos a natureza dos conflitos que atravessam as mesmas comunidades teremos porventura que ir além da categoria analítica dos “princípios”. Com efeito, os mesmos conflitos referir-se-ão verdadeiramente, nos casos verdadeiramente difíceis, a “parâmetros” ou “enquadramentos morais” (*moral frameworks*) e inerentemente a discursos normativos incomensuráveis entre si⁶¹. Mais: a esses “enquadramentos morais” distintos poderão corresponder *conceções incompatíveis dos mesmos princípios* constitucionais (veja-se o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, no quadrante europeu, ou da *due process clause* entendida como *substantive due process*, no quadrante americano), sendo pois os conflitos em causa radicalmente irresolúveis por ponderação e assim acomodáveis no âmbito de uma qualquer solução íntegra.

60 R. DWORKIN, cit. 189, p. 269 e ss.

61 Nota do Autor: Sobre “parâmetros” ou “enquadramentos morais”, cfr. C. TAYLOR. *Sources of the Self: The Making of Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 1 e ss.

Não a formulando teoricamente, Dworkin não deixa de desvalorizar esta hipótese. Nomeadamente, considera que a forte reação de amplos setores da sociedade americana a algumas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Americano – paradigmaticamente, a decisão proferida no caso *Roe vs. Wade* – se deve ao facto de a mesma sociedade se encontrar “enxameada” por “movimentos religiosos fundamentalistas” que não merecem outra coisa que não desconsideração⁶². Poder-se-á até admitir que assim é, mas não se poderá deixar de notar simultaneamente a natureza muito limitada do pluralismo a que a integridade é capaz de dar resposta. Com efeito, não pode deixar de se registar o facto de sociedades ocidentais avançadas resistirem a integrar-se em torno de soluções crivadas pela integridade. E este mesmo facto não pode deixar de ser tido como um forte obstáculo à possibilidade – pelo menos, num plano não quimérico ou utópico – de uma politicamente integrada “associação de princípio” encontrar aí o seu esteio. E não é esta última, afinal, a pretensão fundamental de Dworkin?

O problema agrava-se no caso de se recusar um qualquer gradualismo quanto à adoção de soluções íntegras no âmbito de “fóruns de princípio”, em homenagem às eventuais resistências que as mesmas possam suscitar. Para Dworkin, a adoção de “virtudes passivas” pelas jurisdições – isto é, a respetiva cautela quanto à adoção de soluções divisivas ou potencialmente divisivas – é por princípio inadmissível, pois à “consistência de princípio” inerente ao método da integridade deve ser dada “prioridade sobre tudo o resto”, também sobre “a tranquilidade e paz social”⁶³. De outro modo, considerações pragmáticas sobrepor-se-iam a

62 R. DWORKIN, cit. 212, p. 258.

63 Nota do Autor: Esta prioridade absoluta apenas é posta em causa, em Dworkin, no caso de “a autoridade do Supremo Tribunal ou do arranjo constitucional como um todo se encontrarem efetivamente em causa”. Nesse caso, diz Dworkin, “poderíamos compreender a sabedoria de um conselho cauteloso: é melhor ignorar os direitos de algumas pessoas do que sacrificar o sistema que protege os direitos de todos no longo prazo”, cfr. R. DWORKIN, cit. 212, p. 259.



considerações de princípio relativas a “direitos e liberdades básicas”, o que é inaceitável no âmbito de “fóruns de princípio”.

Ou seja, parece estar presente em Dworkin aquilo que os Aqueus chamavam *hubris*. E à *hubris*, avisavam os mesmos, segue-se a *nemesis*.

Face ao exposto, uma reflexão adequada sobre a justiça constitucional como função não pode assentar hoje, pelo menos exclusivamente, numa integração política pressuposta ou num método, como o da integridade, que construtivamente a garanta. A desintegração política – ou pelo menos o desacordo político tenaz entre diferentes setores – confronta-nos sem complacências, sendo pois o cenário implacável a partir do qual se impõe pensar o problema.

Pensar a justiça constitucional num contexto como este não deixa de ser muito difícil, havendo mesmo o risco de o ceticismo a seu respeito se tornar incontornável – pelo menos quanto a uma justiça constitucional legitimada a apor conceções controversas a princípios constitucionais majestáticos. Posições céticas têm sido, de facto, avançadas, designadamente por Jeremy Waldron⁶⁴ ou, de modo porventura mais radical, por Steven Smith⁶⁵. Este último tem precisamente em conta a “situação discursiva” da contemporaneidade – anteriormente explorada por

64 J. WALDRON. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 209 e ss.

65 Nota do Autor: Poderá parecer estranho imputar a Steven Smith um ceticismo mais radical em torno da *judicial review* do que aquele que se imputa a Waldron. Afinal, este último parece afastar por completo a instituição, afirmando que o “problema da autoridade” em sociedades dominadas pelo desacordo não pode ser resolvido desse modo. Já Smith é inconclusivo a esse respeito. O ponto é que Waldron, podendo ser mais cortante nas suas conclusões, não chega a esse resultado a partir de pressupostos morais céticos, mas antes de pressupostos fundamentalmente assentes no respeito pela dignidade dos cidadãos e inerentemente pelo valor da participação democrática.

Alasdair Macintyre⁶⁶ –, uma situação na qual é radicalmente impensável a possibilidade de haver conclusões intersubjetivamente aceitáveis a respeito de questões como o aborto, o casamento homossexual, a atribuição de preferências com base na raça ou etnicidade, etc. E tal na razão de os diferentes setores discordarem *radicalmente*, dividindo-se assim não apenas quanto às conclusões mas quanto aos parâmetros ou enquadramentos morais de partida e, do mesmo modo, quanto à racionalidade suscetível de validar a adoção de uma qualquer conceção judicial aposta a um qualquer conceito constitucional⁶⁷.

Uma solução mais moderada, e merecedora de toda a atenção, foi avançada por Cass Sunstein⁶⁸. Traduz-se, esta, na defesa de um “minimalismo judicial”, em cujo âmbito, a jurisdição constitucional – não se escusando à concretização de cláusulas constitucionais difíceis ou potencialmente controversas – se admite apenas a aposição às mesmas de conceções modestas, *desenhadas na medida do que seja estritamente necessário à solução de cada caso e assentes em “argumentos incompletamente teorizados”* (traduzindo-se estes em fundamentações tanto quanto possível silentes quanto a pressupostos últimos e, desse modo, suscetíveis de acolhimento de acordo com diferentes premissas e conceções de bem).

Assim, e em perspetiva minimalista, na emblemática decisão *Roe vs. Wade*, a postura adotada pelo *Supreme Court*, ao apor à “cláusula de

66 A. MACINTYRE. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame: University of Notre Dame, 1985.

67 Nota do Autor: Cfr. L. PEREIRA COUTINHO, M. LA TORRE e S. D. SMITH. *Judicial Activism and “Reason”*, In *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham: Springer, 2015, p. 21 e ss. Veja-se, ainda, S. D. SMITH. *The Constitution and the Pride of Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 89 e ss.

68 C. SUNSTEIN. *One Case at the Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.



devido processo” um “direito à privacidade” – direito a que corresponderia um indiscriminado direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez –, seria criticável, por muito que consubstanciasse um corolário de decisões anteriores sobre “privacidade” e, do mesmo modo, fosse inatacável pelo crivo da integridade. Na dita perspetiva, antes teria sido adequada uma decisão – num caso em que a demandante, *Roe*, havia sido vítima de estupro – em que a conclusão se traduzisse simplesmente na inadmissibilidade da proibição do aborto em casos de violação⁶⁹.

Note-se que o minimalismo corresponde a uma filosofia de atuação judicial, devidamente atenta ao facto do pluralismo – nessa medida porventura compatível com a “situação discursiva da contemporaneidade” a que se refere Smith – e, bem assim, aos “fardos de julgamento” correspondentes a “casos difíceis”, fardos tanto mais pesados quanto tenham de ser assumidos por uma instituição “sem terra de onde retirar a sua força”, usando aqui novamente a formulação de Bickel.

De particular interesse, neste contexto, é a refutação por Sunstein da proposta de Dworkin, segundo a qual cabe aos tribunais, vocalizar uma densa “moralidade pública”. Na perspetiva diversa de Sunstein, a “moralidade” à qual a adjudicação judicial está primordialmente subordinada antes é uma *moralidade funcional*, assim presa ao seu papel próprio no sistema constitucional (*role morality*). Esta última encontra-se “enraizada na devida compreensão dos limites, tanto de legitimidade como de conhecimento” a que uma instituição judicial se encontra subordinada. Um juiz ciente desses limites irá inevitavelmente procurar decisões de âmbito restrito, assentes em “fundamentos de baixo nível (*low level rationales*), nos quais diversos setores possam convergir”. Tal será tanto

69 C. SUNSTEIN, cit. 231, p. 37; p. 54.

mais assim quanto a consequência de uma deslocada ambição teórica se traduza em invalidar os resultados dos processos democráticos”, o que acontece na fiscalização da constitucionalidade⁷⁰.

De ressaltar que a defesa, por Sunstein, do minimalismo judicial não corresponde a uma apologia da passividade, muito menos quanto àqueles princípios que nucleiam uma democracia constitucional como a americana e que foram objeto de devida sedimentação. Ou seja, a uma democracia constitucional que se preze corresponde uma “substância mínima” – um “núcleo de princípios substantivos” – que a instituição judicial não pode, nem deve, deixar de opor ao legislador se for caso disso⁷¹.

Deve assinalar-se que as conclusões atingidas no quadrante norte-americano por Cass Sunstein encontram um paralelo assinalável nas conclusões atingidas no quadrante europeu por Böckenförde. O que não será de impressionar, já que, apesar de estarem em causa distintos sistemas de fiscalização da constitucionalidade, com matrizes igualmente distintas, os Autores em causa respondem no limite ao mesmo problema *político-funcional* nuclear, encarando circunstâncias semelhantes de potencial de-sintegração ou “incomensurabilidade discursiva”.

Na verdade, o critério avançado por Sunstein para delimitar a função adjudicativa do Supremo Tribunal americano – traduzido fundamental-

70 C. SUNSTEIN, cit. 231, p. 256.

71 Nota do Autor: Quanto à democracia constitucional americana, Sunstein identifica como pertencentes a este núcleo (*core*), os seguintes dez princípios: “1. *Garantia contra a prisão ou detenção ilegal*; 2. *Proteção do pluralismo político*; 3. Direito de voto; 4. Liberdade religiosa; 5. Garantia contra a invasão arbitrária da propriedade; 6. Garantia de pessoas e bens contra o abuso policial; 7. Conteúdo mínimo do *rule of law* (incluídas aqui as garantias de Direito Penal e de Processo penal, a proibição relativa de retroatividade); 8. Garantia da vida e da integridade física contra o poder e inerente proibição da tortura; 9. Proibição da escravatura ou de qualquer menorização com base na raça ou no sexo; 10. Garantia substantiva do corpo humano contra o poder, cfr. C. SUNSTEIN, cit. 231, p. 61 e ss.



mente na subordinação do juiz a uma *role morality* – é em tudo semelhante ao critério da “forma tribunal” proposto por Böckenförde. Este último, procurando num contexto de pluralismo “uma delimitação das tarefas e atividades da justiça constitucional que vá mais longe e seja dogmaticamente mais precisa do que a mera invocação da *judicial self-restraint*”, sugere que se encontre “um ponto de partida na *forma tribunal*, o que exclui toda a iniciativa própria, a liberdade de apreciação política (constitucional) e inclui, quer a subordinação a uma coerência argumentativa e a uma obrigação de fundamentação metodicamente elaboradas e susceptíveis de controlo racional, quer ainda uma estrita limitação ao caso”⁷².

REFERÊNCIAS

A. MACINTYRE. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame: University of Notre Dame, 1985.

A. MORDECAI BICKEL. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.ª ed., Londres: Yale University Press, 1986.

C. SUNSTEIN. *One Case at the Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

E.-W. BÖCKENFÖRDE. Les méthodes d’interprétation de la Constitution: un bilan critique. In *Le droit, l’État et la Constitution démocratique*, Paris: Bruylant LGDJ, 2000.

J. E. FLEMING. History and Philosophy in the Moral Reading of the Constitution, In *Exploring Law’s Empire*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

72 E.-W. BÖCKENFÖRDE. Les méthodes d’interprétation de la Constitution: un bilan critique. In *Le droit, l’État et la Constitution démocratique*, Paris: Bruylant LGDJ, 2000, p. 251.

J. HART ELY. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

J. RAWLS. *Political Liberalism*. 2.ª ed., Nova Iorque: Columbia University Press, 1996.

J. WALDRON. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

L. TRIBE. *American Constitutional Law*. 3.ª ed, Nova Iorque: Foundation Press.

R. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*. 3.ª ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1996.

R. BORK. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1991.

R. DWORKIN. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

R. DWORKIN. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

R. DWORKIN. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

R. DWORKIN. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

R. F. NAGEL. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*. Los Angeles: University of California Press, 1989.

S. SÉRVULO DA CUNHA. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



Jurisdição constitucional e modulação de efeitos em matéria tributária: uma análise a respeito de alguns julgamentos do STF sobre o “excepcional” interesse social

Constitutional jurisdiction and modulation of effects in tax matters: an analysis regarding some STF judgments on “exceptional” social interest

FERNANDA RODRIGUES REIS¹

LUCIANO BERNART²

1 Advogada. Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Integrante convidada do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Constitucional e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade”, no Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

2 Presidente Executivo da ABDConst. Conselheiro Titular do CARF, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Doutor pela LMU-Munique.

[Ir para o índice](#)

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Jurisdição constitucional: aspectos institucionais e procedimentais; 3. O controle de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira; 4. A modulação de efeitos em matéria tributária; 5. Estudo de caso: análise “excepcional” interesse social nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal; 6. Proposições de critérios para a tomada de decisão de modulação de efeitos; 7. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com base nas diretrizes da Constituição de 1988, a sociedade brasileira integra um Estado Democrático de Direito cuja manutenção depende intrinsecamente da jurisdição constitucional. Garantir a aplicação normativa do conteúdo que é fundamento de validade superior de todo o ordenamento jurídico é uma condição de existência do Estado constitucionalmente formatado.

Tão essencial quanto o processo hermenêutico, que continuamente se renova para adequadamente identificar o significado da Constituição, estão os limites ao exercício da jurisdição constitucional. Um dos fundamentos para a imposição de tais limites se encontra na constatação de que não é possível desvincular os aspectos políticos-estatais da ordem jurídica no plano constitucional, ou seja, é fato que os diferentes paradigmas que marcam a sociedade ao longo do tempo refletem na Leitura constitucional.

No Brasil, essa engrenagem recebeu atenção acentuada nas últimas décadas, especialmente em razão das constantes denúncias de desenvolvimento tardio e simulacro de Estado Social, o que revelou a distância



entre a realidade da sociedade e o texto constitucional, indicando razões para compreender sua ineficácia¹, Como resultado, assistiu-se ao crescente protagonismo do Poder Judiciário, constantemente demandado para preencher as lacunas apontadas².

Nesse contexto de significativa repercussão da atuação do Poder Judiciário, este trabalho tem como objetivo analisar o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal a um dos requisitos para a aplicação do instituto da modulação de efeitos: o “excepcional” interesse público.

Após breve síntese da jurisdição constitucional e sucinta apresentação do sistema de controle de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, o artigo reserva um item específico que trata da modulação em matéria tributária, evidenciando as principais peculiaridades que tocam essa área e os riscos específicos da utilização da modulação de efeitos.

Por fim, analisa-se um conjunto de julgados obtidos por meio de pesquisa livre no *site* do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os métodos de busca especificados. O trabalho apontou uma deficiência argumentativa que consiste na ausência de cotejo entre o fato e a norma, limitando-se à reprodução do dispositivo legal para fundamentar a aplicação da modulação.

1 Nota do Autor: Para aprofundamento do tema, conferir L. LUIZ STRECK. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

2 Nota do Autor: Para a compreensão do referido protagonismo, recomenda-se a leitura inicial de L. ROBERTO BARROSO. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista [Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, pp.23-32.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS INSTITUCIONAIS E PROCEDIMENTAIS

Na tarefa de organizar uma coleção de palavras ou outras unidades lexicais de um ramo do saber humano e lhes atribuir um significado, a “jurisdição” é constantemente dividida para respeitar os diferentes contextos em que pode ser colocada. Assim, por exemplo, do latim *iurisdictio*, a jurisdição informa a “competência que o Estado assume para o exercício de sua finalidade e soberania”³. De tal, advêm os cognatos – jurisdicionar, jurisdicionado – para identificar o ato de submeter ou estar submetido à referida competência.

Se for possível afastar o significado político e restringi-lo ao mundo jurídico, ter-se-á a “atividade precípua do Poder Judiciário, com a finalidade de ‘dizer o direito’, na solução dos conflitos de interesses, pelos meios previstos em Lei”⁴. Nessa altura, a doutrina já considera a necessidade de alargar o conceito de lide como conflito de interesses privados, tendo em vista a existência de conflitos de interesses públicos⁵⁶. A finalidade de eliminar a lide é um elemento crucial à definição da jurisdição, pois a distingue de outros atos produzidos por órgãos do Estado.

Conforme explica Atos Gusmão CARNEIRO⁷, o ato ou processo jurisdicional qualifica-se pela atuação de um terceiro imparcial dotado de competência, isto é, investido na função de conduzir tais atos. Além disso, trata-se

3 J. MARIA OTHON SIDOU et. al. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 349.

4 J. MARIA OTHON SIDOU, cit. 240.

5 A. GUSMÃO CARNEIRO. *Jurisdição e competência*: exposição didática: área do direito processual civil. 18.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

6 Nota do Autor: Gusmão Carneiro expõe o itinerário percorrido pela doutrina até o reconhecimento de tal amplitude, concluindo que o conceito de lide é inseparável da jurisdição. Cfr. A. GUSMÃO CARNEIRO, cit. 242.

7 A. GUSMÃO CARNEIRO, cit. 242.



de atividade coativa, eis que a mera declaração da Lei – assim compreendida como um parecer de juízo lógico – não é exercício de jurisdição, como também não é a aplicação da Lei em sua manifestação espontânea⁸.

Ao adjetivá-la, a aplicação do Direito passa a ser direcionada a determinado ramo. Assim, portanto, a jurisdição constitucional também se constitui na defesa da própria Constituição. Sob o prisma político-institucional, Luís Roberto Barroso⁹ reconhece dois tipos de atuação no desempenho da jurisdição constitucional: a contramajoritária e a representativa¹⁰.

Conforme explica, a primeira diz respeito ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, sejam eles emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. No cumprimento desse papel, levanta-se a discussão sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para invalidar atos dos demais Poderes, questão largamente explorada pela doutrina brasileira¹¹. A segunda, por sua vez, opera-se quando o Poder Judiciário materializa direitos fundamentais atendendo a demandas não realizadas pelos outros Poderes, o que revela em boa medida uma tensão entre a

8 Nota do Autor: Nessa oportunidade, CARNEIRO esclarece que, embora seja elemento da jurisdição, a coatividade não é dela privativa, pois a atividade administrativa do Estado possui instrumentos com o mesmo efeito, como se opera, a título de exemplo, em atos dotados de autoexecutoriedade para a manifestação do poder de polícia, cfr. A. GUSMÃO CARNEIRO, cit. 30.

9 L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 439.

10 L. ROBERTO BARROSO, cit. 246.

11 Nota do Autor: Veja-se, a título de exemplo, a preocupação exposta por Lenio Luiz Streck ao tratar do deslocamento do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional: “[...] a democracia corre perigo se a aplicação do direito pelos Tribunais (mormente os Constitucionais) é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial”. L. LUIZ STRECK. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 121.

vontade da maioria e os direitos fundamentais, eis que os últimos devem ser respeitados mesmo contra eventuais maiorias políticas¹².

Desse modo, a democracia constitucional não estaria circunscrita ao momento do voto, dependendo de um debate público contínuo. De acordo com BARROSO¹³, o produto dessas discussões serve diretamente ao Poder Judiciário. Em suas palavras, “a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais”¹⁴.

A nova concepção de constitucionalismo, exposta por Lênio Luiz STRECK¹⁵ é considerada aquela que une a ideia de Constituição enquanto norma fundamental de garantia, bem como diretiva fundamental, isto é, além da tutela da esfera individual de liberdade, a norma constitucional dirige-se aos poderes públicos e aos particulares condicionando-os para a adequada realização dos direitos sociais.

Assim, em que pese o inafastável reconhecimento de profundos debates acerca da legitimidade de atuação do Poder Judiciário, assume-se que a justiça constitucional é condição de existência do próprio Estado

12 Nota do Autor: Para ilustrar, faz-se o empréstimo de um exemplo apresentado por BARROSO de decisão em que o STF extraiu uma proibição de princípios constitucionais, pois seriam exigíveis Lei federal e estadual para a imposição da referida restrição: “[...] foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do poder Judiciário (nepotismo), proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo”, cfr. L. ROBERTO BARROSO. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, 2018, pp. 2171-2228.

13 L. ROBERTO BARROSO. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, 2018, pp. 2171-2228, p. 2205.

14 L. ROBERTO BARROSO, cit. 250, p. 2201.

15 L. LENIO STRECK. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



Democrático de Direito. Nesse sentido está direcionada a orientação de STRECK¹⁶, para quem o Estado Democrático de Direito instituiu um paradigma com base no qual houve alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições: “seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exsurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui a ação do Estado”¹⁷.

Sob o aspecto institucional, portanto, registra-se a escolha de uma entidade responsável por garantir a força normativa da Constituição, qual seja o Supremo Tribunal Federal¹⁸, a quem compete precipuamente a guarda da Constituição Federal, nos termos do artigo 102 do diploma. Pelo viés procedimental, a intenção didática é explicitar o fato de que o Estado democrático constitucionalmente erigido cria mecanismos capazes de preservar a

16 L. LENIO STRECK, cit. 252.

17 L. LENIO STRECK, cit. 252, p. 115.

18 Nota do Autor: Convém registrar que a simplicidade da resposta se coaduna com o objeto do presente trabalho, qual seja a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade no âmbito do Direito Tributário, realizada pelo STF. Não obstante, reconhece-se a complexidade temática que a questão provoca. Ao tentar responder a “quem deve garantir a supremacia constitucional”, Dimitri DIMOULIS oferece cinco respostas: o legislador, o Poder Executivo, o Poder Judiciário, a Corte Constitucional e “todos”. Explica que o legislador é o primeiro guardião da supremacia constitucional, pois a ele incumbe a tarefa de concretizar os programas constitucionais; que o Poder Executivo exerce um papel fiscalizador, podendo opor veto a Leis que considera inconstitucionais, e deixando de aplicá-las; que o Poder Judiciário decide definitivamente sobre controvérsias a respeito da interpretação do Direito e que, com isto, resolve as dúvidas sobre constitucionalidade normativa; que tal competência fora concentrada em uma Corte em uma de suas modalidades; e que, a rigor, a interpretação sistemática da Constituição demonstra que é competência comum das autoridades estatais zelar pela guarda da Constituição, cabendo, ainda, a todos os cidadãos o que o autor chama de vigilância cotidiana – embora o último seja reconhecidamente simbólico, cfr. D. DIMOULIS e S. LUNARDI. *Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

supremacia constitucional, compreendidos no âmbito do controle de constitucionalidade, conforme será explorado a seguir¹⁹.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal tem como função principal o exercício da jurisdição constitucional, a qual, conforme visto no item anterior, consiste na interpretação e aplicação da Constituição. Isso pode ser feito em ações diretas, isto é, objetivamente destinadas ao exame constitucional, ou em um processo subjetivo, dentro do qual se discute determinada relação jurídica cujo objeto depende da declaração de constitucionalidade²⁰.

Na doutrina constitucional, essa divisão didática esbarra em uma classificação cujo critério é o número de fiscais da constitucionalidade. No sistema dito difuso ou universal, a fiscalização é realizada por todos os órgãos judiciais. No sistema concentrado, por outro lado, quem decide sobre a constitucionalidade é a Suprema Corte. O sistema híbrido, como nominalmente se pode inferir, combina tais elementos²¹. Essa formatação mista é adotada pela maioria dos países, dentre eles o Brasil, e indica uma combinação sistêmica, ou seja, um funcionamento em paralelo e não uma fusão de características²².

19 D. DIMOULIS e S. LUNARDI. *Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 24-26.

20 L. ROBERTO BARROSO, cit. 246, p. 438.

21 D. DIMOULIS e S. LUNARDI, cit. 256, p. 81.

22 D. DIMOULIS e S. LUNARDI, cit. 256, p. 71.



Pelo método difuso, qualquer juiz ou tribunal estará legitimado para o controle da constitucionalidade cuja alegação é aferida incidentalmente, isto é, como causa de pedir. A pretensão buscada na relação subjetiva depende da resolução da questão – dita, por esse motivo, prejudicial. Trata-se de um controle concreto, porque viabiliza uma pretensão específica (subjetiva). Conforme explica Calil SIMÃO²³ (2015), a inconstitucionalidade, neste caso, “é arguida pelo titular do direito violado pela norma impugnada”²⁴.

É importante destacar que a norma declarada inconstitucional no controle difuso permanece aplicável aos demais casos, pois tal reconhecimento se restringe ao caso objeto daquele processo. A matéria explorada em controle difuso poderá ser levada à apreciação do STF com o manejo do recurso extraordinário, instrumento por meio do qual se faz a impugnação das decisões proferidas em instâncias inferiores nos casos constitucionalmente previstos²⁵. Sua função, conforme explica SIMÃO²⁶, é permitir que o mesmo órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade – o Supremo Tribunal Federal – dê a palavra final sobre qualquer interpretação que envolva a Constituição Federal, prestigiando, assim, a segurança jurídica²⁷.

De acordo com o mesmo autor, o controle concentrado, por seu turno, tem a única finalidade de proteger a ordem constitucional. Trata-se de um

23 C. SIMÃO. *Elementos do sistema de controle de constitucionalidade*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125.

24 C. SIMÃO, cit. 260.

25 Nota do Autor: Estão previstos no artigo 102, inciso III: “a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal; c) julgar válida Lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida Lei local contestada em face de Lei federal”.

26 C. SIMÃO, cit. 260, pp. 127-128.

27 C. SIMÃO, cit. 260, pp. 127-128.

processo objetivo, ou seja, desvinculado de interesses subjetivos²⁸. Não sendo possível aferir a legitimidade com base na relação substancial por ausência de interesse subjetivo, a legitimidade é estabelecida pela Lei de modo restritivo, ainda que se reconheça o interesse de todos os indivíduos na declaração de inconstitucionalidade de determinada norma²⁹.

Diferentemente do que ocorre no controle difuso, a decisão proferida no bojo do controle concentrado tem eficácia contra todos, permitindo a arguição de exceção de coisa julgada em análise de qualquer caso concreto, impedindo que a questão seja submetida a novo pronunciamento judicial, ainda que incidental³⁰.

Conforme explica Gilmar MENDES (2014)³¹, a competência originária do Supremo Tribunal Federal foi consideravelmente ampliada pela Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador³².

28 C. SIMÃO, cit. 260, p. 130.

29 Nota do Autor: No caso da ação declaratória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, por exemplo, o artigo 103 da CRFB/88 determina, em número fechado, aqueles que podem fazer a propositura: Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

30 Nota do Autor: Conforme explica C. SIMÃO, “no sistema brasileiro as decisões do controle de constitucionalidade vinculam não só todos os cidadãos, mas também os órgãos da Administração e do Poder Judiciário, cabendo, neste último caso, reclamação constitucional ao órgão controlador quando ocorrer o seu desrespeito” (C. SIMÃO, cit. 260, p. 134).

31 G. FERREIRA MENDES. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

32 G. FERREIRA MENDES, cit. 268.



O autor anota, contudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob os auspícios das Constituições de 1946, 1967 e 1969 já sinalizava avanços no que diz respeito à definição da natureza jurídica do processo de controle abstrato. Para a Corte, tal processo possuía natureza objetiva, sendo impulsionado pelo Procurador-Geral da República e com eficácia *erga omnes*³³.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se os seguintes instrumentos processuais do controle concentrado, ou seja, aquele em que a declaração de constitucionalidade ocorre como questão principal: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade – por ação ou omissão; (ii) Ação Declaratória de Constitucionalidade; (iii) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e (iv) Representação Interventiva.

4. A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999 – a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF – permite que a Corte Constitucional, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social³⁴. Também é possível decidir que a declaração só tenha eficácia a

33 G. FERREIRA MENDES, cit. 268, p. 108.

34 Nota do Autor: Na Lei n. 9.882, de 1999, que fixa o Processo de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, encontra-se a mesma autorização: Artigo 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, no Processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

partir do seu trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado. Eis a chamada modulação de efeitos³⁵.

No âmbito do controle difuso, também há possibilidade de modulação de efeitos, por força do artigo 927, parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil, o qual determina que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação de efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”³⁶. Embora não seja permissivo destinado especificamente ao controle de constitucionalidade, serve também a ele pela via incidental³⁷.

Admite-se que a modulação de efeitos no plano concentrado guarda razões mais amplas, como a destacada por Thereza Arruda ALVIM (2020),

35 Nota do Autor: Na redação original: “Artigo 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

36 Nota do Autor: É interessante notar que, mesmo antes do permissivo legal, o STF já admitia a possibilidade de modulação temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade. Veja-se trecho de decisão proferida em 2007: “A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade”, cfr. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Inconstitucionalidade 557.237AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 18/09/2007, DJ 26-10-2007.

37 Nota do Autor: Thereza Arruda explica que o dispositivo do CPC trouxe uma nova dimensão ao instituto da modulação, pois o insere em outro contexto, o da alteração jurisprudencial. Trata-se, para a autora, do reconhecimento, por parte do legislador, da carga normativa das decisões judiciais. Em suas palavras, “se, em alguma medida, decisões judiciais são normas jurídicas, espreado seus efeitos para além do caso concreto que decidem, devem-se reconhecer e estudar as consequências deste fenômeno. Dentre elas estão a necessidade de, sob certas condições, uniformizar, impor (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, modular seus efeitos”, cfr. T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM e T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM. Notas acerca da modulação do artigo 927, § 3.º, do CPC. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho, n.º 31, 2020, pp. 87-100, p. 91.



no sentido de “evitar impacto, decorrente de se apagar integralmente o passado”. É inegável que o dispositivo do Código de Processo Civil tem um objetivo mais estreito, bastando ver que a hipótese é unidirecional: alteração de jurisprudência determinante. Contudo, reconhece-se também o ponto de convergência, a segurança jurídica, com a qual a autora consente nos seguintes termos: “parece-nos que o fundamento último, da modulação, em ambas as hipóteses, é o mesmo: proteger a confiança”³⁸.

Antes de enveredar pelas especificidades do ramo tributário, cumpre perquirir as noções da natureza jurídica da decisão proferida em sede de controle concentrado, tendo em vista que a questão da eficácia é essencialmente um problema da teoria do Direito.

A regra é que as decisões tenham efeito *ex tunc*, ou seja, reconheçam a nulidade de Lei ou o ato normativo desde o seu nascedouro. Conforme explica STRECK, na declaração de uma inconstitucionalidade indica-se algo que sempre existiu:

[...] o efeito é o declaratório, e não constitutivo. Por isso, a Lei, se contrária à Constituição, é nula desde o nascedouro, sendo que qualquer efeito a ela reconhecido seria concebido como uma provisória ou parcial suspensão da Constituição³⁹.

Isso decorre da visão dominante, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade de uma Lei “desampara as situações constituídas sob

38 T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM e T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM. Notas acerca da modulação do artigo 927, § 3.º, do CPC. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho, n.º 31, 2020, pp. 87-100, p. 93.

39 L. LENIO STRECK, cit. 252, p. 803.

sua égide, tendo em vista a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos, sendo impossível invocar qualquer direito dela decorrente”⁴⁰. Diz-se, portanto, que a norma inconstitucional possuía até então apenas uma aparência normativa, devendo ser ignorados os seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal tradicionalmente seguiu esse modelo, pelo que se pode notar, a título exemplificativo, do trecho extraído do acórdão proferido na ADI 652, em 1992:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴¹.

Não obstante, passou-se a admitir a flexibilidade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade especialmente para evitar que ela fosse causadora de danos maiores do que aqueles decorrentes da não correção do ordenamento jurídico. Espera-se um benefício da adequação normativa, mas não se pode desconsiderar os efeitos de ordem fática decorrentes da norma que vigeu de fato por determinado período.

De acordo com Soraya Gasparetto LUNARDI⁴² (2009), em estudo sobre a influência de questões econômicas em decisões de controle de constitucionalidade, a técnica da modulação permite que o Tribunal Constitucional

40 CALIL SIMÃO, cit. 260, p. 38.

41 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 652. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 02/04/1992, DJ de 02/04/1993.

42 S. GASPARETTO LUNARDI. Modulação temporal dos efeitos no Processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. 2009, pp. 209-227, p. 4.



decida sem se deixar contaminar pelos inconvenientes do efeito retroativo em situações consolidadas. Evita, em tese, que ele deixe de declarar a inconstitucionalidade em razão de consequências indesejadas. Nas palavras da autora, a autorização normativa para a modulação de efeitos “abre mão do rigor teórico (nulidade ou anulabilidade) para não comprometer a unidade e estabilidade do sistema jurídico e social”⁴³.

Essa possibilidade confere destaque ao STF, que fica responsável por ponderar os efeitos de sua decisão concretizando as cláusulas abstratas insculpidas na Lei: segurança jurídica e interesse social. Em matéria tributária, o assunto é ainda mais sensível, pois, como sabiamente coloca Luís Eduardo SCHOUERI (2019), “[...] quando se confere à sociedade civil papel relevante na construção da liberdade coletiva, a segurança jurídica torna-se valor a ser buscado na construção de um sistema tributário ótimo”⁴⁴. Para tomar a decisão com acerto, os contribuintes necessariamente precisam estar cientes dos ônus envolvidos. Assim, a previsibilidade é tida como um instrumento de eficiência, diretamente relacionado à equidade – em seu valor de justiça – e à segurança jurídica. Faz-se indispensável a previsibilidade da atuação do Estado ao intervir no domínio econômico⁴⁵.

Convém destacar que o fundamento da modulação está na segurança jurídica, que justifica a manutenção dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. Trata-se de um conflito que ganha dupla dimensão no âmbito tributário, eis que a modulação operará

43 S. GASPARETTO LUNARDI, cit. 279.

44 L. EDUARDO SCHOUERI. *Direito tributário*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 51.

45 L. EDUARDO SCHOUERI, cit. 281, pp. 51-52.

efeitos em benefício do Estado ou do contribuinte. Assim, por exemplo, se houver acolhida das razões levantadas em favor do Estado com arrimo no interesse social – no caso de exigência de determinado tributo – para supostamente evitar danos ao erário público – estar-se-á, em tese, ferindo a segurança jurídica consagrada no Direito Tributário, conforme visto alhures. De outro modo, prestigiar a segurança jurídica da ordem tributária em favor do contribuinte pode significar prejuízo ao interesse social envolvido⁴⁶.

Para visualizar a relevância na seara tributária, basta observar, exemplificativamente, o limite do indébito tributário. Uma parte da doutrina⁴⁷ sustenta que assiste direito à repetição do indébito àquele que recolhe tributo atingido pela prescrição ou decadência. Tratar-se-ia de extinção do crédito tributário, por força do artigo 156, V, do Código Tributário Nacional,

46 Nota do Autor: Convém registrar a defesa de Antonio Alves Pereira Netto pela possibilidade da modulação de efeitos em desfavor do contribuinte, sob o fundamento do “excepcional interesse social”. Na contramão do que sustenta grande parte da doutrina nacional, o autor entende que não se restringe a aplicação da modulação em favor dos contribuintes, considerando a necessidade de sopesar a obrigação de pagar tributos, sem a qual não é possível a manutenção da máquina pública e a consequente garantia de direitos fundamentais. Para fundamentar sua defesa, o autor afirma que o excepcional interesse social deve ser interpretado como um condicionante cujo critério de aferição é a “satisfação de interesses sociais e coletivos que, em casos de alta excepcionalidade, podem ser representados inclusive pelo interesse na manutenção do aparato estatal”, cfr. A. ALVES PEREIRA NETTO. Modulação temporal de efeitos em matéria tributária em favor do estado: dificuldades e possibilidades. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, 2017, n. 5. vol. 5. p. 27.

47 Nota do Autor: Impõe-se registrar voz dissonante. Conforme expôs Carlos Renato Cunha em análise científica dos efeitos jurídicos da modulação, existe também a defesa pela possibilidade de renúncia à prescrição tributária, o que aproximaria o tratamento disciplinar do regime jurídico do campo privado, podendo concluir que a prescrição e a decadência seriam mera extinção do direito de ação do Fisco. Como exemplo, citou-se a lição de Artur César de Souza, para quem o pagamento de dívida prescrita por parte do contribuinte sequer precisa estar prevista no Código Tributário Nacional, porquanto se trataria de ato abdicativo, cfr. C. RENATO CUNHA. Súmula vinculante n. 08 e a modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: efeitos em relação à repetição de indébito tributário. *Revista Argumentum UNIMAR*. Vol. 11, 2010, p. 44.



e não mera extinção do direito de ação do Fisco⁴⁸. Nessa ordem de ideias, o limite ao indébito tributário estaria definido pelo artigo 168, CTN, o qual dispõe que o “direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos”, contados nos termos de seus incisos.

Para Carlos Renato CUNHA⁴⁹, o prazo será aplicado mesmo nos casos em que houver a declaração de inconstitucionalidade da norma de incidência tributária que fundamentou o pagamento, isto é, o indébito só será repetido dentro do prazo legal, ainda que a norma de incidência tributária tenha sido declarada inconstitucional. Conforme explica, o fundamento teórico da imposição de limites à retirada dos efeitos jurídicos decorrentes da norma de incidência tributária declarada inconstitucional reside na segurança jurídica, uma vez que se está diante de uma situação já estabilizada por limite material, tal como aquela coberta sob o manto da coisa julgada⁵⁰.

Contudo, o próprio autor reconhece que esse não tem sido o entendimento do STF, STJ e do ora Conselho de Contribuintes Federal, os quais se apoiam na tese da nulidade da Lei inconstitucional. O prazo começaria a contar, portanto, da publicação da decisão de inconstitucionalidade da Lei.

48 Nota do Autor: Veja-se doutrina de EURICO SANTI: “[...] seja pela decadência, seja pela prescrição – extinto o crédito – assiste ao contribuinte o direito à repetição do indébito tributário. 431 O regime de direito público impede o fisco de se apropriar de recursos dos particulares sem supedâneo em direito subjetivo devidamente fundamentado pelo ordenamento legal. “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”: 432 sem norma, não há direito subjetivo do fisco, cfr. E. MARCOS DE SANTI. *Laçamento Tributário*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

49 C. RENATO CUNHA. Súmula vinculante n. 08 e a modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: efeitos em relação à repetição de indébito tributário. *Revista Argumentum UNIMAR*. Vol. 11, 2010, pp. 44-45.

50 C. RENATO CUNHA, cit. 286.

Com isso, pretende-se demonstrar como a modulação de efeitos é conflituosa na seara tributária. Se, na hipótese sugerida, houver declaração de inconstitucionalidade da norma tributária com determinação de efeitos prospectivos, impedindo a repetição do indébito, o administrado seria surpreendido por repentina prescrição de seu direito, o que iria de encontro à própria segurança jurídica que outrora fundamentou a modulação.

Os desdobramentos são de várias ordens, das quais se pode destacar a preocupação com o estímulo à falta de cuidado constitucional na produção legislativa ou na atividade executiva, até o possível movimento proposital por parte dos Poderes, fiando-se na modulação a ser promovida pelo Poder Judiciário⁵¹. São inquietações provocadas pelos riscos que advêm da banalização do instrumento da modulação de efeitos.

Assume-se a evidente utilidade promovida pelo referido instrumento ao controle de constitucionalidade, porquanto se afigura uma possibilidade de admitir os efeitos da norma inconstitucional no mundo fenomênico. Contudo, é inequívoco que a Suprema Corte é colocada em uma

51 Nota do Autor: Vários trabalhos acadêmicos denunciam tal preocupação. A título de exemplo, extrai-se trecho da tese de ANTÔNIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA: “[...] a tese da prospecção trata de eliminar o receio da Corte (self-restraint) em declarar uma norma inconstitucional, dando a ela instrumentos para lidar com os consectários da sua decisão, apesar dos riscos de banalizações que daí possam surgir, caso a técnica comece a ser aplicada fora do âmbito de sua excepcionalidade (i.e., essa banalização poderia dar azo à edição de Leis sabidamente inconstitucionais pelo Poder Público na esperança de que elas venham a ser convalidadas pelo Judiciário)”, cfr. A. DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA. *Modulação dos efeitos das decisões no Processo civil*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013. p. 35. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28082015-082859/publico/TeseCompleto_AntoniodePaduaSoubhieNogueira.pdf>.



sensível⁵² circunstância de moderar a eficácia normativa, amparada em dois requisitos cujos conceitos são abstratos – segurança jurídica e excepcional interesse social – sendo que, no âmbito tributário, ainda há um delicado conflito estabelecido pela segurança jurídica própria da atividade estatal que intervém no domínio econômico.

Desta feita, cumpre analisar como o Supremo Tribunal Federal tem preenchido os conceitos abertos que figuram como requisitos para a modulação de efeitos. Pretende-se examinar quais critérios são utilizados para aferir a configuração do (excepcional) interesse social de que trata o artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 1999 (controle concentrado), bem como do artigo 927, parágrafo 3.º, do CPC- Lei 13.105 de 16 de março de dois mil e quinze- (controle difuso).

Poder-se-ia sustentar o descabimento da análise no caso da modulação de efeitos autorizada pelo CPC, em virtude da específica previsão hipotética, qual seja a alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores. Nesse sentido, ao verificar objetivamente a ocorrência da hipótese, ter-se-ia invariavelmente a **modulação dos** efeitos. O raciocínio, contudo, não é acertado. Embora o dispositivo

52 Nota do Autor: Verifica-se que os riscos são potencializados pelas limitações da construção argumentativa nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, cujos dados podem ser consultados no estudo sobre o consequentialismo judicial elaborado por FERNANDO LEAL e DANIELA GUEIROS DIAS. Os autores indicam a incapacidade dos julgadores processarem todas as variáveis inter-relacionais, reduzindo a análise e a produção argumentativa a uma única consequência. Em conclusão, o trabalho desenvolvido aponta dois principais problemas que envolvem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de Direito Tributário: (i) limitação da argumentação com os efeitos práticos da decisão proferida; e (ii) a falta de acompanhamento dos juízos de prognose, o que impede a verificação de sua ocorrência, cfr. F. LEAL e D. GUEIROS DIAS. Consequentialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 7, n. 3, 2018, pp. 818-843, p. 839.

traga uma hipótese específica de aplicação, diferentemente do que ocorre com o artigo 27 da Lei n.º 9.868, cuja redação estabelece uma autorização para a modulação diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o fundamento da norma é igualmente a segurança jurídica e o interesse social. Sua vinculação com a circunstância de alteração da jurisprudência dominante não dispensa o cotejo com os elementos fáticos e, conseqüentemente, o esforço hermenêutico em preencher o conteúdo normativo dos conceitos legais para a sua adequada aplicação.

Por fim, cumpre registrar que já existe advertência doutrinária à precariedade da construção argumentativa para a eleição de critérios seguros à aplicação do instituto e capazes de conferir unidade ao sistema jurídico. Cita-se, a título de exemplo, recente manifestação de Thereza Arruda ALVIM, a respeito da aplicação do artigo 927, § 3.º, CPC: “Os critérios de que se têm valido os tribunais para modular os efeitos de suas decisões, quando estas alteram precedentes vinculantes ou os rumos da jurisprudência já pacificada, são vários e muito raramente são referidos expressamente”⁵³.

Com isso, passa-se ao exame dos julgamentos colhidos durante a pesquisa para atender ao objeto deste trabalho.

5. ESTUDOS DE CASO: ANÁLISE DO “EXCEPCIONAL” INTERESSE SOCIAL NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese o reconhecimento de que a Lei n.º 9.868 de 10 de Novembro de 1999, cujo artigo 27 confere ao STF a possibilidade de modu-

53 T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM e T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM, cit. 275, p. 95.



lar efeitos da decisão em ADI, tenha entrado em vigência em novembro de 1999, optou-se por não restringir temporalmente a pesquisa⁵⁴, uma vez que o objetivo não era a análise integral de todos os julgamentos proferidos, mas apenas o exame de julgamentos que, sem circunstâncias especiais capazes de distingui-los, pudessem representar o tratamento conferido pela Suprema Corte ao instrumento da modulação sob o fundamento do excepcional interesse social⁵⁵. Nas ações de controle concentrado, as decisões monocráticas são desprezadas, pois a modulação de efeitos exige um quórum qualificado – dois terços dos membros.

No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, objetivou-se buscar resultados a partir da expressão “modulação e excepcional interesse social e (tributário ou tributação)”⁵⁶. Foram apontados 5 (cinco) acórdãos encontrados⁵⁷. Se a expressão de busca for sem conectivos condicionantes (modulação tributário interesse social), a pesquisa resulta em 27 acórdãos, dentre os quais foram repetidos 4 da busca anterior. Por fim, a pesquisa pela expressão “modulação tributária” vinculada ao controle concentrado em “tipo de tese” resulta em dois acórdãos, que serão analisados ao longo deste item⁵⁸.

54 Nota do Autor: A mesma observação do desprezo com o rigor temporal pode ser feita com relação à Lei n. 9.882/1999, que dispõe sobre o procedimento da ADPF.

55 Nota do Autor: Faz-se a mesma observação a respeito do Código de Processo Civil de 2015, com vigência a partir de março de 2016.

56 Nota do Autor: Os conectivos garantem que todas as palavras aparecerão em algum lugar do documento. O conectivo “ou”, especificamente, permite a busca por qualquer uma das palavras entre os parênteses.

57 Nota do Autor: Cfr. RE-AgR 867677/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em: 06/10/2017, Primeira Turma; RE-AgR 845766/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em: 05/04/2016, Segunda Turma; ADI 2669/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 05/02/2014, Tribunal Pleno; RE-AgR 535085/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em: 09/04/2013, Segunda Turma; RE 370682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em: 25/06/2007, Tribunal Pleno.

58 Nota do Autor: Cfr. ADI 4705/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 03/10/2019, Tribunal Pleno; ADPF 190/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em: 29/09/2016, Tribunal Pleno.

Em alguns acórdãos, é possível aferir um rigor com a concretude da matéria levada à apreciação da Corte para a determinação da modulação de efeitos. Isso, porque se somam negativas por ausência de prova capaz de demonstrar o caráter imperioso da modulação.

No RE 867677 AgR/SC, por exemplo, a Primeira Turma negou provimento ao agravo interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão que negou provimento ao recurso extraordinário, em processo no qual fora declarada inconstitucional uma Lei estadual que previa determinada incidência tributária. Mantiveram-se os efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade da exação sob a justificativa de que o recorrente não havia trazido dado concreto para demonstrar a necessidade de modificação da decisão recorrida.

Não se pode perder de vista certa prejudicialidade no exame da modulação realizada pelo Supremo pela via incidental, pois em alguns casos irão esbarrar na impossibilidade de análise por necessidade de reexame dos fatos e das provas, tarefa vedada ao STF por força da Súmula n.º 279. A título de exemplo, confira-se o trecho da decisão no RE 8457766 AgR/SC: “Ainda que se parta da premissa de que é cabível a modulação de efeitos de julgado em caso de mudança de interpretação de Lei federal, não se mostra possível sua análise em sede de recurso extraordinário”. E justifica a negativa: “para acolher a tese de que a alteração jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça teria efeitos deletérios na vida dos municípios brasileiros (no dizer do recorrente ‘falência’), de modo a caracterizar o excepcional interesse social e a eventual afronta à segurança jurídica, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório da causa”.



No RE 643247 ED/SP⁵⁹, cuja ação de origem havia questionado a introdução, por Município, de taxa para a prevenção e o combate a incêndio, a norma fora declarada inconstitucional com eficácia prospectiva. O Relator, Ministro Marco Aurélio, admitiu que a adoção da modulação de forma imoderada implica flexibilizar a Constituição, desnaturando sua característica de documento rígido. Pontuou, inclusive, o estímulo à figura da inconstitucionalidade útil, em que os governantes e os legisladores não receiam em editar atos normativos inconstitucionais, fiando-se na futura modulação dos efeitos. Não obstante, entendeu que o caso em questão merecia a modulação para “consagrar a boa-fé e a confiança no Estado-juiz”. O Ministro justificou o voto no fato de que tradicionalmente a jurisprudência reconhecia a validade da taxa de prevenção e combate a incêndio instituída por Município.

Nota-se, com isto, que a mudança de entendimento substancial atrai a aplicação dos dispositivos que permitem a modulação de efeitos – neste caso, a norma contida no Código de Processo Civil (artigo 927, parágrafo 3.º), pois se trata de controle difuso. Contudo, não foi possível constatar a fundamentação jurídica de subsunção do caso da alteração da jurisprudência consolidada com o interesse social, tampouco o esboço do seu conteúdo normativo. Mesmo que o termo excepcional interesse social seja reproduzido no acórdão e, inclusive, na ementa⁶⁰, nas três

59 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário RE 643247 ED/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 12/06/2019, Tribunal Pleno, DJ 28/06/2019.

60 Nota do Autor: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – TRIBUTÁRIO – EFICÁCIA PROSPECTIVA – ADEQUAÇÃO. Conquanto se imponha parcimônia no manejo do instituto da modulação de efeitos de decisões, a alteração de jurisprudência consolidada há quase duas décadas justifica a eficácia prospectiva do novo pronunciamento, em atenção à segurança jurídica e ao **interesse social**, nos termos do artigo 927, § 3.º, do Código de Processo Civil. (grifo nosso), cfr. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cit. 296.

vezes em que a expressão “interesse social” foi citada no inteiro teor do acórdão, cuidou-se apenas de reproduzir texto de dispositivo legal.

O próprio Ministro Relator, em seu voto, registrou que o dispositivo do CPC admite, “no caso de alteração de jurisprudência dominante do Supremo, a modulação dos efeitos do seu pronunciamento, **desde que** fundada no interesse social e na da segurança jurídica” (ênfase acrescida). O raciocínio – acertado – é o de que os fundamentos devem estar presentes no caso concreto sob apreciação, e não o inverso, sugerindo que o legislador tenha vinculado de forma automática à hipótese de alteração de jurisprudência dominante. Há que se demonstrar a configuração do interesse social e a afronta à segurança jurídica.

Na pesquisa vinculada ao controle concentrado, analisou-se primeiro a ADI 4705, oportunidade na qual fora fixada a tese de que “é inconstitucional Lei estadual anterior à EC n.º 87 de dezesseis de abril de dois mil e quinze que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de venda de mercadoria ou bem realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto”⁶¹. Como havia sido concedida medida cautelar *ex tunc* alguns dias após a entrada em vigor da Lei questionada na ação, a norma impugnada não teve oportunidade de produzir efeitos, o que levou a Corte à conclusão de que não se mostrava necessária a modulação de efeitos da decisão proferida.

No segundo caso, cuidou-se da ADPF 190/SP⁶², ocasião em que se fixou a tese de que “é inconstitucional Lei municipal que veicule exclusão

61 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4705/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em: 03/10/2019, Tribunal Pleno.

62 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 190/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em: 29/09/2016, Tribunal Pleno.



de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em Lei complementar nacional [...]”. Houve modulação prospectiva dos efeitos temporais de tal declaração, contando-se da data do deferimento da medida cautelar, em 2015.

Na proposta de modulação elaborada pelo Relator, Ministro Edson Fachin, para fixar eficácia prospectiva a partir da concessão da medida liminar, foi citado o princípio da segurança jurídica. Desde a liminar, os municípios já estariam cobrando a mais, eis que a decisão foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade da redução da carga tributária. Trata-se de modulação em favor dos contribuintes, pois sua ausência propiciaria eventual cobrança não realizada até a concessão da liminar. A análise restringiu-se ao prestígio da segurança jurídica, sem abordar o excepcional interesse social.

Cumprindo ainda mencionar o RE 574.706/PR, que trata da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins, tendo em vista a grande repercussão social e a aguardada decisão sobre a modulação dos efeitos requerida pela União em embargos de declaração, sob o argumento, entre outros, de que haverá impacto financeiro e orçamentário. Em 2017, por maioria de votos, o STF deu provimento ao recurso extraordinário fixando a seguinte tese: “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Em oportunidade de manifestação, a PGR sustentou a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição que pudesse justificar a reabertura da discussão. Contudo, indicou concordância com a suposta necessidade de modulação dos efeitos do julgado. Assim, opinando pelo parcial provimento dos embargos, a PGR reiterou o impacto orçamentário e indicou a primazia do equilíbrio orçamentário-financeiro do Estado. Não foi destinado qualquer espaço para tratar do interesse social.

[Ir para o índice](#)

Neste caso, embora possa ser uma oportunidade para o STF tecer argumentação baseada no interesse social para a acolhida do pleito de modulação, trata-se de controle difuso e, portanto, submetido à regra prevista no artigo 927, § 3.º do CPC/15. Desse modo, ainda que o interesse social fosse estampado, o caso deveria representar uma alteração de jurisprudência dominante⁶³.

Além das pesquisas e análises apontadas, encontram-se votos mais aprofundados, cujo conteúdo oferece subsídio para a eleição de critérios capazes de orientar a tomada de decisão, os quais serão desenvolvidos no item seguinte.

6 PROPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A TOMADA DE DECISÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Conforme demonstrado, a modulação de efeitos com fulcro no (excepcional) interesse social revela um paradoxo na seara tributária: trata-se de conteúdo argumentativo que serve ao Estado ao mesmo tempo em que pode ser aplicada em benefício do contribuinte. Daí a importância da análise casuística para dar forma à expressão aberta escolhida pelo legislador.

63 Nota do Autor: Em regaste do histórico da legislação e da jurisprudência relativas ao tema a Rel.^a Min.^a Carmén Lúcia, citou Julgamento: que o STF concluiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, cujo acórdão foi assim ementado: “TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento”, cfr. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário RE 240785, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 16/12/2014.



Nessa toada, sem a pretensão de propor um conceito que sirva para a aplicação irrestrita de todos os casos levados à apreciação do Poder Judiciário, cumpre sugerir questões interrogativas que, se levantadas durante a análise do caso, podem oferecer um método à decisão, prestigiando a racionalidade e afastando os riscos de arbitrariedade.

Busca-se, em primeiro lugar, responder à seguinte questão: há fundamento válido para a modulação de efeitos? Observar-se-á, no caso concreto, se existe uma base fática capaz de atingir o (excepcional) interesse social. Assim, por exemplo, frente à alegação de que haverá um prejuízo ao erário público, a análise judicial deverá recair sobre o arcabouço probatório. É indispensável que o alegado dano seja efetivamente demonstrado, prova que pode ser lastreada, por exemplo, em notas técnicas com projeções correspondentes ao cenário estabelecido a partir da decisão.

Em um segundo momento, a análise judicial deverá tentar responder se o conjunto fático apresentado realmente aponta um dano com relevante impacto social. Neste caso, a questão não se detém ao erário, eis que a análise se estende para os efeitos que pesam sobre o interesse social.

Na doutrina administrativista clássica, denomina-se interesse público primário quando o Estado atua verdadeiramente no interesse da coletividade, e interesse público secundário quando age no interesse da própria Administração⁶⁴. A preservação do erário, pura e simplesmente, encaixa-se no segundo. Para a modulação de efeitos de uma decisão, contudo, é necessário que esse fundamento atinja o interesse social, transformando-se em medida que prestigia o interesse público primário.

64 C. ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. 32.ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 65-67.

Por fim, deve-se questionar se a resposta obtida com as perguntas anteriores aponta para uma modulação de efeitos que ofenderá a segurança jurídica. Em outros termos, se a restrição da eficácia temporal da norma declarada inconstitucional – efetivamente apoiada no (excepcional) interesse social – configura um agravo à segurança jurídica. O interesse social, acompanhado ou não do adjetivo, não é fundamento suficiente para desprezar a estabilidade das relações jurídicas (aspecto objetivo) ou a proteção à confiança (aspecto subjetivo)⁶⁵, porquanto estar-se-ia agindo contrariamente ao próprio interesse social e alcançando um resultado conflituoso. Em outras palavras, a modulação ofenderia o interesse social no qual fora subsidiada. Ademais, o próprio texto legal elege como fundamento para a modulação de efeitos da decisão – ao lado do interesse social pelo conectivo “ou” – a segurança jurídica. Seria no mínimo irrazoável que o fundamento da medida tomada anulasse o fundamento alternativo.

Ainda que as questões não ofereçam um conceito fixo do (excepcional) interesse social, permitem superar a contradição causada pela dupla face desse fundamento no âmbito tributário. Dito em outros termos,

65 Nota do Autor: HUMBERTO ÁVILA explicita as dimensões da segurança jurídica: “uma, objetiva, concernente a qualidades que o Direito como tal deve possuir; outra, subjetiva, referente à eficácia concreta e objetiva que aquele deve experimentar. A dimensão objetiva da segurança jurídica demanda estabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, cuja restrição requer, por parte de quem a alega, a demonstração de que uma determinada regra, ato ou decisão causará, sob o ponto de vista da maioria das pessoas e de acordo com critérios médios de racionalidade, forte abalo na própria credibilidade regular do Direito como instituição. É o caso, por exemplo, de uma decisão judicial que, modificando orientação jurisprudencial consolidada anterior, atinja um sem-número de cidadãos que confiaram na orientação abandonada, causando uma desconfiança geral e abstrata da comunidade jurídica no Poder Judiciário e no Direito como instituições sociais. [...] A dimensão subjetiva da segurança jurídica demanda intangibilidade de situações subjetivas, cuja restrição requer a demonstração de que alguém, confiando em determinada regra, ato ou decisão, exerceu concretamente atos de disposição dos seus direitos de liberdade e de propriedade”. H. ÁVILA. *Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 139.



avançar sobre a real necessidade de modulação de efeitos subsidiada pelo (excepcional) interesse social, certificando-se de que o prejuízo alegado pelo Estado ultrapassa o interesse da Administração, afasta o conflito que nasce da possibilidade de usar o mesmo fundamento para não modular os efeitos em contrariedade aos interesses do contribuinte.

Veja-se, a título de exemplo, o deslinde dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 559.937⁶⁶. A União formulou pedido de modulação de efeitos da decisão em que se declarou a inconstitucionalidade de parte do inciso I do artigo 7.º, da Lei 10.865 de trinta de abril de dois mil e quatro, na qual se definia a base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre a importação. A pretensão foi fundamentada (i) no princípio da segurança jurídica, invocando recentes práticas do Tribunal e (ii) na relevância e excepcionalidade do interesse social, considerando os valores econômicos “empolgados”. Para a comprovação do argumento, a Embargante juntou nota técnica da Receita Federal demonstrando a estimativa de impacto negativo na ordem de R\$ 14,29 bilhões de reais, caso a modulação não fosse concedida.

Em seu voto, o Relator, Ministro Dias Toffoli, pontuou que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é uma medida extrema, que se justificaria apenas diante de “gravíssimo risco irreversível à ordem social”. Entendendo que as razões recursais não continham qualquer indicação concreta, nem específica, do risco, concluiu que a mera alegação de perda de arrecadação não seria suficiente para comprovar a presença do **excepcional** interesse social (grifo do autor).

66 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário RE 559.937/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento: 17/09/2014, Dje 14/10/2014.

Trata-se de exemplo da materialização das duas primeiras questões apresentadas neste trabalho. Primeiro, houve apresentação do conjunto fático que fundamenta a pretensão da modulação. Como se viu, restou demonstrado efetivamente o prejuízo previsto. À segunda questão, contudo, não se respondeu afirmativamente, isto é, não se considerou que a perda de arrecadação fosse prejuízo bastante para afetar o interesse social. O prejuízo estaria circunscrito ao interesse da Administração.

Essa segmentação de interesses fica bastante clara em um trecho do voto da Ministra Carmén Lúcia, no bojo do RE n.º 363.852/MG⁶⁷: “a não ser em situações excepcionálísimas, em que a execução do que nós decidimos gere mais problemas sociais, que realmente poderiam ensejar uma prática dessa natureza em caráter excepcionálíssimo, nós temos que manter até o que é pedagógico para os órgãos do Estado”. Na afirmação, é perceptível a necessidade de ultrapassar o prejuízo econômico ou financeiro, exigindo-se um impacto social para a modulação.

Uma análise inversa pode ser feita no caso do RE n.º 556.664, em que houve modulação parcial dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional os artigos 45 e 46, da Lei n.º 8.212 de vinte e quatro de julho de mil novecentos e noventa e um, e o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 1.569 de oito de agosto de mil novecentos e setenta e sete que tratavam da prescrição e decadência dos créditos da Seguridade Social, tendo em vista que a matéria é reservada à Lei complementar. Assim, o Fisco estava impedido de exigir contribuições da seguridade social fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no Código Tributário Nacional. Entretanto, os valores já recolhidos

67 Nota do Autor: O referido Processo não foi analisado integralmente, pois os autos são físicos. O trecho citado foi extraído do voto do Min. Dias Toffoli nos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário RE 559.937/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento: 17/09/2014, DJe 14/10/2014.



nessas condições, administrativa ou judicialmente, não seriam devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do julgamento.

Na oportunidade do julgamento, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, trouxe à baila a “repercussão e a insegurança jurídica da hipótese”. O Ministro Marco Aurélio, vencido, assinalou uma circunstância temporal com impacto no fundamento da segurança jurídica. Lembrou que a Corte já havia assentado que o alcance da disciplina da prescrição e decadência fazia-se impreterivelmente por meio de Lei complementar, o que afastaria a surpresa de quem quer que fosse – principalmente do Estado.

Percebe-se que, diferentemente do caso anteposto, não houve debate anterior a respeito do impacto social da modulação de efeitos e da real necessidade de evitar o prejuízo que seria causado pela demanda de repetição de indébito, o que enfraquece o caráter imparcial da decisão, pois não se evidenciou requisito suficiente à aplicação do instituto.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, pretendeu-se analisar o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal ao “excepcional” interesse social, como requisito para a modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária.

Apresentou-se a forma híbrida de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, dispensando a eleição de uma espécie de controle – difuso ou concentrado – como recorte temático, tendo em vista que ambas as hipóteses contam com respaldo legal para a limitação de efeitos temporais.

[Ir para o índice](#)

Na declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, a modulação de efeitos acaba sendo autorizada pelo artigo 927, § 3.º, CPC, que permite seu uso na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, no “interesse social e no da segurança jurídica”. Na via concentrada, por outro lado, a autorização para a modulação de efeitos decorre da previsão específica na Lei que dispõe sobre o procedimento da ação típica.

Embora estejam sob o arrimo dos mesmos pilares – segurança jurídica e interesse social – nota-se clara diferença na redação dos dispositivos autorizadores, porque, no âmbito do controle concentrado, a redação da norma (i) não restringe à hipótese de mudança jurisprudencial, e (ii) não impõe cumulatividade dos requisitos, eis que a partícula entre um e outro é a conjunção alternativa “ou”, e não “e”⁶⁸.

Reconhecendo a afinidade de fundamentos com as respectivas nuances, contextualizou-se a modulação de efeitos na seara tributária, evidenciando sua peculiar recepção, em razão da suscetibilidade ao paradoxo da segurança jurídica. Viu-se, exemplificativamente, que a segurança jurídica enquanto fundamento de validade da modulação de efeitos pode conflitar com a segurança jurídica como princípio do Direito Tributário, cujo escopo é limitar a interferência estatal.

Ato contínuo, buscou-se no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os critérios descritos ao longo do trabalho, elen-

68 Nota do Autor: Repisa-se a redação do dispositivo da Lei n. 9.882 (ADPF): “Artigo 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, no Processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica **ou** de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (ênfase acrescida).



car decisões que pudessem revelar o tratamento da Suprema Corte a um dos requisitos para a alteração dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: o interesse social.

Constatou-se que a expressão é citada apenas na reprodução dos dispositivos legais, com pouca ou nenhuma adequação ao caso sob apreciação. A segurança jurídica é invocada com maior frequência e profundidade. Embora no controle concentrado a segurança jurídica e o interesse social sejam requisitos alternativos, verificou-se a mesma lacuna na análise de casos julgados pela via incidental.

Ademais, mesmo no caso da alternatividade, é possível constatar a lacuna, eis que a compreensão global da norma demanda uma análise integral do dispositivo, até para excluir a modulação em apreço da hipótese legal de “interesse social”. Conclui-se, portanto, com base na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal aqui indicadas, que há certa carência de elementos ou critérios para definir, de forma segura, o significado do termo previsto em Lei.

Diante disso, foram apresentadas três questões interrogativas cuja aplicação oferece um tratamento metódico à análise do caso. O julgador questionaria, inicialmente, se há fundamento válido e corroborado por uma carga probatória para a modulação de efeitos; depois, se o conjunto fático apresentado realmente aponta um dano com relevante impacto social, isto é, se ultrapassa o interesse da Administração; e, por fim, se a modulação levada a efeito pela resposta afirmativa às duas questões anteriores não afronta a segurança jurídica como princípio do Direito Tributário, ou seja, como limitação à interferência estatal.



REFERÊNCIAS

A. GUSMÃO CARNEIRO. *Jurisdição e competência*: exposição didática: área do direito processual civil. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 190/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em: 29/09/2016, Tribunal Pleno.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 652. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 02/04/1992, DJ de 02/04/1993.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4705/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em: 03/10/2019, Tribunal Pleno.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário RE 559.937/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento: 17/09/2014, DJe 14/10/2014.

C. ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros.

C. RENATO CUNHA. Súmula vinculante n. 08 e a modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: efeitos em relação à repetição de indébito tributário. *Revista Argumentum UNIMAR*. Vol. 11, 2010, pp. 44-45.

D. DIMOULIS e S. LUNARDI. *Curso de Processo constitucional*: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Ir para o índice



G. FERREIRA MENDES. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

J. MARIA OTHON SIDOU et. al. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

L. EDUARDO SCHOUERI. *Direito tributário*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

L. LENIO STRECK. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

L. ROBERTO BARROSO. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, 2018, pp. 2171-2228, p. 2205.

L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

S. GASPARETTO LUNARDI. Modulação temporal dos efeitos no Processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. 2009, pp. 209-227, p. 4.

T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM e T. CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM. Notas acerca da modulação do artigo 927, § 3.º, do CPC. ***Argumenta Journal Law***. Jacarezinho, n.º 31, 2020, pp. 87-100.

O conceito de constituição na carta Brasileira de 1824

The concept of constitution in the Brazilian charter of 1824

LUIS HENRIQUE BRAGA MADALENA¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A história dos conceitos de Reinhart Koselleck; 3. O conceito de Constituição no contexto da Constituição brasileira de 1824; 4. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos anos que seguiram a promulgação da Constituição Federal de 1988, viu-se uma exponencial mudança no papel tradicionalmente ocupa-

¹ Coordenador Geral da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.



do pelo documento na cultura jurídica brasileira, passando, gradativamente, à posição que atualmente ocupa, de pedra angular do sistema jurídico.

Diante de tal constatação, surgiu a dúvida: qual seria o conceito de Constituição à época da primeira Carta brasileira?

Para intentar responder este questionamento, optou-se pelo referencial teórico da História dos Conceitos ou História Conceitual, desenvolvida por Reinhart Koselleck, que opera com a história dos termos, das ideias, das palavras, dos conceitos. Resta fundamentalmente ligada com a linguagem no sentido de fixar o sentido dos conceitos em determinado tempo histórico, evitando sua deturpação e/ou tratamento anacrônico e, portanto, indevido².

A análise da teoria em comento é breve, dada a envergadura do trabalho, porém, marca os fundamentos e a metodologia de trabalho adotados ao longo da pesquisa.

A partir deste caminhar é que se passa à análise do conceito de Constituição no contexto da Carta Imperial de 1824, a partir de algumas obras e autores contemporâneos ao documento estudado, com o fito de traçar suas características fundantes e observar o conceito em estudo no tempo e espaço de vigência daquele documento constitucional.

Esses traços não restarão restritos a análises sobre o texto, mas passarão por práticas e fatos concernentes ao período, espaço e tema em evidência. Compreendidos nos traços fundantes, deve estar o objetivo e a função da Constituição, assim como a sua forma de aplicação e quais eram as práticas estatais relevantes para a compreensão do real sentido do conceito à época.

2 D. MACHADO BEZERRA. *Reinhart Koselleck e a Linguagem*. Curitiba: Appris, 2018.

Por fim, cabe apenas apontar que para a realização desta pesquisa adotou-se o método de abordagem indutivo e o procedimento monográfico, sendo as técnicas de pesquisa empregadas a bibliográfica e a documental.³

2. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS DE REINHART KOSELLECK

A teoria de Koselleck permite observar novas alternativas conceituais e é capaz de mostrar que os conceitos comprovam novas situações em uma relação de mudança levada a cabo por meio do movimento da modernidade. Este movimento é capaz de transformar a natureza e a história, o mundo e o tempo, e cujas mudanças ocorrem pela evidência das transformações produzidas neste movimento e refletidas linguisticamente nos conceitos.⁴

Nesse viés, a História dos Conceitos questiona como as experiências e os estados de coisas são refletidos em determinados conceitos e retrata como eles são compreendidos. Assim, designa que o estudo sobre a língua nos indica dados sobre a realidade previamente dada e, também, é um fator dessa mesma realidade. Desse modo, acaba por se manifestar por meio da relação história-linguagem, sendo viável apenas pelo fato de o dis-

3 O. MEZZAROBBA e C. SERVILHA MONTEIRO. *Manual de metodologia de pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

4 Nota do Autor: "O conceito está presente como parte constitutiva da linguagem: é comum conceituarmos tudo desde as primeiras sílabas pronunciadas pelo bebê, já identificando quem é a mãe e o pai, por exemplo. A linguagem contribui para uma elaboração dos conceitos quando desenvolvemos a teoria da História dos Conceitos, passando por questões semânticas em torno da nomeação de artigos, substantivos, predicados, locução adjetiva ou verbal; indo além desses aspectos semânticos; chegando às questões que revelam os elementos históricos dos conceitos presentes na semântica histórica que são constitutivos da modernidade e da contemporaneidade elaborada no projeto do léxico.", cfr. D. MACHADO BEZERRA, cit. 307, p. 34.



curso conferir entendimento transmitido pela linguagem às experiências humanas – seja esta linguagem falada, escrita ou pensada.⁵

No desenvolvimento de sua História dos Conceitos, que em verdade está na metade do caminho entre a história e a filosofia⁶, Koselleck sofre substancial influência da Filosofia Hermenêutica, de Martin Heidegger, bem como da Hermenêutica Filosófica, de Hans-Georg Gadamer. Com este último, inclusive, manteve debates sobre os fundamentos do conhecimento histórico.

Na obra *Ser e Tempo*⁷, Heidegger procura entender a possibilidade da historiografia a partir do problema fundamental da historicidade constituinte do homem em sua existência prática. A história, para Heidegger, é a estrutura ontológica do que chama de “pre-sença”, “ser no mundo”, o *dasein*: trata-se da existência do homem na vida comum, fenômeno essencialmente temporal. A existência prática do homem é, para Heidegger, constituída de temporalidade porque é essencialmente finita, definindo-se pela certeza e pela expectativa da morte⁸.

A existência do homem se dá nesse transcurso entre nascimento e morte, o “ser-para-a-morte”, o que, para Heidegger, define sua consciência e ação no mundo como ser temporal e finito. No horizonte aberto por Heidegger, o tempo deve deixar de ser a base neutra e inquestionável das operações do discurso histórico para se tornar um problema fundamental da disciplina.

5 D. MACHADO BEZERRA, cit. 307, p. 33.

6 D. MACHADO BEZERRA, cit. 307, p. 31.

7 M. HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. 3.ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

8 L. RAUTER PEREIRA. O debate entre Hans-Georg Gadamer e Reinhart Koselleck a respeito do conhecimento histórico: entre tradição e objetividade, In *História da Historiografia: International journal of theory and history of historiography*, p. 247. Disponível em: <<https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/240/210>>.

Koselleck transformou a descoberta heideggeriana da historicidade intrínseca à experiência humana em um projeto historiográfico, qual seja, o de pesquisar empiricamente de que forma, no plano dos conceitos políticos fundamentais para a modernidade se instaurou e remodelou a linguagem política. Desse modo, a marca da historiografia de Koselleck reside na tarefa de compreensão do processo de inserção dos conceitos fundamentais do pensamento político moderno numa consciência processual da história⁹.

Já Gadamer, seguindo a tradição da hermenêutica alemã, procurou revelar em sua grande obra, denominada *Verdade e Método*¹⁰¹¹, publicada em 1960, que o fundamento da historiografia e de todas as ciências do homem é a relação de pertencimento e comprometimento com o mundo e com as tradições, e não com a metodologia científica. A experiência hermenêutica do estabelecimento da verdade não se esgota nos parâmetros estabelecidos pela ciência, mas diz respeito à totalidade da experiência do homem no mundo¹².

As reflexões de Koselleck, sobre historiografia, são desenvolvidas a partir de uma questão fundamental: “o que é o tempo histórico?”. O tempo histórico não é abstrato, como o tempo do calendário; ao contrário, é uma realidade plural, diversificada, variável como a diversidade da experiência humana. Há vários “extratos de tempo” superpostos e simultâneos, “estruturas de repetição que não se esgotam na unicidade”,

9 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, p. 246.

10 H.-G. GADAMER. *Verdade e método*. 3.ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

11 H.-G. GADAMER.. *Verdade e método II*. 2.ª ed. Trad. por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

12 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, p. 246.



“vinculados a unidades políticas e sociais de ação, a homens concretos que atuam e sofrem, a suas instituições e organizações”.¹³

Para ele, o que constitui o tempo histórico são as concepções construídas por uma sociedade sobre sua temporalidade e, particularmente, sobre seu futuro. A temática historiográfica não é propriamente o passado, mas o futuro; não o fato, mas a possibilidade; mais precisamente, as possibilidades e projetos, passados. Em todo conceito, realidade ou período histórico, a ser analisado pelo historiador, estaria em jogo uma determinada relação entre “espaço de experiências” e “horizonte de expectativas”. A primeira categoria diz respeito à tradição recebida e experiências que informam o presente. A segunda refere-se ao elemento de projeção futura, de transformação. Tais categorias “reportam à temporalidade do homem e, assim, em alguma medida meta-historicamente à temporalidade da história”.¹⁴

Em vista disso, atingimos então o ponto central da proposta historiográfica de Koselleck: entender o movimento da ação política e social ao longo da história a partir da investigação acerca da maneira com que os homens combinaram concretamente em seu presente a dimensão de sua experiência passada com suas expectativas de futuro. A história concreta pode ocorrer na medida em que os homens que a fazem combinam experiências e determinadas expectativas. Koselleck propõe abordar esta questão no plano linguístico, por meio de uma história dos conceitos, uma semântica dos conceitos históricos que busque a Constituição linguística de experiências do tempo na realidade passada¹⁵. A ciência histórica deve fazer referência ao problema da experiência histórica, com

13 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, pp. 252-253.

14 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, p. 254.

15 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, p. 255.

suas diferentes “ontologias sociais do tempo”, que indicam e informam “tensões existenciais” relativas à finitude¹⁶ humana.

Na proposta de Koselleck, a compreensão histórica objetiva primeiramente esclarecer sobre uma realidade existente para além dos textos e da linguagem. O historiador, é claro, não participa da visão ingênua de um “passado em si”: o conhecimento histórico sempre elege, seleciona e organiza aquilo que deve ser conhecido. Entretanto, trata-se ainda do conhecimento de dados de uma realidade fora do âmbito linguístico.¹⁷

Para além de Heidegger e Gadamer, faz-se essencial mencionar a importância de Carl Schmitt para a Constituição da História dos Conceitos de Koselleck, que orientou sua tese de doutoramento. No caso, com ele partilha da visão de que a política é determinada, em última instância, pela possibilidade do conflito entre os homens e os povos, e, também, da morte física.¹⁸

Koselleck busca utilizar os conceitos como instrumentos que revelam a sociedade concreta por ela mesma, vez que afirma que estes são marcas evolutivas das sociedades e sua investigação demanda reflexão acerca do trabalho intelectual que será levado a cabo por

16 Nota do Autor: Cfr. MICHAEL INWOOD. *Dicionário Heidegger*. pp. 71-73: “Em Ser e Tempo, “finitude”, *Endlichkeit*, refere-se, invariavelmente e de maneira mais ou menos explícita, à morte, sendo, pois, finitude temporal. (...) A filosofia é uma expressão de nossa finitude, uma tentativa de nos familiarizar em um mundo que não criamos e que não compreendemos inteiramente, e a própria filosofia é finita: “todo filosofar, sendo uma atividade humana, é incompleto, finito e restrito. (...) O “ser” é finito em três sentidos: (a) Ele requer outras coisas (Deus etc.) para revelar-se em uma civilização. (b) Nenhuma revelação do ser revela tudo que há; há sempre mais do que qualquer civilização descobre (desta forma a finitude do ser refuta qualquer “idealismo”). (c) Toda civilização tem um começo e um fim.”

17 L. RAUTER PEREIRA, cit. 313, p. 260.

18 D. MACHADO BEZERRA, cit. 307, pp. 23-24.



meio de uma ideia de que o conceito utilizado para ler uma específica época é passível de ser amplamente decorrente do que essa época diz sobre tal conceito.

Na análise conceitual específica a ser realizada no decorrer do texto, essa noção é fundamental, dado que os usos de determinado conceito determinam seu sentido porque os usos dos conceitos, tanto no passado como no presente, determinam seus usos possíveis.¹⁹ A vida humana resta constituída por experiências, e os conceitos revelam os significados de tais experiências que acabam diluídas no tempo, contribuindo para entender e registrar o que de fato ocorreu.

3. O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824²⁰

Conforme visto, a História dos Conceitos parte dos aspectos sociais, históricos e políticos que constituem o significado original e autêntico que os conceitos possuem, para que sua história possa ser conceitualizada, descrita, pensada, levando em consideração a realidade da concepção do conceito.

Os conceitos são registros da realidade e, inclusive, fatores de mudança desta mesma realidade. Pode-se dizer que, com os conceitos, é

19 M. ARAÚJO DE OLIVEIRA. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 117-147.

20 L. BASTOS PEREIRA DAS NEVES e GUILHERME PEREIRA DAS NEVES. *Constituição In Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*, J. FERES JÚNIOR (org.). Belo Horizonte: UFMG, 2009. pp. 65-90.

possível estabelecer tanto o horizonte da experiência possível como os limites que esta resta submetida. É por isso que a História dos Conceitos é capaz de fornecer conhecimento que não pode ser extraído da análise da própria situação fática. O panorama construído nos permite enxergar uma dimensão da realidade social. Por isso, o conceito não é mero indicador dos contextos que engloba, sendo também um fator destes. Desse modo, com cada conceito são estabelecidos determinados horizontes, mas também limites para a experiência possível e para a teoria pensável. Os conceitos não detêm uma história autônoma, no caso, não existem aleatoriamente, pois carregam elementos de significado transmitidos historicamente. Não há contextos originais nos conceitos, sendo incumbência da História dos Conceitos registrar como tais conceitos foram criados, alterados ou transformados no decurso da história.²¹

Posto isso, serão apresentados traços²² do conceito de Constituição quando do período da Constituição Imperial brasileira de 1824, para o que não se deve carregar a compreensão sobre o conceito hodierno, aplicável para a realidade constitucional brasileira do final da segunda década do século XXI. Frisa-se que tal cuidado é indispensável, sob pena de cair em anacronismos ao não apenas olhar, mas, efetivamente, não levar em conta o momento constitucional brasileiro da Constituição do Império a partir da ótica da contemporaneidade para, a partir disso, tomar conclusões equivocadas.

21 L. BASTOS PEREIRA DAS NEVES e GUILHERME PEREIRA DAS NEVES, cit. 325, pp. 84-85.

22 Nota do Autor: Aqui fala-se em traços, vez que em um trabalho com a limitada envergadura que possui este, não se pode ter a pretensão de delimitar o conceito de Constituição



Importante referir que o objeto deste texto não é a confrontação entre o conceito de Constituição no período da Constituição de 1824 e o atual, mas o cuidado com a correta observação da História dos Conceitos para evitar anacronismos e consequentes equívocos deve estar presente. Assim, a pesquisa foi levada a cabo a partir de obras da época, em grande medida do século XIX, que contivessem noções do período e das ideias que circulavam naquele momento. O que era e qual a função da Carta Imperial de 1824? Quais seus pontos nevrálgicos? Estes são alguns dos questionamentos que este texto pretende tratar.

Da leitura de interessante obra derivada da teoria koselleckiana da História dos Conceitos, organizada por João Feres Júnior, denominada “Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil”²³, chega-se a algumas conclusões sobre o conceito de Constituição no período compreendido entre 1750 e 1850:

- No início do século XVIII, Constituição significava “um estatuto, uma regra”. Nos meios eclesiásticos, Constituição era o conjunto de Leis, preceitos e disposições que regulavam uma instituição como seu estatuto orgânico;
- Somente a Constituição, como instrumento de um ideário político, era vista como capaz de assegurar a possibilidade de triunfo das práticas liberais. Expressava o anseio político de todos os membros das elites política e intelectual de Brasil e Portugal;

23 L. BASTOS PEREIRA DAS NEVES e GUILHERME PEREIRA DAS NEVES, cit. 325, pp. 65-90.

- À semelhança da Constituição espanhola de 1812, a Constituição brasileira de 1824 não começava pela enunciação de direitos, como estabelecido pelas revoluções do século XVIII²⁴, mas pela organização do Império, ou seja, pela organização do poder.

Além do que foi mencionado, acerca da Constituição de 1824, outros pontos merecem ser elencados.

O primeiro deles é o fato de que a “Constituição”²⁵ era, em verdade, uma Carta, dado que não votada com assentimento do povo²⁶, ou seja, foi outorgada pelo Imperador. Mais interessante, ainda, que esta não era a ideia original, porém, uma sucessão de acontecimentos levou à dissolução armada²⁷ da Assembleia Constituinte por Dom Pedro I.

24 Nota do Autor: Deve-se salientar que a grande importância dada ao tema da enunciação de direitos como cerne das constituições ocorreu com os adventos deste período.

25 Nota do Autor: Importante anotar que ao longo de todo o texto utilizou-se o vocábulo “Carta” ao invés de “Constituição”, ao contrário do que feito nesta passagem, exatamente em razão da intenção de enfatizar a característica da outorga do documento constitucional de 1824.

26 Nota do Autor: Certamente que o conceito de povo ora tratado não equivale ao conceito hodierno. O tratado no texto diz respeito ao compreendido por povo quando do recorte temporal em voga, conforme aborda a História dos Conceitos.

27 Nota do Autor: Após o golpe militar que dissolveu a Constituinte de 1823, as Províncias do Norte e Nordeste se agitaram e se rebelaram. Houve descontentamento no Pará, Maranhão, Bahia, Paraíba, Rio Grande do Norte e Alagoas. Em Pernambuco, foi deflagrado um movimento separatista político-militar, que recebeu o nome de “Confederação do Equador” (1824). No dia 12/11/1823, Dom Pedro mandou a tropa cercar o edifício onde funcionava a Assembleia e canhões foram apontados para a construção. A dissolução da Assembleia Constituinte se deu pela força, efetivamente. A demora na conclusão dos trabalhos, os interesses portugueses na não-aprovação do projeto, as diatribes cotidianas, o espírito absolutista e às vezes estovado do imperador, tudo isso concorreu para o fechamento armado da Assembleia Constituinte.



O monarca prometeu, na sequência, convocar uma nova constituinte, que faria uma Constituição “duplicadamente mais liberal”, mas isso nunca ocorreu. O Imperador, todavia, nomeou um Conselho de Estado formado por “dez dos mais notáveis da Terra” para elaborar o texto da Carta, o qual foi, posteriormente, outorgado e passou a vigor como a primeira “Constituição” do Brasil.

Outro ponto a ser firmado é a inspiração da Carta Imperial de 1824 fundada no constitucionalismo britânico – que serviu de modelo de organização às monarquias constitucionais do mundo ocidental, modelo em que o Brasil está incluído. Tal influência fica evidente na Carta de 1824, especialmente, em seu artigo 178²⁸ e na característica predominante de constitucionalizar apenas o que dizia respeito aos poderes do Estado e às garantias individuais dos cidadãos. Aqui importa enfatizar que, neste ponto da história, o conceito de direitos e garantias individuais é substancialmente diverso do atual²⁹.

Exatamente nessas características, advindas da influência britânica, o conceito de Constituição do período da Carta de 1824 demonstra-se bastante diverso do que contemporaneamente temos em conta. Isso, pois não apenas a função da Constituição restava restringida a questões muito específicas, como já mencionado, mas na ordem de

28 Nota do Autor: Artigo 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

29 I. WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

importância destes referidos temas a organização do Estado e seus poderes ganhava predominância, inclusive na ordem em que são apresentados no teor da Carta.

Outrossim, mais um dos pontos a ser firmado é o grande período de vigência da Carta de 1824, que alcançou 65 anos. Notadamente, ao ser revogada pelo governo republicano em 1889, era a segunda Constituição³⁰ escrita mais antiga do mundo, superada apenas pela dos Estados Unidos da América.

Este fato decorreria de sua plasticidade e adaptabilidade³¹, características tão impactantes que a própria República poderia ter sido implantada no País com uma simples Emenda constitucional, haja vista a ausência de limitação do poder constituinte derivado – importando na plenipotência das emendas constitucionais.

Além disso, embora estas tivessem o mesmo rito de Lei Ordinária e, portanto, dependessem da sanção do Imperador no caso de mudança da forma de governo, como em qualquer outra matéria constitucional reformada por Lei Ordinária, o Monarca não poderia negar a sanção, desde que aprovada por duas legislaturas seguintes, em face do que dispunha o artigo 65³². Maior plasticidade não houve em nenhum dos documentos constitucionais brasileiros posteriores.

30 Nota do Autor: Ou Carta, dada sua outorga. Enfim, certamente podemos denominá-la de documento constitucional.

31 A. CELSO DE ASSIS FIGUEIREDO. *Oito anos de Parlamento*. Brasília: UnB, 2.ª ed., 1983, p. 37.

32 Nota do Autor: Artigo 65. Esta denegação tem efeito suspensivo sómente: pelo que todas as vezes, que as duas Legislaturas, que se seguirem áquella, que tiver approvado o Projecto, tornem successivamente a apresental-o nos mesmos termos, entender-se-ha, que o Imperador tem dado a Sancção. (se trata de grafia utilizada na época estudada).



Ressaltados os pontos acima, começa a tomar forma o conceito que se procura traçar neste trabalho. Para além destes, haverá a passagem para destaque de trechos de obras e documentos da época, os quais terão o condão de exprimir impressões sobre o conceito de Constituição daquele momento que já não são possíveis de obter apenas com a leitura afastada das pontuais características da sistemática normativa do texto da Carta de 1824.

Sendo assim, a primeira questão a ser tratada por tais obras da época refere-se ao Conselho de Estado, previsto no texto originário da Carta de 1824, especificamente nos artigos 137 a 144, que compunham o Capítulo VII do documento constitucional – estando as suas atribuições declinadas no teor do artigo 142, especificamente³³.

Assim, o primeiro Conselho funcionou entre 1828 e 1834, quando foi extinto por meio de Ato Adicional. Esta extinção foi muito criticada por Silvestre Pinheiro Ferreira, autor da época, que produziu a obra “Observações sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal e Constituição do Império do Brasil”³⁴, especialmente na segunda edição do trabalho que teve causa justamente em decorrência do Ato Adicional de 1834.

Logo no início da obra, o autor escreve o que chama de “advertência”, quando critica duramente a referida extinção do Conselho de Es-

33 Nota do Autor: “Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração, principalmente sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder moderador, indicadas no artigo 101, à exceção da 6.ª.”

34 S. PINHEIRO FERREIRA. *Observações sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal e Constituição do Império do Brasil*. 2.ª ed. Paris: De Casimir, 1835.

tado, tendo-a como “contrária e subversiva dos princípios do sistema constitucional”³⁵. Ao afirmar isso, o autor entende que o Conselho de Estado era um limitador do Poder Moderador do Imperador. Em verdade, o Poder Moderador e o Conselho de Estado eram, respectivamente, o quarto e o quinto poderes.

Desse modo, o diagnóstico da afirmação de subversão dos princípios constitucionais quando da extinção do Conselho de Estado parece ser claro: ficaria prejudicada a necessidade de controle dos demais poderes, em especial, do Poder Moderador exercido pelo Imperador. Assim, dentre as noções do conceito de Constituição, estava a necessidade de limitação mútua dos poderes, mesmo sendo o caso de uma monarquia, aqui necessariamente constitucional.

Na sequência, o Conselho de Estado foi posteriormente restaurado, por meio da Lei nº 234, de vinte e três de novembro de mil oitocentos e quarenta e um, com diferente conformação e atribuições, com notável apoio tanto dos conservadores quanto dos liberais, estes sendo os grandes artífices da extinção anterior. Na verdade, a recriação ocorreu, inclusive, com o apoio dos liberais, com o objetivo de manter a estabilidade política e institucional pretendida pela Carta de 1824.³⁶

Aliás, ao se observar a obra de José Honório Rodrigues, vê-se que a principal desconfiança que recaía sobre o Conselho de Estado era sua característica de “reduto de áulicos” que transformaram o ente em “um

35 S. PINHEIRO FERREIRA, cit. 339.

36 O. NOGUEIRA. 1824. 3.ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012.



guardião das tradições do regime, um órgão de estatização da monarquia representativa e constitucional, disfarce com que se apresentava a ditadura do Poder Moderador”.³⁷

Ainda, outra interessante característica da Carta de 1824 era a função de mantenedora da independência, especialmente com o sentimento nativista que impregnava diversas prescrições normativas do documento constitucional, conforme aponta Aurelino Leal.³⁸

Em diversos momentos, quando a Carta tratava dos estrangeiros, realizava exigências desmedidas, considerando-os sempre integrados pelos portugueses. Este tratamento denotava o traço da Carta e da concepção de Constituição que se tinha naquele momento, não apenas como responsável pela organização de Estado onde tudo estava por fazer³⁹, mas pela real manutenção deste como um Estado independente e livre de possíveis usurpadores.

Por mais que a dissolução da Assembleia Constituinte, ocorrida em 1823, tenha sido levada a cabo por diversos fundamentos que, em verdade, pretendiam conservar os princípios constitucionais e viabilizar o projeto constitucional brasileiro⁴⁰, esta foi muito mal recebida pela popu-

37 JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *Conciliação e Reforma no Brasil: Um Desafio Histórico-Político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 67.

38 A. LEAL. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

39 Nota do Autor: “tudo estava por fazer, tudo por criar, pois não só era nova a forma constitucional, novas as instituições, como novo o País até na organização administrativa. A independência era muito recente, e ainda não havia tempo de ter-se criado a escola prática brasileira”, cfr. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, cit. 342, p. 47.

40 A. LEAL, cit. 343, pp. 93-101.

lação⁴¹, com pontuais manifestações no Rio de Janeiro, como o chamado apagão⁴², além da Confederação do Equador, em Pernambuco. Isso demonstra como a premissa de que uma Constituição deveria ser votada pelos representantes do povo era bastante importante.

Ainda durante o primeiro ano de vigência da Carta de 1824, o próprio absolutismo manifestou desejo de ressurgir. Nas palavras de Aurelino Leal, “o sagrado código não estava sendo mais que um phantasma de estatuto político”⁴³, pois, foi suspenso para alguns, na parte sobre as liberdades individuais. Aurelino ainda mencionou que “a verdade é que o regimen constitucional não passava de um rotulo collado ao absolutismo⁴⁴”, pois enquanto não havia carta teria havido mais liberdade do que após o juramento do tal documento. A liberdade de imprensa teria sido ceifada pelo chamado “golpe de estado” dado na Assembleia constituinte.⁴⁵

Outro ponto de interesse do texto da Carta de 1824 e seus efeitos é a posição dispensada ao Judiciário, especialmente, no tocante às garantias dadas aos magistrados, conforme consta nos artigos 151 e 154. Mate-

41 A. LEAL, cit. 343, pp. 93-101.

42 Nota do Autor: Muitos dos cidadãos descontentes com a dissolução da assembleia constituinte não acenderam a iluminação de suas residências ao cair da noite que sucedeu o evento.

43 A. LEAL, cit. 343, p.146.

44 A. LEAL, cit. 343, p.146.

45 Nota do Autor: “Quanto ao mais, era visível que a Constituição fora uma Lei decorativa. Dir-se-ia um edifício construído só exteriormente. O interior, sem divisões, que seriam as Leis complementares, dava em resultado que o paiz mostrasse ao publico e ao estrangeiro uma construcção de bella fachada, onde, na realidade, porém, tremulava a bandeira do absolutismo.” (se trata de grafia utilizada na época estudada). Cfr. A. LEAL, cit. 343, p.149.



rialmente eram negadas a inamovibilidade, a vitaliciedade do cargo e a irredutibilidade de vencimentos.⁴⁶

Para além do que posto, a prática constitucional em relação ao Judiciário, porém, mostrou que, mesmo as garantias expressamente reservadas, não eram respeitadas, especificamente sob o fundamento do “interesse da administração”. Conhecido caso que expressa violação do preceito da vitaliciedade ocorreu durante o ministério da Conciliação, presidido pelo marquês de Paraná, entre 1853 e 1856, quando Nabuco de Araújo era Ministro da Justiça. O fato consistiu na aposentadoria de dois e na transferência de um terceiro juiz da Relação de Pernambuco, por terem, em julgamento da violação da Lei que puniu e suspendeu o tráfico, em 1850, absolvido réus importantes da Província que o Governo entendia culpados por conivência e omissão em um desembarque clandestino de africanos.⁴⁷

Tal constatação deixa clara a posição assumida pelo Executivo de não apenas interferir diretamente nas decisões do Judiciário, como a sua disposição de punir aqueles que atuassem em desacordo com suas concepções. Ante tais práticas, e tendo em conta o poder expressamente concedido ao Imperador, pela própria Carta, de decretar aposentadorias compulsórias e transferências de magistrados, não se pode afirmar que o Judiciário do período imperial fosse efetivamente um poder independente. Este é um traço muito importante da Carta de 1824 e de seu período de vigência, pois mostra a concepção de divisão de poderes muito

46 A. LEAL, cit. 343, p.146.

47 O. NOGUEIRA, cit. 341, p. 27.

diversa da que contemporaneamente vigente, com grande concentração nas mãos do Imperador⁴⁸.

Para a anotação desta fraqueza do Judiciário, especialmente frente ao Executivo, deve-se observar o que disposto no artigo 15, item VIII⁴⁹, que acabava por atribuir ao legislativo a incumbência de uniformização da jurisprudência. Entretanto, materialmente, como o poder de interpretação legal jamais foi exercido pelo legislativo, a prerrogativa terminou absorvida pelo Executivo, durante todo o Império.⁵⁰

Pontos dignos de nota são alguns constantes do discurso do Imperador para a Assembleia Constituinte que acabou dissolvida. O primeiro deles é a referência positiva realizada perante a participação dos brasileiros na elaboração da Constituição, não dos portugueses, o que daria legitimidade ao documento⁵¹. Evidentemente, a contradição causada pela dissolução da Assembleia por parte do mesmo Imperador é patente, demonstrando a ausência de legitimidade da Carta de 1824 diante de sua própria argumentação.

Outro destes pontos refere-se ao fato de o Imperador mencionar que espera da Assembleia constituinte uma Constituição em que os três poderes sejam bem divididos, de modo a não arrogar direitos que não

48 Nota do Autor: Que detinha não apenas um “extenso” Poder Executivo, mas o decisivo Poder Moderador, que somados ao Conselho de Estado na materialidade de sua composição e práticas, proviam um verdadeiro instrumento de manutenção do poder para o monarca, ao invés do documento constitucional servir de meio para limitar os poderes do mandatário real.

49 Nota do Autor: Cfr. BRASIL. Constituição de 1824. Artigo 15. E’ da atribuição da Assembléa Geral (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

50 O. NOGUEIRA, cit. 341, p. 29.

51 P. I IMPERADOR DO BRASIL. *Discurso de sua Magestade, o Imperador, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil, no dia da abertura da mesma Assembleia (sic)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, [1823?], p. 04.



sejam de sua competência. Notadamente, com a posterior prática constitucional e com a introdução do Poder Moderador, a contradição aqui também se mostra patente^{52, 53}.

Por fim, outro aspecto importante é a menção de que a Constituição deveria ser digna do próprio Imperador, revelando o caráter centralizador, personalíssimo a absolutista das intenções do que deveria ser um monarca constitucional.⁵⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desta singela exposição de traços da Carta de 1824, é possível esboçar uma construção do conceito de Constituição no período de vigência daquele documento constitucional. Em primeiro lugar, a Constituição ou Carta tinha função de demonstrar a independência institucional do Brasil, com forte fundamento na legitimidade que desfrutaria por ter sido elaborada por brasileiros. Obviamente que tal legitimidade sofre um golpe com a dissolução da Assembleia constituinte, mas o documento de 1824 permaneceu brasileiro. Esta não significa uma legitimidade democrática nos moldes atuais.

Esta independência acabaria escancarada por um documento institucional brasileiro, na medida em que a Constituição era entendida como o

52 P. I IMPERADOR DO BRASIL, cit. 356, p. 10.

53 “Uma Constituição , em que os tres Poderes sejam bem divididos de forma; que não possam arrogar direitos, que lhe não compitam; mas que sejam de tal modo organizados, e harmonizados, que se lhes torne impossivel, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concôrram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado”, cfr. P. I IMPERADOR DO BRASIL, cit. 356, p. 10.

54 P. I IMPERADOR DO BRASIL, cit. 356, p. 10.

meio de organização do Estado e de implementação das práticas liberais. Desse modo, exprimia o anseio político de todos os membros das elites política e intelectual, desta feita genuinamente brasileiras.

A grande plasticidade da Carta contribui para reforçar esse caráter de organização do Estado, na medida em que não aplicava a petrificação a qualquer de suas cláusulas. Assim, sua grande virtude era a regência por si só, não a defesa de quaisquer específicos conteúdos impressos em seu texto.

Ainda, pela dissolução da Assembleia constituinte e pelas condições de aplicação da Carta, entendia-se que não contemplava como deveria seu desiderato liberal, disfarçando um regime absolutista, que, em verdade, detinha os poderes, especialmente o Judiciário, bem amarrados pelos institutos do Poder Moderador e pelo Conselho de Estado, para além de outros efetivos mecanismos. Igualmente, some-se a isso as práticas estatais que reforçavam tais posições. Além disso, revoltas como a Confederação do Equador e a execução de Joaquim da Silva Rabelo, conhecido como Frei Caneca, reforçam esta compreensão.

REFERÊNCIAS

A. LEAL. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

D. MACHADO BEZERRA. *Reinhart Koselleck e a Linguagem*. Curitiba: Appris, 2018.

H.-G. GADAMER. *Verdade e método*. 3.ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

H.-G. GADAMER.. *Verdade e método II*. 2.ª ed. Trad. por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.



I. WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES. *Conciliação e Reforma no Brasil: Um Desafio Histórico-Político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

L. BASTOS PEREIRA DAS NEVES e GUILHERME PEREIRA DAS NEVES. *Constituição In Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*, J. FERES JÚNIOR (org.). Belo Horizonte: UFMG, 2009.

L. RAUTER PEREIRA. O debate entre Hans-Georg Gadamer e Reinhart Koselleck a respeito do conhecimento histórico: entre tradição e objetividade, In *História da Historiografia: International journal of theory and history of historiography*. Disponível em: <<https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/240/210>>.

M. ARAÚJO DE OLIVEIRA. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

M. HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. 3.ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

O. MEZZARROBA e C. SERVILHA MONTEIRO. *Manual de metodologia de pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

O. NOGUEIRA. *1824*. 3.ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

P. I IMPERADOR DO BRASIL. *Discurso de sua Magestade, o Imperador, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, no dia da abertura da mesma Assembleia (sic)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, [1823?].

S. PINHEIRO FERREIRA. *Observações sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal e Constituição do Império do Brasil*. 2.ª ed. Paris: De Casimir, 1835.

Reações legislativas a decisões judiciais: o efeito *backlash* e o diálogo institucional frente à emenda constitucional n.º 96

Legislative reactions
to judicial decisions:
the backlash effect and
institutional dialogue in front of
constitutional amendment n.º 96

STEFANO ÁVILA PAVAN¹

MARIELLA KRAUS²

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO³

1 Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Advogada.

3 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado.



SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Constitucionalismo democrático e diálogos institucionais; 3. Efeito Backlash; 4. Emenda Constitucional n.º 96; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre os três Poderes da República pode ser vista de muitas maneiras, exceto como harmônica. Em tempos de crise institucional, as disputas por poder entre os ramos do Estado ficam cada vez mais nítidas, por exemplo, quando uma das casas do Congresso Nacional, na figura de seu Presidente, simplesmente se recusa a cumprir decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal¹.

Ainda, uma característica eminente da atual conjuntura política brasileira, e de grande relevância para o presente estudo, é o papel exercido pelo Poder Judiciário de nivelador do jogo político, “destravando” o sistema, conforme ressaltam Tomaz de Oliveira e Trindade², fato este que gera, de tempos em tempos, embates com os demais Poderes, os quais acusam o Judiciário de invadir suas esferas de competência.

Neste sentido, o presente artigo busca estudar a aprovação da Emenda Constitucional n.º 96, enquanto resposta contrária do Poder Legislativo à

1 P. CANÁRIO. Renan fica à frente do Senado, mas não pode assumir Presidência da República. *Conjur. Matéria veiculada em 07.dez.2016*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-07/supremo-revoga-cautelar-mantem-renan-presidencia-senado>>.

2 R. TOMAZ DE OLIVEIRA e A. KARAM TRINDADE. O Ativismo Judicial na *Débacle* do Sistema Político: Sobre uma Hermenêutica da Crise. In *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 11, n. 2, 2016, pp. 751-772.

decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade (especificamente na ADI 4983), reação esta tratada pela tradição de estudos constitucionais estadunidense como *backlash*.

Além disso, pretende-se analisar a relação da reação legislativa consagrada na Emenda Constitucional n.º 96 com as chamadas teorias do diálogo institucional, a fim de abrir espaço na agenda de pesquisa ligada às problemáticas apresentadas pelo constitucionalismo democrático e aos limites da jurisdição constitucional.

Adotou-se o método hipotético-dedutivo com levantamento bibliográfico sobre a temática do diálogo institucional, de modo a ressaltar os principais aspectos de interesse teórico na reação legislativa à decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da aprovação da Emenda Constitucional n.º 96.

Sendo assim, a pesquisa passa, inicialmente, pela caracterização do constitucionalismo democrático, movimento que fornece as bases para um estudo sobre as limitações de poder inerentes às democracias contemporâneas. Também, aborda os chamados diálogos institucionais, de modo a melhor descrever a dinâmica entre os Poderes estudada. Em seguida, é descrito o fenômeno do *backlash*, o qual pode ser utilizado para melhor compreensão da forma pela qual os Poderes dialogam efetivamente, tendo como marco teórico o artigo publicado Robert Post e Reva Siegel, no texto "*Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash*"³.

Por fim, este estudo busca alinhar todos os conceitos trabalhados a partir de uma análise específica a respeito da Emenda Constitucional n.º 96, e como o processo de sua inserção na Constituição Federal

3 R. POST e R. SIEGEL. *Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash*. *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*. Vol. 42, n. 2, pp. 373-433, 2007. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>.



caracteriza um exemplo de *backlash* do Poder Legislativo brasileiro ao Supremo Tribunal Federal.

2. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, está baseado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental e princípio constitucional que serve de fundamento ético e jurídico para os direitos materialmente fundamentais, de onde se extraem regras específicas e vetores interpretativos, com conteúdo jurídico conformado pelo valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário⁴.

O constitucionalismo contemporâneo tem como princípio a limitação do poder do governo e a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social, o que representa uma limitação de poder estatal. E, ainda, legitima a Constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Portanto, incorpora as dimensões fundamentais de (i) organização do Estado e os limites do seu poder, (ii) assegurar direitos fundamentais e o seu modo de garantia, (iii) através de um documento escrito⁵.

Assim, os direitos fundamentais aparecem como valores básicos do Estado Democrático de Direito, merecendo proteção constitucional. Também,

4 L. ROBERTO BARROSO. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, 2013, p. 20. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>.

5 J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 1999, p. 48.

devem ser observados pela sociedade por meio da cooperação e, principalmente, pelo Estado, a fim de justificar o constitucionalismo democrático⁶.

Os valores defendidos pelo constitucionalismo, como igualdade e liberdade, estão vinculados à definição de democracia, como um regime de garantia geral dos direitos fundamentais fundado nos princípios primários de (1) soberania popular (o poder emana do povo) e (2) participação do povo no poder⁷.

O conceito de democracia traz um conteúdo mínimo de garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas com sufrágio universal, decisões coletivas ou tomadas com base no princípio da maioria⁸. No caso, democracia significa governo de todos, de muitos ou da maioria contra o governo de um só, de poucos ou de uma minoria⁹.

A democracia, ainda, deve garantir a proteção da minoria contra a vontade da maioria, afinal, os direitos fundamentais, sobretudo neste sentido, devem ser respeitados para assegurar os direitos de todos os indivíduos, relação esta que, intrinsecamente, está vinculada ao constitucionalismo.

Vale destacar, por oportuno, que o constitucionalismo não pressupõe democracia, assim como democracia não pressupõe constitucionalismo: constitucionalismo e democracia viveram em constante tensão, pois os ideais da democracia, surgidos há séculos, são de poder ao povo e aos seus

6 L. DAVEL FROSSARD e L. PETRY VALENTIM. *Constitucionalismo Democrático: Possibilidades e Limites*, p. 3. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8248f16fa738b0bf>>.

7 J. AFONSO DA SILVA. *Poder Constituinte e popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

8 N. BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 65.

9 L. DAVEL FROSSARD e L. PETRY VALENTIM, cit. 368, p. 4.



representantes, enquanto os ideais do constitucionalismo, que surgem mais tarde, no século XVIII, vão no sentido oposto, de limitação deste poder¹⁰.

A democracia e o constitucionalismo se apresentam de maneira delicada de conciliar, conforme descrevem os autores Vera Karam de Chueri e Miguel Gualano de Godoy:

Conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Eis o paradoxo: a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inclusive os conteúdos da Constituição; e o constitucionalismo significa, por sua vez, limites à soberania popular. A Constituição se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos. Assim, a conjugação entre constitucionalismo e democracia remete a outra, que está na sua base, qual seja, entre soberania e poder constituinte.¹¹

É possível observar que a relação entre constitucionalismo e democracia é paradoxal justamente pela função democrática da participação popular e pela dificuldade em se atender à vontade da maioria, enquanto o papel da Constituição se dirige à limitação do poder das próprias maiorias e em garantir os direitos fundamentais das minorias políticas.

Inclusive, em tempos como o atual, é imprescindível que o constitucionalismo seja respeitado e observado tanto quanto a ordem democrática para que, assim, seja possível um convívio social fraterno e agradável.

10 T. BURCK. Constitucionalismo, Direitos Humanos e Laicidade: Neopentecostalismo e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 13, n. 1, 2018, p. 390. Disponível em <www.univali.br/direitopolitica>.

11 V. KARA DE CHUEIRI e M. GUALANO DE GODOY. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito GV*. São Paulo, 2010, pp. 159-174, p. 159.

O tratamento do constitucionalismo democrático, neste cenário, surge e deve ser visto como um substrato aos direitos fundamentais em um sistema de governo no qual seja possível a participação da população na tomada de decisão, na escolha da vontade coletiva e do destino de uma sociedade politicamente organizada¹².

Os ideais do constitucionalismo democrático, também chamado de Estado Constitucional ou, como adotado pela Constituição brasileira, Estado Democrático de Direito, se sobressaíram no século XX e sobrepujaram as ideias autoritárias com os quais concorreu. É o resultado, portanto, da junção de constitucionalismo, enquanto Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; e democracia, como a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria¹³.

Democracia, portanto, entendida como o governo de muitos,¹⁴ e o constitucionalismo como limitação do poder deste governo de muitos garantindo os direitos fundamentais daqueles que discordam, reflexo do dissenso democrático, não permitindo que muitos venham exterminar ou ferir os direitos dos poucos.

Deste modo, trata-se o constitucionalismo democrático de uma fórmula política fundamentada na observância dos direitos fundamentais e no autogoverno do povo, assim como uma maneira de organização social baseada na cooperação de pessoas livres e iguais¹⁵. Assim como, de igual forma, no reconhecimento do papel da liberdade de expressão

12 L. DAVEL FROSSARD e L. PETRY VALENTIM, cit. 368, p. 5.

13 L. ROBERTO BARROSO, cit. 366, p. 2.

14 J. ROBERTO VIEIRA. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 36, 2001, pp. 147-161, p. 156.

15 L. ROBERTO BARROSO, cit. 366, p. 2.



como princípio basilar integrante dos catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno¹⁶.

No contexto brasileiro, cabe destacar, segundo a hipótese levantada por Virgílio Afonso da Silva¹⁷, que o Direito Constitucional anterior à Constituição Federal de 1988 era um direito constitucional da organização estatal e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais. A partir disso, deveria ser adotada uma postura de “diálogo constitucional” fundado nas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade¹⁸.

Pela superação do paradigma anteriormente vivido na história brasileira de desigualdades sociais e desrespeito aos direitos de liberdade, o constitucionalismo democrático desenvolve novos significados aos direitos de liberdade e igualdade, o que passou a exigir do Poder Judiciário uma atuação compatível com o princípio de cidadania. Ainda, deve se basear no respeito aos direitos fundamentais em um sistema de governo com participação popular nas decisões fundamentais e no destino da sociedade politicamente organizada¹⁹.

Nesse sentido, o constitucionalismo democrático não pressupõe a ausência de conflitos e, sim, busca canalizá-los por meio do chamamen-

16 I. WOLFGANG SARLET e I. ROBL FILHO. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros Direitos Fundamentais, em especial, com os Direitos de Personalidade. Constituição. *Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba. Vol. 8, n. 14, 2016, p. 119.

17 J. AFONSO DA SILVA. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. 2006, p. 28. Disponível em: <https://constitucao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>.

18 J. AFONSO DA SILVA, cit. 379, p. 51.

19 L. DAVEL FROSSARD e LUANA PETRY VALENTIM, Op. cit. p. 3.

to da população à atribuição de sentido das normas constitucionais, uma vez que “os movimentos sociais buscam mobilizar argumentos com e contra a Constituição a favor de suas lutas”²⁰.

A abertura dos sentidos da Constituição e a inclusão da população na construção destes é tomada como um fator positivo no paradigma do constitucionalismo democrático:

(...) o constitucionalismo democrático amplia a compreensão da complexidade dos conflitos e sugere que controvérsias provocadas por decisões judiciais trazem efeitos benéficos, na medida em que provoca os cidadãos a se manifestarem – em favor ou contra- às decisões e, assim, a participarem na construção dos sentidos da Constituição. Isso desloca das Cortes para o povo a tarefa de atribuição de sentido da Constituição e deixa de se ter um constitucionalismo centrado na opinião daquelas em favor para um constitucionalismo que a submete ao crivo popular e intenta promover a mediação entre ambas (...).²¹

Vê-se aqui o interessante aspecto da legitimidade democrática de uma Constituição sobre cujo sentido a população a ela vinculada tenha a possibilidade de debater e influenciar, mesmo de forma indireta.

Apesar de haver uma relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia, o constitucionalismo democrático se apresenta como um conceito coerente e sensato para se compreender a real relação entre

20 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Vol. 39, n. 80, pp. 123-150, p. 139. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>>.

21 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, pp. 139-140.



direito e política, objetivando a garantia dos direitos fundamentais e o respeito à Constituição.

No que diz respeito às teorias dos diálogos institucionais, estas surgem com o sentido de negar ou, no mínimo, questionar a tese de supremacia do Poder Judiciário, propondo uma interação deliberativa entre as instituições e os Poderes da República na possibilidade de produzir respostas coerentes, não conflituosas e como um instrumento de sinergia para a efetivação dos direitos fundamentais e promoção de políticas públicas²².

Percebe-se, atualmente, que os diálogos institucionais também são tratados, por um lado, como um ideal necessário para as relações entre os Poderes e, por outro, são interpretados como método ingênuo ou impossível, distante do contexto da democracia, assumindo, com isso, uma função idealizada e fantasiosa²³.

Vale elucidar, pois oportuno, o conceito da expressão diálogos institucionais pela palavra “diálogo” na teoria constitucional, que significa uma interação entre os Poderes na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição, a qual tem como pano de fundo a separação dos Poderes e a cooperação entre si, ao invés de encarar como uma disputa pela última palavra²⁴.

22 THIAGO BURCK. Constitucionalismo contemporâneo e diálogos institucionais: reflexões sobre a judicialização das políticas públicas no Brasil, In *A desigualdade e a reconstrução da democracia social*. K. KOZICKI, M. CATTONI DE OLIVEIRA, T. DA ROSA DE BUSTAMANTE e V. KARAM DE CHUEIRI, organizadores. Belo Horizonte: Arraes, 2017, vol. 1, p. 173.

23 C. TASSINARI e Z. FERREIRA LOPES. *Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?* Conjur. Matéria veiculada em 18/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial#_ftn1>.

24 M. GUALANO DE GODOY. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 94.

Desse modo, ao tratarem da ideia de superação da supremacia judicial, as teorias sobre os diálogos institucionais propõem uma reflexão sobre a relação entre os Poderes da República a partir de um novo viés²⁵, o que resulta, desta maneira, em um jogo interativo mais complexo²⁶ e, portanto, dinâmico.

A separação dos Poderes pode ter substituída sua leitura mais tradicional pelos diálogos institucionais, trazendo dois aspectos atinentes às decisões de casos controvertidos: o primeiro seria sobre as próprias decisões tomadas em qualquer dos Poderes terem um caráter não totalmente definitivo, mas parcial, assim poderiam ser contestadas por outras instâncias; e o segundo seria sobre os espaços de poder possuírem características que fomentem ou obstem a tomada de decisões²⁷.

Surgida também como uma reação a uma decisão tomada no exercício da jurisdição constitucional, a nova produção legislativa, seja por Emenda Constitucional, Lei Ordinária ou Lei Complementar, novamente passará pelo crivo do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição²⁸. E é exatamente este estigma da última palavra sobre a Constituição que os diálo-

25 M. CLARISSA HENNIG LEAL e M. VALENTINA DE MORAES. “Diálogo” entre Poderes no Brasil da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018, pp. 63-81, p. 75. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56031/35004>>.

26 C. HÜBNER MENDES. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, *In*: R. GARGARELLA, organizador, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 175.

27 C. MERLIN CLÉVE e B. MENEZES LORENZETTO. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, 2015, pp. 183-206, p. 189. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>>.

28 A. EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA e M. MONT’ALVERNE BARRETO LIMA. “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018, pp. 109-128, p. 120. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825/35006>>.



gos institucionais buscam evitar, pois nenhum Poder deve ter a palavra final sobre a base do ordenamento jurídico brasileiro, afinal esta base deve ser protegida, respeitada e observada por todos os Poderes da República.

Nesse sentido, os autores Antonio Ezequiel Inácio Barbosa e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

É nesse contexto que se insere a teoria dos diálogos institucionais, sob uma perspectiva que contempla a atuação política de múltiplos sujeitos, de modo a transpor compreensão de que os tribunais constitucionais ou cortes supremas seriam dotados de legitimidade superior e final para interpretar a Constituição. (...)

Daí a se falar não mais na existência de um Poder com o monopólio da última palavra, mas, sim, na construção de uma prática dialógica que possibilite a convivência do constitucionalismo com a democracia. Poderes independentes e harmônicos, justamente porque dotados desses qualificativos, devem ser capazes de aprimoramento contínuo e dialético a respeito de questões relevantes para o país. O Parlamento pode e deve participar da tarefa de interpretação da Constituição, como interlocutor privilegiado, dada a sua configuração de instância representativa da vontade popular para as deliberações políticas.²⁹

Como visto, por meio dos diálogos institucionais, não há monopólio da última palavra nem decisão exclusiva de um dos Poderes sobre a Constituição, justamente porque sua proposta principal é construir uma prática dialógica que contribui substancialmente com o constitucionalismo e a democracia.

29 A. EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA e M. MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, cit. 390.

No Brasil, a teoria dos diálogos institucionais tem um caráter de diálogo efetivo entre as instituições a ser consolidado pela mudança do que compreendemos, atualmente, das atribuições dos Poderes, e o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições³⁰.

A aplicação da teoria dos diálogos institucionais traria ao cenário brasileiro maior legitimidade dos Poderes na tomada de decisão, pressupondo que os poderes envolvidos procurem e prezem pela decisão mais adequada e, com isso, dialoguem a respeito, assumindo caráter dialógico, inclusive, à revisão judicial. Desse modo, abandonando o conceito de uma última palavra ou supremacia judicial, sendo pautado por uma argumentação que indique o motivo dos fundamentos adotados pelas instituições, sem se tornar apenas uma sobreposição de entendimentos divergentes entre os Poderes da República³¹.

Assim, considerar o Supremo Tribunal Federal como sendo o último passo do circuito decisório desenhado pela Constituição brasileira pode trazer um déficit deliberativo, tanto em nível interno pela deliberação entre os Ministros quanto em nível externo pela deliberação entre o Tribunal e as outras instâncias democráticas, como o Poder Legislativo³².

Nesse viés, a utilização da teoria dos diálogos institucionais exige que haja mudanças substanciais no controle judicial e, ainda, que sejam reconhecidas determinadas tensões específicas de um constitucio-

30 C. MERLIN CLÉVE e B. MENEZES LORENZETTO, cit. 389, p. 199.

31 M. CLARISSA HENNIG LEAL e M. VALENTINA DE MORAES, cit. 387, p. 76.

32 K. KOZICKI e E. BORGES ARAÚJO. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, n. 71, 2015, pp. 107-132, p. 127. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107/30791>>.



nalismo democrático, e não se trata, desta forma, de deixar de lado o controle judicial, mas de estabelecer instrumentos que permitam um novo posicionamento dos demais Poderes, sem que prevaleça a última palavra com o Judiciário³³.

Ainda é perceptível que a participação popular na interpretação da Constituição está afastada de qualquer diálogo com os Poderes, negando o fundamento da própria Constituição de que todo o poder emana do povo e por ele também deve ser exercido, o que exige uma análise crítica do sistema institucional brasileiro³⁴, análise esta que pode muito bem se utilizar de estudos sobre o fenômeno chamado *backlash*.

Isso ocorre porque, pela análise do *backlash*, no caso da Emenda Constitucional n.º 96, é possível observar a disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário pela última palavra da Constituição, afinal, a resposta legislativa do Congresso Nacional brasileiro à decisão judicial do Supremo Tribunal Federal se dá de maneira totalmente contrária à decisão exarada, sem considerar qualquer diálogo entre as instituições para garantir o interesse da população. Neste sentido:

A interpretação da Constituição não pode ser objeto exclusivo do Poder Judiciário e tampouco a ele cabe a última palavra sobre o significado da Constituição. O conteúdo, os alcances e limites dos direitos fundamentais da própria Constituição são definidos e redefinidos todos os dias por diversos atores, pelos representantes do povo que interpretam e aplicam a Constituição ao elaborar Leis e políticas públicas que irão dar concretude às previ-

33 M. CLARISSA HENNIG LEAL e M. VALENTINA DE MORAES, cit. 387, p. 77.

34 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 180.

sões constitucionais; pelo Poder Judiciário que ao emitir suas decisões também exhibe a sua compreensão sobre o significado da Constituição e suas normas; pelo povo, pelos movimentos sociais e demais instituições.³⁵

A interpretação da Constituição não deve ser restrita a um dos Poderes da República e tampouco exclusivamente a apenas um deles também, pois o povo também é legítimo desta interpretação, afinal, a carta política constitucional ilustra bem no parágrafo único do seu artigo primeiro que todo o poder emana do povo.

Como afirma o autor Miguel Godoy, em seu livro “Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais”³⁶, é possível uma postura do Poder Judiciário que não se respalde apenas em uma suposta autoridade máxima para interpretar a Constituição e que seja sensível aos demais atores e instituições em permanente diálogo, e tal postura não se restringe ao binarismo entre constitucional e inconstitucional³⁷.

Na mesma linha de pensamento sobre uma interpretação compartilhada entre as instituições e o povo da Constituição e suas normas, o Poder Judiciário também pode ter um papel mais ativo no exercício do controle judicial de constitucionalidade das Leis, esta é a ideia defendida pelos autores Robert Post e Reva Siegel, chamada de constitucionalismo democrático³⁸.

O constitucionalismo democrático, por seu intrínseco conflito entre Estado de Direito e autogoverno coletivo, analisa os discursos e práticas

35 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 113.

36 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 113.

37 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 114.

38 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 128.



do poder público e dos cidadãos na interpretação e aplicação da Constituição. Assim, o Poder Judiciário tem um papel essencial na interpretação da Constituição, não como primeira ou última palavra, mas como um diálogo com os outros Poderes, órgãos, instituições e o povo, na definição do significado da Constituição³⁹.

Ademais, na perspectiva deliberativa e dialógica, o papel de guardião da Constituição exercido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil o retira do pedestal de último intérprete da Constituição, não para enfraquecê-lo mas, sim, para mudar a compreensão sobre sua competência. Isso porque, a cultura do guardião mostra que, muitas vezes, o Supremo Tribunal Federal se impõe de maneira heroica, rejeitando o diálogo e a cooperação legislativa e, quando acanhado, se mostra amedrontado com o peso do caso em suas mãos. Por isso, a cultura do guardião associada à supremacia judicial prejudica a deliberação democrática, não favorece o incremento de legitimidade das decisões judiciais e ainda pode parecer que isenta o legislador da sua responsabilidade em invocar razões e argumentos públicos críveis para fundamentar suas ações⁴⁰.

Em oposição a essa cultura de guardião da Constituição, uma perspectiva dialógica e deliberativa compreende o Supremo Tribunal Federal como o guardião de mais uma importante e necessária voz na definição do significado da Constituição, mas não da última palavra.

Dessa forma, sua decisão é apenas uma última palavra provisória, não põe fim à política democrática, sendo apenas um estágio de um processo que pode se encerrar, ou continuar. Por isso, é preferível um Judiciário mais comedido e humilde, que perceba sua participação como

39 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 135.

40 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, pp. 166-167.

integrante de um diálogo interinstitucional de construção do significado da Constituição, a uma corte retoricamente impositiva e pouco rigorosa no desafio ao legislador. Sua atuação ativa deve servir para provocar reações, fazer com que o Poder Legislativo melhore seu desempenho democrático, deliberativo, mas não para se impor ou considerar que a sua palavra deva ser a última⁴¹. Desse modo, deve-se ter em mente que a última palavra deve ser de quem todo o poder emana, do povo.

3. EFEITO *BACKLASH*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e a considerável ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, abriu-se margem para uma atuação mais diligente (também chamada de ativista) do Poder Judiciário – sobretudo do Supremo Tribunal Federal – acionado cada vez mais para intervir em questões social e moralmente controversas.

Tal situação provocou um alerta, pois trouxe a preocupação com uma Constituição equilibrada, afinal o aumento de atribuições de apenas um Poder pode desencadear um governo autocrático, solapador da democracia, notadamente quando este Poder decide sobre comportamentos que mobilizam a sociedade sob o fator político do binômio conservadorismo-progressismo.⁴²

Ademais, com a grave crise de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem sido acionado de forma cada vez mais constante para decidir

41 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 167.

42 R. TOMAZ DE OLIVEIRA e A. KARAM TRINDADE, cit. 364, p. 755.



sobre um amplo rol de assuntos associados à garantia de direitos fundamentais e, em última análise, sobre a interpretação da Constituição.

Assim, a ingerência do Judiciário na atribuição dos sentidos “corretos” à Constituição pode solapar a sua própria legitimidade quando interfere excessivamente no que seria a esfera de competência do Legislativo, interferência esta que não é mensurável objetivamente, variando-se a percepção sobre a sua necessidade (ou “desejabilidade”) a partir da própria conjuntura política.

Desse modo, sob tais pressupostos se configura o *backlash*. O efeito *backlash* se encontra no contexto do Constitucionalismo Democrático e é entendido como a superação às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelas Cortes, através do Poder Legislativo.

A palavra *backlash* vem da ideia de uma reação contrária a uma medida estatal, ou decisão judicial (conquanto mais frequentemente o foco seja direcionado às deliberações do Judiciário), “significando uma expressiva resistência, oposição jurídico-política de considerável intensidade”⁴³.

Em que pese esteja associado geralmente a respostas negativas, ou contrárias ao que seriam avanços progressistas das Cortes, o *backlash*, na realidade, se mostra um instrumento de ampliação da legitimidade democrática do ordenamento jurídico, eis que representa a possibilidade de participação popular na interpretação do texto constitucional⁴⁴.

43 F. CORRÊA DE OLIVEIRA e L. PINHO DE OLIVEIRA. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, 2011, p. 123. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/2482/juris-poiesis-14-11-maio1.pdf>>.

44 M. BARSAGLIA PIMENTEL. *Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa*: RIL. Vol. 54, n. 214, pp. 189-202, p. 190. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>.

O fenômeno carrega em si alguns paradoxos inerentes à própria ordem constitucional democrática, possibilitando, por um lado, maior participação coletiva na delimitação de sentido às normas constitucionais, porém, por outro, arriscando a legitimidade da Constituição enquanto fator de segurança jurídica.

Admitir ampla e irrestrita participação do Legislativo e mesmo da sociedade na interpretação constitucional, sem o “filtro” representado pela Suprema Corte pode prejudicar a tripartição de poderes e a força contramajoritária da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, os autores Robert Post e Reva Siegel mencionam:

Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy.⁴⁵

Por conta disso, o efeito *backlash* possibilita analisar os questionamentos sobre as vantagens e desvantagens no papel da jurisdição constitucional na implementação e consolidação dos direitos fundamentais, em especial, ante um cenário incerto, no qual não é possível prever as consequências políticas de uma discussão polêmica, indicando talvez a necessidade de uma “deferência” judicial até que o assunto esteja melhor esclarecido na consciência social⁴⁶.

45 R. POST e R. SIEGEL, cit. 365, cit. p. 4.

46 M. KLARMAN. Courts, Social Change, and Political Backlash *In* Philip A. Hart Memorial Lecture. Cambridge: Harvard Law School, 2011. Disponível em <<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>>.



Se as formas como o Judiciário exerce essa deferência em seu papel de intérprete da Constituição não são delimitadas de forma estanque, além de extremamente sujeitas à conjuntura política, o fenômeno *backlash* pode ser visto como um termômetro sobre a percepção social do papel da jurisdição constitucional, a partir da força (ou fraqueza) das respostas legislativas e reações populares às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Ainda, constatar os meios pelos quais ocorrem respostas às decisões das Cortes ajuda a compreender como a Constituição garante sua legitimidade. O constitucionalismo democrático, nesse sentido, permite compreender como pode persistir a ordem constitucional apesar de dissensos constantes⁴⁷.

Desse modo, concluem os autores Post e Siegel que a análise do fenômeno *backlash* demonstra a relação inevitável de interdependência entre o Direito Constitucional e a política, de modo que o engajamento coletivo à normatividade expressa na Constituição não é apenas jurídico, mas também pode ser político⁴⁸.

O constitucionalismo democrático demonstra uma perspectiva importante quando ressalta os aspectos positivos das eventuais reações negativas dos cidadãos que discordam veementemente de uma decisão judicial prolatada – caracterizando o *backlash* –, pois, ao invés de rechaçar tais reações, defende a existência e permanência de canais que possam exprimir esses dissensos ou desacordos. Assim, o constitucionalismo democrático dá importância à decisão judicial por ela pôr fim à controvérsia, porém não nega a possibilidade de sua crítica e superação. Tal dinâmica atribui legitimidade

47 R. POST e R. SIEGEL, cit. 365, cit. p. 65.

48 R. POST e R. SIEGEL, cit. 365, cit. p. 66.

e força à Constituição e permite que os cidadãos permaneçam fiéis a ela, mesmo quando não concordam com as decisões judiciais proferidas⁴⁹.

Assim, pode-se perceber uma ponte entre o estudo sobre constitucionalismo democrático e os diálogos institucionais como representação do real comportamento dos Poderes, bem como o *backlash* enquanto característica desse comportamento, o qual se manifesta na presente pesquisa a partir de análise a respeito da Emenda Constitucional n.º 96.

4. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 96

A título de exemplo da dinâmica dos Poderes em diálogo, configurando um caso efetivo de *backlash* bem-sucedido em nosso ordenamento jurídico, é possível citar o caso da prática cultural conhecida como *vaquejada*, a qual foi reconhecida no texto constitucional a partir da Emenda Constitucional n.º 96, de seis de junho de dois mil e dezessete.

Trata-se a vaquejada como uma “atividade recreativa-competitiva, com características de esporte, na qual dois vaqueiros têm o objetivo de alcançar e emparelhar um boi entre seus cavalos e conduzi-lo até o local indicado, onde o animal deve ser derrubado”⁵⁰.

A controvérsia acerca da prática da vaquejada, sua constitucionalidade ou não, e qual a instituição apta a decidi-lo se iniciou com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983⁵¹, de relatoria do Ministro Marco Au-

49 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, cit. p. 220.

50 M. SALLES. A tradição da vaquejada In *Revista Globo Rural*, São Paulo, 2014. Disponível em <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Cultura/noticia/2014/12/tradicao-da-vaquejada.html>>

51 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n. 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgamento: 06/10/2016.



rélio Mello, na qual se julgou procedente em seis de outubro de dois mil e dezesseis, pedido formulado pela Procuradoria Geral da República para declarar inconstitucional a Lei n.º 15.299 de oito de janeiro de dois mil e treze, do Estado do Ceará, cuja ementa é a seguinte:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

A Lei em questão, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, regulamentava a prática da vaquejada, reconhecendo-a enquanto atividade desportiva e cultural, prevalecendo, entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à vedação constitucional de fomento e garantia aos direitos culturais quando estes impliquem em tratamento cruel a animais.

Conforme Marinho e Martins, “os defensores da prática argumentavam que se trata de atividade esportiva e festiva que ocorre há séculos, e já faz parte da cultura do povo, merecendo ser preservada, nos termos do artigo 215, caput e § 1o da Constituição Federal”⁵².

Na prática, o caso ilustra as tensões que o constitucionalismo democrático busca resolver, ou ao menos mitigar, além da possibilidade de pensar

52 R. FONSECA MARINHO e J. PARREIRAS MARTINS. Os Poderes Judiciário e Legislativo no caso da vaquejada: “efeito backlash”. *Athenas Revista de Direito, Política e Filosofia*, vol. I-1, 2018, p. 14.

em uma democracia constitucional brasileira a partir de uma compreensão sobre o que as instituições que a compõem falam e como falam⁵³.

Em primeiro lugar, cabe contextualizar a prática da vaquejada enquanto fenômeno cultural de expressiva relevância em diversos estados do Brasil, tendo seu nascimento nos estados do Nordeste brasileiro, mas já contando com um circuito de competições e, inclusive, uma associação nacional⁵⁴.

Ainda, como apontam Aires e Assunção, não se trata a vaquejada de uma prática única e dissociada do contexto atual da sociedade brasileira, existindo, na realidade, *vaquejadas* e não uma vaquejada única, a qual evoluiu hoje como um efetivo negócio e prática de lazer⁵⁵. Complementam os autores:

(...) a vaquejada e seus participantes (vaqueiros, patrões e frequentadores) em seu processo histórico e cultural nunca estiveram congelados no tempo. Pelo contrário, sempre foram aquecidos pela cultura, pela economia, pelas performances estéticas, pelas expressões orais, pelas relações de gênero pautadas nas masculinidades e feminilidades, estilos de vida, esporte e lazer. Nesse sentido, a vaquejada, assim como seus participantes são plurais que compõe uma diversidade de fazeres sertanejo, vaqueiros e patrões.⁵⁶

Cabe destacar, a título de esclarecimento acerca da decisão na ADI mencionada, que esta foi proferida sem a participação da comunidade

53 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 143.

54 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 143.

55 F. JÂNIO FILGUEIRA AIRES e L. ASSUNÇÃO. Sob a Luz da Tradição e do Negócio: Vaqueiros e Patrões nas Vaquejadas Contemporâneas no Rio Grande do Norte/RN *In* 30.ª *Reunião Brasileira de Antropologia. Políticas da Antropologia: Ética, Diversidade e Conflitos*. João Pessoa: UFPB, 2016, p. 1.

56 F. JÂNIO FILGUEIRA AIRES e L. ASSUNÇÃO, cit. 417, p. 2.



interessada, seja através de audiências públicas ou de envolvimento dos grupos em que acontece a prática⁵⁷.

A decisão na ADI n.º 4983 não resolveu a controvérsia, uma vez que, na esteira da declaração de inconstitucionalidade em questão, foi publicada a Lei Federal n.º 13.364, em vinte e nove de novembro de dois mil e dezesseis, a qual elevou as práticas do rodeio, da vaquejada e as respectivas expressões artístico-culturais à condição de manifestações culturais nacionais e de patrimônio cultural imaterial.

Da mesma forma, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 96, a qual concedeu a tais práticas proteção constitucional. A Emenda em questão foi fruto de Proposta de Emenda Constitucional, n.º 50 de quatorze de fevereiro de dois mil e dezesseis, de autoria do senador Otto Alencar, que traz interessantes pontos de reflexão em sua justificativa.

É mencionada a ADI n.º 4983, cuja decisão “suscitou intensa polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos animais, e chegou mesmo a ensejar o anúncio da formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da Vaquejada”. E segue o projeto de Emenda à Constituição:

A vaquejada, assim como outras manifestações culturais populares, passa a constituir patrimônio cultural brasileiro e merecer proteção especial do Estado quando registrada em um dos quatro livros discriminados no Decreto n.º 3.551, de 04/08/2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Nessa hipótese, acaso regulamentada de forma a garantir a integridade física e mental dos animais envolvidos sem descaracterizar

57 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 144.

a própria prática, a vaquejada atenderá aos mandamentos exarados pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento da ADI 4983.⁵⁸

O projeto de Emenda atesta a existência de um efetivo movimento social organizado e contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da prática da vaquejada, atestando a efetiva existência de um *backlash* social que culminou em um *backlash* legislativo. Ainda, ao mencionar o Decreto n.º 3.551 de 2000, ressalta uma discussão subjacente ao presente trabalho, qual seja, sobre a legitimidade ou não das instituições e do próprio Estado em determinarem o que é ou deve ser considerado cultura dentro de um estado democrático e plural como o brasileiro.

A proposta de Emenda constitucional restou aprovada em trinta e um de maio de dois mil e dezessete, com o acréscimo ao artigo 225, da Constituição Federal, de parágrafo ressaltando a constitucionalidade e, portanto, proteção pelo ordenamento jurídico, das práticas culturais envolvendo animais, desde que não praticadas de forma cruel.

Promulgada em junho de 2017, a Emenda acrescentou o parágrafo 7.º ao artigo 225 da Constituição Federal, assim dispondo:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 7.º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1.º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas

58 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 144.



desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1.º do artigo 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por Lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Mesmo a promulgação desta Emenda não pacificou o caso, eis que atualmente tramitam no Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 5728 e 5772, em que se questiona a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 96. Para ambas as ações, até o momento, não houve decisões definitivas, sendo que os autos se encontram conclusos aos relatores.

A ADI n.º 5772, apresentada pela Procuradoria Geral da República, e a ADI n.º 5728, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção aos Animais, ambas argumentam sobre a limitação constitucional ao poder de reforma do Congresso Nacional, tomando por base o artigo 60, parágrafo 4.º da Constituição Federal, bem como uma concepção de violação do direito fundamental de proteção aos animais, além do núcleo essencial do direito a um meio ambiente equilibrado.

Veja-se que os argumentos suscitados pelas ADIs em questão tratam da interpretação (segundo alegado nas ações, ilegítima) feita pelo Congresso Nacional, a respeito do que deva ser considerada prática cruel contra animais, desse modo, violadora do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado. Equivocada ou não a interpretação e alteração do texto constitucional feita pelo Congresso, as ações deixam clara a posição de intérprete do Poder Legislativo.

Interessante destacar, também, conforme Chueri e Macedo, que as respostas à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitu-

cionalidade da prática da vaquejada não se deram somente no âmbito do legislativo, havendo também manifestações populares favoráveis ao reconhecimento da validade da vaquejada enquanto manifestação cultural. Mencionam os autores:

(...) Essa mobilização foi além da rápida resposta congres-sual, a qual poderia induzir, equivocadamente, a ideia de que houve uma resposta legislativa (de uma elite) à decisão judicial proferida pelo STF (outra elite). Tanto a reação popular quanto a legislativa, ambas imediatas ao fato, desafiaram várias interpretações a respeito do tema, expon-do as múltiplas vozes que dão sentido à Constituição, seus princípios, suas diretrizes e seus possíveis arranjos.⁵⁹

Neste contexto, é possível observar que a decisão judicial proferida pela Suprema Corte brasileira causou determinado efeito que acarretou na res-posta legislativa do Congresso Nacional por meio da aprovação de Emenda Constitucional em sentido totalmente contrário do posicionamento Judici-ário, além de manifestações populares fora do âmbito do Legislativo.

O caso demonstra efetivamente a existência de um *backlash* bem-su-cedido, o qual se organizou a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade para superar a interpretação constitucional intentada pela Corte.

Não se discute aqui sobre o acerto ou não, seja da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal como da superação de tal decisão atra-vés do movimento realizado pelo Poder Legislativo e das manifestações populares organizadas.

59 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, pp. 144-145.



A conclusão a ser tomada sobre a dinâmica envolvendo a prática da vaquejada é o fato de que a controvérsia se deu dentro do paradigma constitucional, com a Constituição enquanto referencial dos limites e arranjos de uma determinada comunidade política, no caso, a brasileira. Este é justamente o enfoque do constitucionalismo democrático, o qual objetiva que a construção dos sentidos que regem uma determinada comunidade seja feita pelos diferentes atores sociais que a compõem, o que de forma alguma implica na existência de consensos perenes e indiscutíveis, mas sim na formação e reconfiguração do dissenso sobre os sentidos das normas constitucionais.

Nesse sentido, o ajuizamento de novas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 96, demonstra que o *backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal não caracteriza o ponto final do debate a respeito da constitucionalidade da vaquejada, como não deveria ser no contexto de uma sociedade plural e dinâmica.

Assim, os diálogos institucionais e a análise do fenômeno *backlash* oferecem parâmetros de análise mais alinhados com as necessidades da sociedade brasileira contemporânea e com a dinâmica atual do constitucionalismo democrático, em que não há mais hegemonia de um único poder ou polo social quanto à última palavra em assuntos constitucionais.

Permanece, entretanto, a necessidade de maior aprofundamento sobre o alcance dos diálogos institucionais e os modos como ocorre o *backlash*, pois se a cada decisão judicial houver uma resposta legislativa contrária imediata e sem que os efeitos concretos da decisão possam ser percebidos, há riscos de graves consequências à segurança jurídica das relações, desgastando-se, também, a própria força normativa da Constituição Federal brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo democrático, em sua essência, pressupõe um conflito perene entre a legitimidade (e força) da Constituição, com os distintos valores presentes na sociedade, os quais inevitavelmente influenciam em interpretações particulares sobre os sentidos das disposições constitucionais.

Assim, oferece uma nova perspectiva ao se debruçar sobre os aspectos positivos de eventuais reações negativas ou violentas de cidadãos que discordam de determinada decisão judicial (efeito *backlash*), sendo uma interessante abordagem do constitucionalismo democrático porque refuta a ideia tradicional de que se cumpre e não se discute decisão judicial. Afinal, se a decisão judicial finda a controvérsia do caso concreto, ela representa uma definição que pode ser provisória e, assim, pode sempre ser superada⁶⁰.

Dessa forma, as reações negativas ou violentas a uma decisão judicial que reclamam uma atuação política, ou uma nova atuação jurídica a fim de reverter tal decisão, devem ser encaradas como algo natural ao debate público e democrático. Por fim, o constitucionalismo democrático não somente reconhece a importância das decisões judiciais como também confere ao povo um papel primordial na definição da Constituição (mesmo quando esse papel é exercido por uma forte reação negativa), pois, para o constitucionalismo democrático, as fortes reações negativas podem ser compreendidas como mais uma prática possível de impugnação das decisões com as quais os cidadãos estejam em profundo desacordo⁶¹.

60 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 136-137.

61 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 136-137.



Assim, o constitucionalismo democrático possibilita compreender, desta forma, “tanto a atuação ativa de juízes e cortes quanto a forte rejeição a essa atuação, como elementos constitutivos de uma densa rede de intercâmbios e diálogos institucionais que sustentam a legitimidade da própria Constituição”⁶².

Em contraste com a supremacia do Poder Judiciário enquanto intérprete único e soberano da Constituição, surgem os chamados diálogos institucionais, que pressupõem uma diluição das interpretações constitucionais entre os Poderes, possivelmente mais capaz de atender à complexidade e dinamicidade das sociedades contemporâneas, especialmente a brasileira.

Nesse contexto, o fenômeno *backlash* aparece como tema de pesquisa relevante para auxiliar na compreensão de como – e se efetivamente – os Poderes dialogam quanto às suas interpretações constitucionais e, ainda, como a sociedade se insere nesse contexto.

Considerando o conteúdo da Emenda Constitucional n.º 96, resta evidenciada a possibilidade de superação legislativa de decisões judiciais em controle concentrado de constitucionalidade, a qual não deve ser vista negativamente, mas como expressão do dissenso democrático.

A decisão proferida no Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de práticas desportivas com utilização de animais restou superada diante da Emenda feita à Constituição Federal dispondo sobre a possibilidade de tais práticas com animais para fins

62 M. GUALANO DE GODOY, cit. 386, p. 136-137.

culturais no Brasil, sendo que a questão não está de todo resolvida, pendendo o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 5.728 e 5.772.

Portanto, o fato de persistir o debate acerca da constitucionalidade da prática da vaquejada demonstra que o significado das normas constitucionais está em constante revisão e que “(...) as respostas negativas da sociedade, muito embora possam trazer consequências indesejadas, não constituem uma ameaça ao jogo democrático, expressando o dissenso em um contexto marcado pelo pluralismo”⁶³.

Ainda, do ponto de vista da democracia, destaca-se que, neste caso da vaquejada, não houve um debate mais ampliado com a comunidade envolvida – tampouco um diálogo institucional –, seja pelos meios institucionais mediante audiências públicas, ou nos meios socialmente organizados, como também nas comunidades em que tal prática ocorre⁶⁴.

Tal falta de comunicação institucional é o que parece acentuar a disputa pela última palavra da Constituição Federal, em que os Poderes Legislativo e Judiciário se colocam na posição de um cabo de guerra constitucional. Há uma forte crítica à supremacia judicial, mas também uma ideia que possibilita desconstruir o discurso de supremacia judicial, refutar a ideia de última palavra sobre a Constituição e, assim, investir em uma prática jurisdicional mais dialógica e democrática, baseada nas virtudes peculiares de cada Poder e na sua interação necessária com o povo⁶⁵.

63 M. BARSAGLIA PIMENTEL, cit. 406, p. 189.

64 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 144.

65 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 176.



Há de se considerar que, em Estados de democracias constitucionais, a “Constituição não é o que a Corte Suprema diz que ela é. Há de se considerar que os demais poderes e nós, o povo, são intérpretes tão legítimos da Constituição quanto a Corte e não podemos ser demitidos de tal tarefa”⁶⁶.

Por conseguinte, em um Estado de Direito Democrático como o Brasil, a Constituição Federal não deveria se limitar simplesmente ao que o Supremo Tribunal Federal – ou apenas um dos Poderes – diz que ela é, afinal, há outros (f)atores que devem igualmente ser considerados na interpretação da Constituição, como o povo, de quem emana todo o poder.

Entretanto, ao mesmo tempo, há um movimento regressivo da teoria e da prática constitucional no que se refere “às restrições de direitos e suas garantias, ao arbítrio institucional de governantes, parlamentares e juízes cujas decisões se divorciaram do compromisso com a Constituição”⁶⁷, o que se mostra preocupante e, por isso, carece de atenção nos estudos constitucionais no Brasil.

REFERÊNCIAS

A. EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA e M. MONT’ALVERNE BARRETO LIMA. “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018, pp.

66 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 147.

67 V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO, cit. 382, p. 147.

109-128, p. 120. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825/35006>>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n. 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgamento: 06/10/2016.

C. HÜBNER MENDES. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, *In*: R. GARGARELLA, organizador, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

C. MERLIN CLÉVE e B. MENEZES LORENZETTO. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, 2015, pp. 183-206, p. 189. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>>.

C. TASSINARI e Z. FERREIRA LOPES. *Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?* *Conjur*. Matéria veiculada em 18/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial#_ftn1>.

F. CORRÊA DE OLIVEIRA e L. PINHO DE OLIVEIRA. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, 2011, p. 123. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/2482/juris-poiesis-14-11-maio1.pdf>>.

F. JÂNIO FILGUEIRA AIRES e L. ASSUNÇÃO. Sob a Luz da Tradição e do Negócio: Vaqueiros e Patrões nas Vaquejadas Contemporâneas no Rio



Grande do Norte/RN In 30.^a Reunião Brasileira de Antropologia. *Políticas da Antropologia: Ética, Diversidade e Conflitos*. João Pessoa: UFPB, 2016.

I. WOLFGANG SARLET e I. ROBL FILHO. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros Direitos Fundamentais, em especial, com os Direitos de Personalidade. Constituição. *Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba. Vol. 8, n. 14, 2016.

J. AFONSO DA SILVA. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. 2006, p. 28. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>.

J. AFONSO DA SILVA. *Poder Constituinte e popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 1999.

J. ROBERTO VIEIRA. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 36, 2001, pp. 147-161.

K. KOZICKI e E. BORGES ARAÚJO. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, n. 71, 2015, pp. 107-132, p. 127. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p107/30791>>.

Ir para o índice

L. DAVEL FROSSARD e L. PETRY VALENTIM. *Constitucionalismo Democrático: Possibilidades e Limites*, p. 3. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8248f16fa738b0bf>>.

L. ROBERTO BARROSO. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, 2013, p. 20. Disponível em <<http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo-democratico-brasil-cronica-um-sucesso-imprevisto.pdf>>.

M. BARSAGLIA PIMENTEL. *Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Vol. 54, n. 214, pp. 189-202, p. 190. Disponível em <http://www12.sena-do.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>.

M. CLARISSA HENNIG LEAL e M. VALENTINA DE MORAES. “Diálogo” entre Poderes no Brasil da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, 2018, pp. 63-81. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56031/35004>>.

M. GUALANO DE GODOY. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

M. KLARMAN. *Courts, Social Change, and Political Backlash* In Philip A. Hart Memorial Lecture. Cambridge: Harvard Law School, 2011, Disponível em <<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>>.

M. SALLES. A tradição da vaquejada In *Revista Globo Rural*, São Paulo, 2014. Disponível em <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Cultura/noticia/2014/12/tradicao-da-vaquejada.html>>.

N. BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

P. CANÁRIO. Renan fica à frente do Senado, mas não pode assumir Presidência da República. Conjur. Matéria veiculada em 07.dez.2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-07/supremo-revoga-cautelaf-mantem-renan-presidencia-senado>>.

R. FONSECA MARINHO e J. PARREIRAS MARTINS. Os Poderes Judiciário e Legislativo no caso da vaquejada: “efeito backlash”. *Athenas Revista de Direito, Política e Filosofia*, vol. 1-1, 2018.

R. POST e R. SIEGEL. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*. Vol. 42, n. 2, pp. 373-433, 2007. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>.

R. TOMAZ DE OLIVEIRA e A. KARAM TRINDADE. O Ativismo Judicial na *Débâcle* do Sistema Político: Sobre uma Hermenêutica da Crise. In *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 11, n. 2, 2016.

T. BURCK. Constitucionalismo, Direitos Humanos e Laicidade: Neopentecostalismo e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, vol. 13, n. 1, 2018. Disponível em <www.univali.br/direitoepolitica>.

THIAGO BURCK. Constitucionalismo contemporâneo e diálogos institucionais: reflexões sobre a judicialização das políticas públicas no Brasil, In *A desigualdade e a reconstrução da democracia social*. K. KOZICKI, M. CATTONI DE OLIVEIRA, T. DA ROSA DE BUSTAMANTE e V. KARAM DE CHUEIRI, organizadores. Belo Horizonte: Arraes, 2017, vol. 1.

V. KARA DE CHUEIRI e J. ARTUR DE CASTILLO MACEDO. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Vol. 39, n. 80, pp. 123-150, p. 139. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>>.

V. KARA DE CHUEIRI e M. GUALANO DE GODOY. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito GV*. São Paulo, 2010, pp. 159-174.



A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em perspectiva comparada com o Tribunal Constitucional Português

The constitutional jurisdiction
of the supreme federal court
in perspective compared to the
Portuguese constitutional court

DANIELA MARQUES DE MORAES¹
GUILHERME GOMES VIEIRA²

1 Doutora em Direito pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta da Universidade de Brasília. Coordenadora do Grupo de Estudos e de Pesquisa em Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos.

2 Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos e de Pesquisa em Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos e do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades. Defensor Público do Distrito Federal.

[Ir para o índice](#)

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Jurisdição constitucional; 3. As competências do Supremo Tribunal Federal; 3.1 Análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade; 3.2 Investigação sobre as ações de controle difuso de constitucionalidade Considerações; 4. O Tribunal Constitucional Português; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a atual Constituição da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário brasileiro é composto por Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão público cuja finalidade corresponde ao aprimoramento das atividades desenvolvidas pelo sistema judiciário, notadamente no que concerne ao controle administrativo, financeiro e funcional.

Atualmente, o Judiciário do Brasil é constituído de noventa e um Tribunais que exercem a função jurisdicional. A estrutura desse Poder foi organizada considerando a divisão entre diferentes espécies de justiça, as quais correspondem às justiças comum (estadual e federal) e especializada (trabalhista, militar e eleitoral).

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro assinala hierarquia entre determinados órgãos, de modo que o Supremo Tribunal Federal (STF) representa a cúpula do Judiciário e possui a competência de ser o guardião da Constituição Federal, definindo, portanto, a última interpretação acerca das normas constitucionais.

Considerando as funções do Supremo Tribunal Federal, nota-se que este, em especial, exerce a jurisdição constitucional, de modo a verifi-



car a compatibilidade entre diretrizes constitucionais e demais normas do ordenamento jurídico.

Em um cenário em que a prestação do exercício jurisdicional ocorre de forma morosa, os Tribunais se deparam com o desafio de concretizar sua atuação de forma efetiva e célere. Nessa perspectiva, os magistrados devem proceder ao diálogo harmônico e complementar entre qualidade e quantidade, estabelecendo-se a efetivação de suas atividades de forma substancial, sem haver prejuízo relativo à demora excessiva.

O problema de pesquisa se vincula justamente à identificação desse cenário no âmbito do STF, considerando sua relevância no sistema judicial e o seu amplo espectro de atuação, que engloba todas as espécies de justiça, incluindo-se os Tribunais Superiores.

Desse modo, além de construir reflexões teóricas, a pesquisa visa compreender o atual panorama do Supremo Tribunal Federal no que concerne aos processos e assimilar suas capacidades e limitações – especialmente em relação aos controles concentrado e difuso (funções precípua da Corte Constitucional) –, confeccionando-se um estudo empírico que viabilize propostas pragmáticas de aperfeiçoamentos institucionais.

Nesse contexto, propõe-se a investigação acerca da forma de concretização da jurisdição constitucional na seara do Supremo Tribunal Federal, considerando o desenho institucional deste órgão e as principais espécies de ações e recursos a serem julgados. No que concerne ao instrumental metodológico utilizado na pesquisa, além da revisão de literatura sobre jurisdição constitucional, são efetivadas duas abordagens principais que permitem o exame da temática.

Inicialmente, realiza-se pesquisa quantitativa, por meio de ferramentas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – em es-

pecial as estatísticas do STF –, a fim de viabilizar a compreensão real dos processos em trâmite na Corte Constitucional.

Por fim, promove-se análise comparativa com o Tribunal Constitucional Português, utilizando-se dados disponíveis em seu sítio eletrônico, de modo a possibilitar um estudo comparativo para vislumbrar eventuais práticas que podem ser agregadas ao STF.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 incorporou, dentre outras perspectivas, a concepção da separação de Poderes, a qual corresponde à divisão e à organização do Poder público consoante a análise de atividades principais e acessórias, o que contribui para a concretização de um sistema harmônico para a democratização do Estado.¹

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro assinala a existência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em relação a este, a atividade típica realizada representa o exercício jurisdicional, consistente na “atuação destinada à declaração e aplicação do direito ao caso concreto (atuação da vontade da Lei), à solução de conflito, e ainda à tutela de direitos”.²

1 P. VIEIRA ABRAMOVAY. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2010, pp. 14-23. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7700/1/2010_PedroVieiraAbramovay.pdf>.

2 R. DE BARROS LEONEL. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.



A atuação finalística do Judiciário se vincula, portanto, à concepção de jurisdição, a qual, atualmente, corresponde à “capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões”.³

Considerando-se que o exercício jurisdicional é limitado pelo texto normativo⁴, a Constituição configura o aspecto normativo central a ser observado pelos magistrados quando de sua atuação. Nesse sentido, Kelsen assinala o seguinte:

A Constituição é, pois, a base indispensável das normas jurídicas que regulam a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como daqueles que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a forma como estes órgãos haverão de proceder. É dizer, a Constituição é o assento fundamental do ordenamento estatal.⁵

Desse modo, é necessário que haja a fiscalização judicial da Constituição⁶, a qual consiste na análise hermenêutica e efetivação da Carta Magna por órgãos do Judiciário⁷, de modo a assegurar “a garantia jurisdicional da

3 A. PELLEGRINI GRINOVER, A. CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e C. RANGEL DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30.

4 F. LIMA QUINTAS. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/td-11102016-093213/publico/Fabio_Lima_Quintas_tese_versao_completa.pdf

5 H. KELSEN. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, 2008, p. 3.

6 J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. 4ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 90-95.

7 L. ROBERTO BARROSO. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*, 2014, pp. 3-4. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>.

Constituição”.⁸ Nesse sentido, a jurisdição constitucional pode ser exercida por intermédio dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade.⁹

O controle concentrado corresponde ao julgamento acerca da constitucionalidade de certa norma por um Tribunal Constitucional. Por sua vez, controle difuso equivale à apreciação de constitucionalidade de determinada norma por qualquer juiz ou Tribunal, possibilitando-se a sua não aplicação em casos concretos.¹⁰

Nesse contexto, influenciada por diretrizes estadunidenses, a jurisdição constitucional pode ser interpretada como um instrumento que viabiliza, por parte do Judiciário, a garantia de preceitos da Constituição¹¹, notadamente em relação ao âmbito de direitos fundamentais.¹²

Dessa forma, os membros do Poder Judiciário integram a sistemática de relações estatais, em que todos os Poderes dialogam, de forma complementar, a fim de estabelecer diretrizes sustentáveis na forma de condução do Estado, respeitando-se as peculiaridades e funções de cada agente.¹³

8 H. KELSEN. *Jurisdição constitucional*. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123.

9 A. CYPRIANO BARBOSA. *Divisão de Poderes e Jurisdição Constitucional Direta: ressignificação do princípio e precisão conceitual da função no sistema brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2016, pp. 57-59. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20906/1/2016_AdemarCyprianoBarbosa.pdf.

10 L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro; exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 69-70.

11 A. DEL NEGRI. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 325.

12 R. DE CARVALHO DIAS BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015, pp. 123-124.

13 D. BARILE DA SILVEIRA e E. JOHNNY PETINI. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, pp. 268-270.



Para Abboud¹⁴, a jurisdição constitucional apresenta quatro principais funções: limitar o Poder Público, assegurar a proteção de minorias e de direitos fundamentais, corrigir deslizes do Legislativo e propiciar a preservação da Constituição.

Nessa perspectiva, a apreciação jurisdicional sob a ótica da Constituição garante a observância da separação de Poderes, de modo a concretizar a atuação estatal por intermédio de mecanismos de freios e contrapesos. Reduz-se, assim, a “oportunidade de atuação unilateral de quaisquer ‘poderes’”¹⁵, maximizando-se a “probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”.¹⁶

Ademais, a jurisdição constitucional se vincula ao contexto democrático ao possibilitar a concretização da função contramajoritária, evitando-se a ruptura de diretrizes constitucionais por apelos populares, os quais, inclusive, podem ser provenientes de representantes do Poder Legislativo.¹⁷ Nesse contexto, leciona Barroso:

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito

14 G. ABBOUD. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

15 L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289.

16 C. HÜBNER MENDES. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 191.

17 G. ZAGREBELSKY. Principios y votos. M. MARTINEZ NEIRA, trad., In *El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 10-12.

como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflito.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios — não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.¹⁸

Destaca-se que, no Brasil, o ordenamento jurídico concebe o Supremo Tribunal Federal como importante instância de concretização da jurisdição constitucional. Na qualidade de Corte Constitucional, o STF realiza o controle concentrado de constitucionalidade e, considerando-se a possibilidade de apreciação de constitucionalidade nos casos concretos por qualquer magistrado, o controle difuso.

18 L. ROBERTO BARROSO, cit. 446, p. 340.



Dessa forma, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro – e, em especial, a Constituição Federal de 1988 – contemplou um requintado sistema que viabiliza a concretização da jurisdição constitucional.¹⁹

Nesse contexto, considerando-se a centralidade do Supremo Tribunal Federal no que tange à concretização da jurisdição constitucional, é interessante compreender quais são as funções precípua desse órgão jurisdicional.

3. AS COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal possui competências originárias (artigo 102, I), recursais ordinárias (artigo 102, II) e recursais extraordinárias (artigo 103, III).

Nas competências originárias (alíneas “a” até “r” do inciso I do artigo 102 da Carta Magna), inserem-se o julgamento de infrações penais cometidas por ocupantes de alguns cargos (Presidente da República, membros do Congresso Nacional, dentre outros), a extradição solicitada por Estado estrangeiro, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, o controle concentrado de constitucionalidade, dentre outras matérias.

Em relação às competências recursais ordinárias (alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 102 da Constituição Federal), destacam-se os julgamentos de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e a apreciação de crime político.

¹⁹ C. PEREIRA DE SOUZA NETO e D. SARMENTO. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.145-146.

No que tange às competências recursais extraordinárias (alíneas “a” até “d” do inciso III do artigo 102 da Carta Magna), trata-se do julgamento, mediante recurso extraordinário (RE), de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida incorrer em uma das seguintes hipóteses: contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal, julgar válida Lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida Lei local contestada em face de Lei federal.

Dessa forma, vê-se que a Carta Magna conferiu ampla atuação e poderes diversificados ao Supremo Tribunal Federal, de modo que a Corte Constitucional brasileira detém, além de características de cúpula do controle difuso de constitucionalidade, a faculdade de sanar omissões constitucionais, cassar emendas e decretar a constitucionalidade de normas.²⁰ Nesse cenário de fortalecimento da atuação do STF, leciona Oscar Vilhena Vieira:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas Leis no. 9.868/99

20 C. DA MOTA SANTOS. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2013, p. 30. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013_ClaradaMotaSantos.pdf.



e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes.²¹

Justamente em razão desse panorama, o I Relatório Supremo em Números (O Múltiplo Supremo – Corte Recursal, Constitucional e Ordinária), elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, identificou, por intermédio de análises de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que este Tribunal “não parece se comportar como uma única corte, com dois grandes grupos de processos, mas sim como três cortes distintas, com três *personas* fundidas em apenas uma instituição”, de forma que o comportamento do STF é alterado de acordo com a espécie de competência analisada.²²

Nesse sentido, em razão de sua ampla atuação e competências vastas, o Supremo Tribunal Federal utiliza considerável lapso temporal para analisar diversas impugnações recursais e ações ordinárias, o que o impede de dedicar mais tempo para o julgamento de casos efetivamente constitucionais de alta repercussão, como é feito por grande parte das Cortes Constitucionais europeias.²³

O referido cenário é confirmado por meio de pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, a qual apontou que, dentre os processos recebidos

21 O. VILHENA VIEIRA. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, 2008, p. 444.

22 J. FALCÃO, P.DE CAMARGO CERDEIRA e D. WERNECK ARGUELHES. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*, 2011, p. 16. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20M%C3%BAltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

23 D. BARILE DA SILVEIRA. Competências, volume processual e julgamento seletivo: uma análise sobre a construção do papel jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*. Vol. 2, n. 1, 2016, pp. 90-114.

pelo Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, apenas 0,51% possuem natureza constitucional – ADI, ADC, ADO, ADPF, Mandado de Injunção e Proposta de Súmula Vinculante²⁶, conforme demonstra a Tabela 1.

Tabela 1

Quantidade de processos e percentual representativo das três competências do Supremo Tribunal Federal (1988-2009).

Competência	Quantidade de processos	Percentual de representação
Constitucional	6.199	0,51%
Ordinária	95.306	7,80%
Recursal	1.120.597	91,69%

Fonte: Adaptado do I Relatório Supremo em Números (2011).

De acordo com os dados acima indicados, percebe-se que existe uma notável prevalência da atuação recursal do Supremo Tribunal Federal. O mencionado panorama é questionável, uma vez que a Corte Constitucional, na qualidade de órgão jurisdicional que se situa na cúpula do Poder Judiciário, não deveria, como regra, atuar como Tribunal de cassação, mas sim como Corte de direito, procedendo-se à análise de situações abstratas e, desse modo, não adentrando individualmente nas demandas submetidas a ela.

É importante ressaltar que, de acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário possuía acervo de 78.691.031 milhões de processos tramitando no final de 2018.²⁵

24 J. FALCÃO, P.DE CAMARGO CERDEIRA e D. WERNECK ARGUELHES, cit. 453.

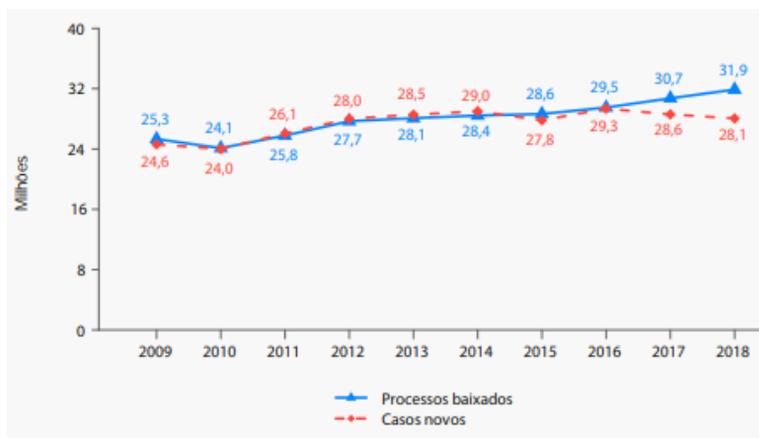
25 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019, p. 37.



Conforme evidencia a Figura 2, apesar de haver redução da quantidade de processos em relação a 2017 (menos casos novos e mais processos baixados)²⁸, ainda há significativo número de ações em trâmite, de modo que são necessárias reflexões acerca da forma de efetivação do exercício jurisdicional das Cortes – especialmente do Supremo Tribunal Federal, em atenção à sua posição hierárquica e funções.

Figura 2

Quantidade de processos em trâmite no Judiciário do Brasil.



Fonte: Justiça em Números (2019).

26 Nota do Autor: De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça (2019), em 2017, foram baixados 30.700.000 Processos e recebidos 28.600.000 novos casos. Por sua vez, em 2018, houve a baixa de 31.900.000 ações judiciais e o recebimento de 28.100.000 Processos novos.

Ir para o índice

Desse modo, considerando que o relatório Justiça em Números não aponta dados específicos do Supremo Tribunal Federal (apenas há a abordagem da primeira instância de diversas justiças, dos respectivos Tribunais de segunda instância e dos Tribunais Superiores), propõe-se a investigação da Corte Constitucional, especialmente no que tange aos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, na perspectiva da jurisdição constitucional.

3.1. Análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade é efetivado mediante julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Dessa forma, as referidas ações são previstas na Constituição Federal, a qual, em conjunto com legislações específicas (a exemplo das Leis n. 9.868 e 9.882), estabelece o seu procedimento, indicando, dentre outros aspectos correlatos à temática, o objeto e os legitimados.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade consiste no pleito judicial para declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual, sob o argumento de incompatibilidade com a norma constitucional (no caso do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal).

Por sua vez, a Ação Declaratória de Constitucionalidade é um instrumento que possui a finalidade de confirmar a constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal quando houver controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.



Em paralelo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa sanar a omissão inconstitucional, total ou parcial, no que tange ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou em relação à adoção de providência de índole administrativa. Adicionalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Ademais, é possível ajuizar a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre Lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

As mencionadas espécies de ações configuram uma das vertentes da concretização da jurisdição constitucional, evidenciando a importância de suas funções para o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em relação ao Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de intérprete final da Constituição Federal.

A fim de verificar o panorama de julgamentos de ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito da Corte Constitucional brasileira, utilizam-se os dados disponíveis na plataforma denominada “Estatísticas do STF”, que podem ser acessados pelo sítio eletrônico desta Corte.²⁷ Nesse sentido, há informações específicas atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade, segregadas em quatro tópicos (ADI, ADC, ADO e ADPF) e referentes a análises anuais a partir do ano 2000.²⁸

Ademais, há dados sobre o quantitativo de decisões prolatadas pelo

27 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>.

28 Nota do Autor: Há algumas informações anteriores, a exemplo do momento de autuação das ações, mas, em geral, os dados se referem a contextos do ano 2000 até o momento atual.

Supremo Tribunal Federal a partir de 2010. A fim de viabilizar a triangulação e a comparação de informações disponíveis, procede-se ao recorte temporal de 2010 a 2018 (considerando que, em vinte e nove de novembro de dois mil e dezenove, data da realização da pesquisa, os dados referentes a este ano não estão completos). Dessa forma, concretiza-se pesquisa longitudinal de 9 anos.²⁹

Consoante evidenciam as estatísticas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2019), indicadas na Tabela 2, foram protocoladas 748.150 ações neste órgão jurisdicional entre 2010 e 2018.

Tabela 2

Protocolo de ações no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

Ano	Quantidade de processos recebidos
2010	74.825
2011	63.637
2012	73.493
2013	72.101
2014	80.027
2015	93.565
2016	89.975
2017	102.232
2018	98.295
Total	748.150

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

²⁹ M. DE ANDRADE MARCONI e E. MARIA LAKATOS. *Fundamentos de metodologia científica*. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162.



Dentre a totalidade de processos protocolados, apenas 2.052 se referem a ações de controle concentrado de constitucionalidade (com prevalência de Ações Diretas de Inconstitucionalidade), o que corresponde a aproximadamente 0,27% do universo de petições iniciais ou recursais recebidas, conforme evidencia a Figura 3:

Figura 3

Recebimento de ações de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).



Fonte: Elaboração própria de acordo com os dados das Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Complementarmente, de acordo com as citadas estatísticas, entre 2010 e 2018, o Supremo Tribunal Federal proferiu 994.324 decisões (monocráticas ou colegiadas com as seguintes ocorrências: decisão em recurso interno, decisão final, decisão interlocutória, decisão liminar, decisão em repercussão geral e decisão de sobrestamento), consoante demonstra a Figura 4.

[Ir para o índice](#)

Figura 4

Quantidade de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

Espécie de decisão	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
Decisão									
Decisão em recurso interno	11.151	12.476	11.053	13.189	16.429	18.036	15.078	13.337	15.649
Decisão Final	86.384	80.534	72.295	71.642	92.590	92.406	95.324	105.293	102.454
Decisão Interlocutória	1.941	1.482	1.351	1.966	1.792	2.469	4.319	4.213	5.304
Decisão Liminar	3.048	2.863	2.979	2.544	2.334	2.510	2.416	3.191	2.965
Decisão Rep. Geral	145	171	122	107	141	119	87	89	66
Decisão Sobrestamento	7.033	4.900	2.279	805	1.169	1.118	264	398	304
Soma:	109.702	102.426	90.079	90.253	114.455	116.658	117.488	126.521	126.742

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Esse cenário representa as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de suas competências originária, ordinária e extraordinária, englobando, desse modo, todas as ações previstas no artigo 102 da Constituição Federal.

Destaca-se, ainda, que, de acordo com informações da Estatística do STF, é provável que duas ou mais decisões se vinculem a um mesmo processo. Isso porque os resultados apontados consideram qualquer tipo decisório da Corte Constitucional (os quais foram didaticamente categorizadas nas seis espécies indicadas na Figura 4).

Desse modo, é possível, por exemplo, que uma das decisões finais indicadas faça menção ao mesmo processo de uma decisão liminar. Essa conjuntura justifica a maior quantidade de decisões em relação ao quantitativo de processos.

Dentre as 994.324 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, aquelas que se referem a ações de controle concentrado de constitucionalidade, de 2010 a 2018, totalizam 1.535, equivalente a 0,15% de todas as decisões proferidas, conforme evidencia a Tabela 3.



Tabela 3

Quantidade de decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (2010-2018)

Espécie de decisão	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Procedente	29	48	8	13	65	31	31	43	104
Provido	0	0	0	1	0	0	0	0	2
Procedente em parte	15	16	7	3	18	18	10	10	31
Negado seguimento	14	18	14	12	15	20	21	25	25
Prejudicado	23	22	39	28	40	32	32	37	70
Improcedente	13	10	4	4	32	19	25	10	40
Não provido	0	0	1	0	0	0	0	0	4
Não conhecido	5	6	3	12	9	28	11	23	31
Extinto o processo	27	10	5	24	11	24	14	64	52
Homologada a desistência	1	2	0	0	0	1	1	4	1
Questão de ordem	0	0	1	0	0	3	0	0	1
Outros	0	0	1	0	1	0	1	0	0
Conhecida e julgadas em pronúncia de inconstitucionalidade	0	0	0	0	0	0	0	1	0
Conhecido e provido	0	0	0	0	0	0	0	2	0
Decisão referendada	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Conhecido e negado provimento	0	0	0	0	0	0	0	0	2
Conhecido e provido em parte	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	127	132	83	97	191	176	146	219	364

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Considerando os resultados obtidos, nota-se que existe uma baixa representatividade no que tange às ações de controle concentrado de

Ir para o índice

constitucionalidade em relação ao total de processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal – seja em relação à quantidade de ações recebidas, seja no que tange ao número de decisões prolatadas.

Realizadas as análises acerca do panorama das ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, examinam-se os aspectos vinculados ao controle difuso.

3.2. Investigação sobre as ações de controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer magistrado³⁰ e, dessa forma, esse exercício jurisdicional pode ser controlado, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do recurso extraordinário.

Nesses casos, o recurso extraordinário se vincula à violação direta à Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal verifica se decisões judiciais proferidas em casos concretos ofenderam os preceitos constitucionais. Destaca-se, ainda, que esse recurso pode ser interposto no âmbito da justiça comum ou especializada, o que maximiza a amplitude da utilização desse instrumento recursal.

Complementarmente, destaca-se que a admissibilidade do recurso extraordinário é realizada pela instância originária. Desse modo, o

30 Nota do Autor: A depender do órgão julgador, deve-se observar a cláusula de reserva de plenário, consoante dispõe o artigo 97 da Constituição Federal.



presidente ou o vice-presidente do Tribunal *a quo* analisa se o pleito recursal se adequa às exigências legais e se apresenta os pressupostos processuais cabíveis.

Havendo a admissão do recurso extraordinário, este é encaminhado para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Existindo a inadmissão, o recorrente pode interpor agravo em recurso extraordinário (ARE), anteriormente denominado agravo de instrumento (AI)³¹, de modo a constituir um meio de envio do recurso para a apreciação do STF.

Nesse cenário de ampla possibilidade de interposição do recurso extraordinário e dos respectivos agravos, verifica-se que o controle difuso demonstra significativa presença quantitativa no acervo processual da Corte Constitucional.

Consoante evidenciam as estatísticas do STF, entre 2010 e 2018, dentre 748.150 processos protocolados, constatou-se que 634.628 se referem a Agravos de Instrumento (AI), Agravos em Recurso Extraordinário (ARE) e Recursos Extraordinários (RE), o que representa 84,82% do total de processos recebidos no Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra a Figura 5 (na 318).

Ademais, é possível identificar a quantidade de cada espécie recursal (AI, ARE e RE) no que tange ao acervo do Supremo Tribunal Federal ao

31 Nota do Autor: Nada obstante o Agravo de Instrumento ter sido extinto com a edição da Lei n. 12.322/2010, existem Processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal que possuem essa nomenclatura, bem como envios dessa classe processual por Tribunais de segunda instância ou Tribunais Superiores.

final de cada ano, considerando-se o período entre 2010 e 2018, conforme indica a Figura 6 (na página 319).

Figura 5
Quantidade de ações de controle difuso de constitucionalidade
no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

Recebimento	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
1	3.476	3.683	2.347	2.791	2.722	3.092	3.691	4.434	4.054
2	4.354	4.699	3.737	3.947	4.768	6.437	6.847	6.164	5.374
3	7.493	4.474	5.020	5.564	6.100	9.759	8.174	8.143	7.027
4	5.966	3.687	5.009	5.664	5.685	6.446	7.271	6.445	9.624
5	6.150	7.074	8.974	5.764	6.157	7.112	6.538	9.315	7.928
6	4.578	5.211	6.415	6.253	6.970	4.841	7.941	6.647	7.173
7	4.084	5.119	5.229	3.964	4.450	6.138	4.927	5.560	5.165
8	6.155	4.723	6.619	5.854	6.006	7.249	5.605	7.265	7.703
9	5.524	4.410	5.959	5.912	6.813	8.157	8.049	8.323	7.110
10	5.944	4.012	5.873	7.268	8.185	7.317	7.365	9.572	8.015
11	6.536	3.506	4.983	5.397	7.413	8.484	6.695	7.720	5.091
12	4.412	3.263	4.046	3.910	4.700	6.286	4.065	4.004	3.285
Soma:	64.672	53.861	64.211	62.288	69.969	81.318	77.168	83.592	77.549

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).³²

Ademais, é possível identificar a quantidade de cada espécie recursal (AI, ARE e RE) no que tange ao acervo do Supremo Tribunal Federal ao final de cada ano, considerando-se o período entre 2010 e 2018, conforme indica a Figura 6.

³² Nota do Autor: As informações estão disponíveis na aba “Competência Recursal” das Estatísticas do STF, no *link* “movimentação processual”.



Figura 6
Quantidade de AI, ARE e RE no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

Acervo ao final de cada ano

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
AI	45.336	23.372	11.396	6.289	4.014	2.517	2.094	1.108	522
ARE	0	6.474	19.206	26.309	21.239	23.173	27.574	18.777	15.044
RE	27.921	19.158	15.914	14.975	14.735	12.525	12.255	9.162	7.409
Soma:	73.257	49.004	46.516	47.573	39.988	38.215	41.923	29.047	29.975

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).³³

Nota-se, portanto, que grande parte do acervo processual do Supremo Tribunal Federal corresponde às ações vinculadas à competência recursal extraordinária, com destaque para o agravo de instrumento e para o agravo em recurso extraordinário, os quais, em conjunto representam aproximadamente 66% dos recursos vinculados à mencionada competência.

Vê-se, portanto, que aproximadamente dois terços dos instrumentos de tutela do controle difuso de constitucionalidade provêm de recursos extraordinários inadmitidos na instância *a quo* que são enviados ao Supremo Tribunal Federal por intermédio de agravo de instrumento ou de agravo em recurso extraordinário.

Além de investigar a quantidade e a representatividade dos instrumentos atinentes ao controle difuso de constitucionalidade, é importante analisar a taxa de provimento desses recursos.

Nesse cenário, dados disponíveis no sítio eletrônico do STF indicam que, entre 2010 e 2018, apenas 3,31% dos AI, RE e ARE que tiveram seu

33 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, cit. 456.

mérito analisado foram providos, de modo que 96,69% dessas espécies recursais não foram providas, conforme demonstra a Tabela 4:

Tabela 4

Provimentos de AI, ARE e RE pelo Supremo Tribunal Federal (2010-2018)

Ano	Total de decisões	Não providos	% Não providos	Providos	% Providos
2010	72.557	69.686	96,04%	2.871	3,96%
2011	67.124	64.898	96,68%	2.226	3,32%
2012	59.890	58.148	97,09%	1.742	2,91%
2013	56.607	55.038	97,23%	1.570	2,77%
2014	76.239	72.919	95,65%	3.320	4,35%
2015	75.042	70.644	94,14%	4.398	5,86%
2016	77.813	75.832	97,45%	1.981	2,55%
2017	82.926	81.511	98,29%	1.415	1,71%
2018	75.795	73.959	97,58%	1.836	2,42%
Total	643.993	622.634	96,69%	21.359	3,31%

Fonte: Adaptado de Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).³⁴

Ressalta-se que os dados estatísticos indicados na Tabela 4 apenas consideram os recursos conhecidos, havendo, portanto, um prévio filtro metodológico instituído pelo Supremo Tribunal Federal ao se analisar a taxa de provimento das referidas espécies recursais.

Desse modo, caso as estatísticas considerassem o quantitativo de recursos não conhecidos, seria consideravelmente inferior o percentual de provimento recursal de agravos de instrumento, agravos em recurso extraordinário e recursos extraordinários.

³⁴ Nota do Autor: As informações estão disponíveis na aba “Competência Recursal” das Estatísticas do STF, no *link* “Taxa de provimento” e, posteriormente, no atalho “Total de decisões proferidas pelos Ministros ou pela Presidência em ARE, RE e AI”



Isso porque as normas correlatas à interposição do recurso extraordinário impõem alguns pré-requisitos processuais para que este pleito tenha o seu mérito analisado, a exemplo da demonstração repercussão geral (artigo 102, § 3.º, da Constituição Federal e artigo 1.030 do Código de Processo Civil).

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal criou o que a literatura correlata denomina de jurisprudência defensiva, a qual equivale à instituição de pressupostos que obstam o conhecimento do mérito recursal (ARAÚJO, 2019).

Por fim, é importante verificar se há diferenças significantes no que concerne à taxa média de provimento de recursos extraordinários e respectivos agravos em relação à seara criminal e ao âmbito cível. O mencionado cenário é evidenciado nas Tabelas 5 e 6.

Tabela 5

Provimentos de AI, ARE e RE no âmbito criminal pelo Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

Ano	Total de decisões	Não providos	% Não providos	Providos	% Providos
2010	2.479	2.355	95 %	124	5%
2011	2.278	2.191	96,18 %	87	3,82%
2012	2.060	1.979	96,07 %	81	3,93 %
2013	3.635	3.566	98,1 %	69	1,9 %
2014	4.017	3.948	98,28 %	69	1,72 %
2015	4.479	4.408	98,41 %	71	1,59 %
2016	4.993	4.897	98,08 %	96	1,92 %
2017	5.415	5.319	98,23 %	96	1,77 %
2018	6.212	6.042	97,26 %	170	2,74 %
Total	35.568	34.705	97,33%	863	2,66%

Fonte: Adaptado de Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019)³⁵.

35 Nota do Autor: As informações estão disponíveis na aba “Competência Recursal” das Estatísticas do STF, no link “Taxa de provimento” e, posteriormente, no atalho “Total de decisões proferidas pelos Ministros ou pela Presidência em ARE, RE e AI”.

Tabela 6

Provimentos de AI, ARE e RE no âmbito cível pelo Supremo Tribunal Federal (2010-2018)

Ano	Total de decisões	Não providos	% Não providos	Providos	% Providos
2010	70.078	67.331	96,08 %	2.747	3,92 %
2011	64.846	62.707	96,7 %	2.139	3,3 %
2012	57.830	56.169	97,13 %	1.661	2,87 %
2013	52.972	51.471	97,17 %	1.501	2,83 %
2014	72.222	68.971	95,5 %	3.251	4,5 %
2015	70.563	66.236	93,87 %	4.327	6,13 %
2016	72.820	70.935	97,41 %	1.885	2,59 %
2017	77.511	76.192	98,3 %	1.319	1,7 %
2018	69.583	67.917	97,61 %	1.666	2,39 %
Total	608.425	587.929	96,66%	20.496	3,33%

Fonte: Adaptado de Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

De acordo com as informações disponíveis nas Tabelas 5 e 6, nota-se que existe um maior quantitativo de decisões em recursos vinculados ao controle difuso de constitucionalidade na esfera cível (a seara criminal apresenta um número decisório aproximadamente dezessete vezes inferior à cível).

Nada obstante haver nítida diferença no que tange a esses aspectos quantitativos, percebe-se que, proporcionalmente, a quantidade de decisões que assinalou o provimento recursal é semelhante (2,66% para o âmbito criminal e 3,33% para a esfera cível).

Em paralelo, é interessante analisar as informações relativas ao provimento de recursos de acordo com cada espécie recursal, isto é, segregando-se, individualmente, os dados atinentes ao recurso extraordinário, ao agravo em recurso extraordinário e ao agravo de instrumento.

Desse modo, a análise individual viabiliza o real conhecimento acerca da influência de cada classe processual, afastando eventuais conclusões errôneas relacionadas ao panorama geral. Referido cenário é demonstrado nas Figuras 7, 8 e 9 (página seguinte).



Figura 7

Quantidade de provimento de ARE no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

ARE Civil	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos	ARE Criminal	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos
2.011	6.591	6.525	99 %	66	1 %	2.011	491	482	98,17 %	9	1,83 %
2.012	21.156	20.902	98,8 %	254	1,2 %	2.012	1.279	1.254	98,05 %	25	1,95 %
2.013	25.525	25.290	99,08 %	235	0,92 %	2.013	2.534	2.514	99,21 %	20	0,79 %
2.014	46.720	46.286	99,07 %	434	0,93 %	2.014	3.057	3.034	99,25 %	23	0,75 %
2.015	46.032	45.613	99,09 %	419	0,91 %	2.015	3.552	3.521	99,13 %	31	0,87 %
2.016	46.267	45.917	99,24 %	350	0,76 %	2.016	3.618	3.603	99,59 %	15	0,41 %
2.017	42.060	41.709	99,17 %	351	0,83 %	2.017	3.723	3.698	99,33 %	25	0,67 %
2.018	46.366	46.054	99,33 %	312	0,67 %	2.018	4.207	4.175	99,24 %	32	0,76 %

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Figura 8

Quantidade de provimento de RE no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

RE Civil	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos	RE Criminal	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos
2.010	8.391	7.008	83,52 %	1.383	16,48 %	2.010	280	226	80,71 %	54	19,29 %
2.011	7.442	6.333	85,1 %	1.109	14,9 %	2.011	281	240	85,41 %	41	14,59 %
2.012	4.885	4.288	87,78 %	597	12,22 %	2.012	197	165	83,76 %	32	16,24 %
2.013	5.268	4.777	90,68 %	491	9,32 %	2.013	258	226	87,6 %	32	12,4 %
2.014	6.988	5.941	85,02 %	1.047	14,98 %	2.014	283	254	89,75 %	29	10,25 %
2.015	8.039	6.285	78,18 %	1.754	21,82 %	2.015	301	274	91,03 %	27	8,97 %
2.016	6.549	5.656	86,36 %	893	13,64 %	2.016	431	366	84,92 %	65	15,08 %
2.017	6.528	5.722	87,65 %	806	12,35 %	2.017	662	591	89,27 %	71	10,73 %
2.018	7.596	6.373	83,9 %	1.223	16,1 %	2.018	939	811	86,37 %	128	13,63 %

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Figura 9

Quantidade de provimento de AI no Supremo Tribunal Federal (2010-2018).

AI Civil	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos	AI Criminal	Total Decisões	Não Providos	% Não Providos	Providos	% Providos
2.010	29.205	28.769	98,51 %	436	1,49 %	2.010	1.833	1.810	98,75 %	23	1,25 %
2.011	20.498	20.225	98,67 %	273	1,33 %	2.011	1.150	1.133	98,52 %	17	1,48 %
2.012	7.588	7.444	98,1 %	144	1,9 %	2.012	282	276	97,87 %	6	2,13 %
2.013	3.710	3.501	94,37 %	209	5,63 %	2.013	227	225	99,12 %	2	0,88 %
2.014	1.509	1.457	96,55 %	52	3,45 %	2.014	113	110	97,35 %	3	2,65 %
2.015	1.112	1.084	97,48 %	28	2,52 %	2.015	53	52	98,11 %	1	1,89 %
2.016	650	640	98,46 %	10	1,54 %	2.016	49	49	100 %	0	0,00 %
2.017	466	455	97,64 %	11	2,36 %	2.017	21	21	100 %	0	0,00 %
2.018	354	345	97,46 %	9	2,54 %	2.018	7	6	85,71 %	1	14,29 %

Fonte: Estatísticas do Supremo Tribunal Federal (2019).

Ir para o índice

No que tange ao provimento dos agravos em recurso extraordinário, nota-se que há a porcentagem média de 0,90% (cível) e de 1% (criminal). Em relação aos recursos extraordinários, o percentual de provimento correspondeu a 16,47% (cível) e a 13,46% (criminal). Por fim, no que concerne aos agravos de instrumento, o provimento médio é de 2,52% (cível) e de 2,73% (criminal).

Dessa forma, é possível perceber que há divergência no que tange à porcentagem de provimento das espécies recursais, em que os agravos, de instrumento e em recurso extraordinário, têm um baixo percentual em comparação com os recursos extraordinários, independentemente do âmbito cível ou criminal.

Considerando a expressividade na manutenção de decisões recorridas nos recursos mencionados, o maior enfoque para reduzir trabalhos desnecessários corresponde, portanto, ao agravo de instrumento e ao agravo em recurso extraordinário.

4. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

O direito comparado viabiliza o agrupamento de métodos que possibilitam a identificação de respostas de questões jurídicas.³⁶ Na presente pesquisa, não há a intenção de se produzir um denso estudo comparado entre as Cortes Constitucionais brasileira e portuguesa, tendo em vista o significativo esforço – inclusive metodológico – que essa proposta demandaria. Pretende-se, dessa forma, evidenciar o panorama comparativo em termos quantitativos, de modo a viabilizar uma análise de ambas as Cortes, considerando-se as diferenças estruturais entre os dois contextos nacionais, compreendendo-se as falhas e as boas práticas dos mencionados Tribunais no que tange ao objeto de pesquisa.

36 M. ADAMS. Doing What Doesn't Come Naturally. On the Distinctiveness of Comparative Law. In M. VAN HOECKE, editor, *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 236.



De acordo com os artigos 202 e seguintes da Constituição da República Portuguesa, o ordenamento jurídico de Portugal, contempla duas jurisdições distintas: a civil e a administrativa.

No que tange à jurisdição administrativa, constata-se Tribunais Administrativos e Fiscais, Tribunais Centrais Administrativos e, no maior grau hierárquico, o Supremo Tribunal Administrativo.

Em relação à jurisdição civil, a qual vincula matérias cíveis e criminais, os órgãos integrantes consistem nos Tribunais Judiciais de comarca, nos Tribunais da Relação e, em instância máxima, no Supremo Tribunal de Justiça.

Além das mencionadas jurisdições, o ordenamento jurídico português abarca a jurisdição do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas, dos Tribunais Arbitrais e dos julgados de paz.

O Tribunal Constitucional Português representa a cúpula do sistema de Tribunais de Portugal, o qual possui, dentre outras funções, a incumbência de apreciar atos e normas de acordo com as diretrizes constitucionais.³⁷

As competências atribuídas ao Tribunal Constitucional Português são previstas nos artigos 277 a 283 da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 7 a 11-A da Lei Orgânica desta Corte. Nesse contexto, destaca-se a fiscalização de constitucionalidade, em que o Tribunal analisa a compatibilidade de uma norma com a Constituição, o que se assemelha ao controle de constitucionalidade. Dessa forma, o ordenamento jurídico português prevê as fiscalizações preventiva (antes de a norma ser publicada), abstrata sucessiva (independente de um caso concreto), concreta (vinculada a uma questão tangível e factual) e da inconstitucionalidade por omissão (ausência de norma constitucional).

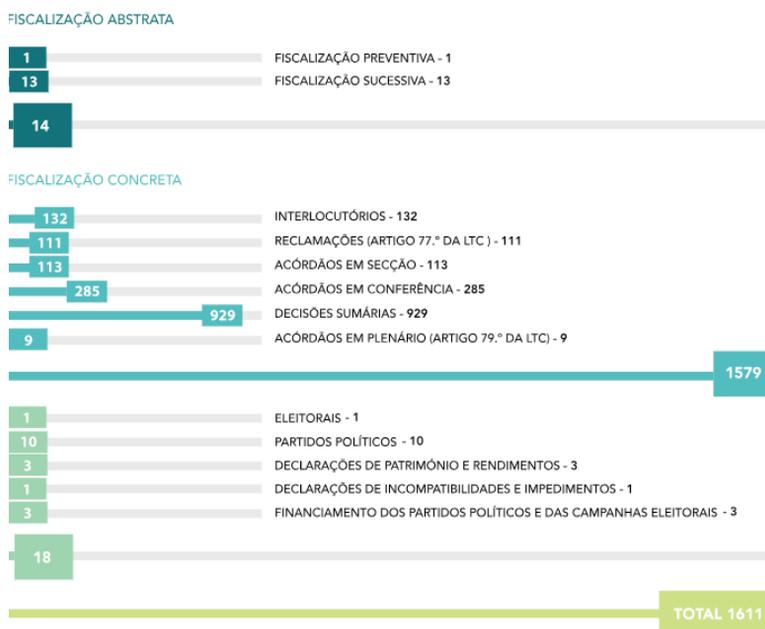
37 J. MIRANDA. O sistema judiciário português. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 37, n. 148, pp. 84-86.

Complementarmente, a Corte possui outras competências, a exemplo de processos relativos ao Presidente da República e a deputados, procedimentos eleitorais, processos relativos a partidos e a coligações, dentre outros casos.

De acordo com os dados disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal Constitucional Português, em 2018, foram proferidos 1.611 acórdãos e decisões, sendo que há expressividade no que tange à fiscalização concreta, conforme demonstra a Figura 10.

Figura 10

Quantidade de acórdãos e decisões do Tribunal Constitucional Português (2018).



Fonte: Dados do Tribunal Constitucional Português (2019).



Complementarmente, os dados do sítio eletrônico do Tribunal Constitucional Português apontam que, entre 1983 e 2018, 87,9% dos acórdãos prolatados se referiram às ações de fiscalização concreta, nos termos da Figura 11.

Figura 11

Percentual de acórdãos prolatados pelo Tribunal Constitucional Português (1983-2018).



Fonte: Dados do Tribunal Constitucional Português (2019).

Nesse sentido, percebe-se que, assim como no caso brasileiro, há prevalência quantitativa das decisões vinculadas à fiscalização concreta de constitucionalidade (recursos e reclamações), equivalente ao controle difuso do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, é importante visualizar os aspectos quantitativos referentes ao número de acórdãos e decisões proferidos pela Corte Constitucional

[Ir para o índice](#)

Portuguesa. O referido panorama é evidenciado na Figura 11 e indica que, entre 2010 e 2018, foram prolatados 13.403 pronunciamentos jurisdicionais.

Figura 12

Quantidade de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português (2010-2018).



Fonte: Dados do Tribunal Constitucional Português (2019).

Dessa forma, vê-se que a diferença quantitativa entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional Portuguesa é notável. Reforça-se que as realidades de ambos os países e os respectivos ordenamentos jurídicos são divergentes, o que inviabiliza comparações mais aprofundadas em relação ao tema.

Nada obstante, é possível concluir que a menor quantidade de processos – e, conseqüentemente, de decisões a serem proferidas – impacta no tempo disponível para a apreciação das ações judiciais e, desse modo, na qualidade dos pronunciamentos jurisdicionais proferidos.

Tendo em vista a composição do STF de onze ministros – e ignorando-se a atuação jurisdicional mais limitada do presidente da Corte Constitucional (não compõe as turmas, por exemplo, conforme dispõe o artigo 4.º, § 8.º, do Regimento Interno do STF) –, a distribuição individual das 994.324 decisões proferidas entre 2010 a 2018 resultaria em, aproxima-



damente, 90.393 pronunciamentos por julgador. Por ano, ter-se-iam, para cada ministro, o equivalente a 10.043 decisões. Assim, desprezando-se dias não úteis (recesso forense, feriados, fins de semana, dentre outros), haveria por volta de 836 pronunciamentos mensais, o que resulta em, aproximadamente, 28 decisões por dia para cada julgador.

Realizando a mesma conta no cenário do Tribunal Constitucional Português, tendo em vista a composição de treze juízes, a distribuição individual de decisões, entre 2010 e 2018, resultaria em 1.031 decisões anuais. Desconsiderando-se os dias não úteis, haveria em torno de 86 decisões mensais, o que implica aproximadamente 3 pronunciamentos diários para cada julgador.

Nota-se, portanto, que os julgadores portugueses possuem a prerrogativa de conceder maior atenção aos julgamentos realizados, tendo em vista que o quantitativo de decisões prolatadas é significativamente inferior à realidade brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitucional se vincula à apreciação jurisdicional sob a ótica da proteção da Constituição e de suas diretrizes basilares, situação que pode ser concretizada pela Corte Constitucional ou, individualmente, por magistrados.

No ordenamento jurídico brasileiro, a jurisdição constitucional pode ser realizada por intermédio dos controles de constitucionalidade concentrado ou difuso, de modo a possibilitar a ampla salvaguarda dos preceitos constitucionais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal assegurou a possibilidade de realização do controle concentrado de constitucio-

[Ir para o índice](#)

nalidade (competência originária, mediante ADI, ADC, ADO e ADPF) e do controle difuso de constitucionalidade (competência recursal extraordinária, mediante recurso extraordinário).

De acordo com as estatísticas do STF, verificou-se que, entre 2010 e 2018, foram protocoladas 748.150 ações, dentre as quais apenas 2.052 se referem ao controle concentrado de constitucionalidade, o que representa 0,27% das petições recebidas.

Ademais, dentre as 994.324 decisões proferidas no referido lapso temporal, 1.535 se vinculam às ações de controle concentrado de constitucionalidade, situação que corresponde a 0,15% do universo de decisões.

Desse modo, verifica-se que há baixa expressividade no que tange às ações de controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal no período investigado, inclusive em relação aos pronunciamentos judiciais nesses processos.

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, notou-se que 84,82% do total de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal entre 2010 a 2018 equivaleu a RE, ARE e AI. Ademais, identificou-se que dois terços desses processos correspondem a agravos de instrumento e agravos em recurso extraordinário.

Em paralelo, as estatísticas indicam que apenas 3,31% dos recursos atinentes ao controle difuso de constitucionalidade foram providos, o que evidencia que as atividades jurisdicionais do STF no que tange a essas espécies recursais ocorrem, de forma majoritária, no sentido de manter as decisões recorridas.

Ainda de acordo com as estatísticas do STF, há diferenciação em relação ao pleito analisado, de forma que, à exceção do recurso extraordinário, os demais recursos (agravos) apresentam baixa taxa de provimento (inferior a 3%).



Em paralelo, de acordo com os dados obtidos no sítio eletrônico do Tribunal Constitucional Português, dentre as competências deste órgão jurisdicional, destaca-se a fiscalização concreta de constitucionalidade, que representou, em 2018, 98% do total de acórdãos e decisões proferidos. Ademais, entre 1983 e 2018, referida competência se vinculou a aproximadamente 88% dos pronunciamentos judiciais desta Corte.

Complementarmente, as estatísticas do Tribunal Constitucional Português indicam que, entre 2010 e 2018, foram confeccionados 13.403 pronunciamentos jurisdicionais, o que propicia uma análise qualitativa favorável aos julgadores que compõem essa Corte.

Pressupondo-se o contexto de crise do Judiciário, verifica-se que são necessárias reflexões acerca das funções precípua do Supremo Tribunal Federal e de como torná-las mais efetivas, no sentido de privilegiar aspectos qualitativos em prol de critérios quantitativos.

Nesse sentido, verifica-se que os dados assinalados pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário (em especial o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) abordam a perspectiva quantitativa das decisões judiciais, não se analisando, desse modo, questões qualitativas.

Assim, destaca-se que a maior quantidade de decisões judiciais proferidas não implica afirmar que o exercício jurisdicional está sendo concretizado de forma mais adequada, tendo em vista que são abordagens complementares. Dessa forma, a partir das informações obtidas, é interessante refletir sobre configurações institucionais do Supremo Tribunal Federal, possibilitando-se o aprimoramento das atividades do Judiciário.

Nesse contexto, é possível vislumbrar boas práticas no que tange à alteração das disposições referentes ao sistema recursal, notadamente em relação aos recursos vinculados ao controle difuso de constitucionalidade.

Para tanto, é possível vislumbrar possíveis estratégias atinentes a alterações legislativas processuais, no sentido de se estabelecer critérios objetivos que viabilizem uma seleção mais efetiva de ações e recursos que serão analisados por este órgão, o que pode garantir, conseqüentemente, maior efetividade à jurisdição constitucional.

Dessa forma, uma potencial abordagem seria a de repensar e aprimorar a admissibilidade e o julgamento de AI, ARE e RE, a fim de desobstruir a atuação do STF em casos desnecessários e priorizar julgamentos de mérito em casos relevantes. Isso porque a pesquisa identificou a expressividade quantitativa desses recursos e o baixo percentual de provimento dessas espécies recursais, notadamente no que concerne aos agravos.

Uma possibilidade seria a investigação de temáticas mais comuns impugnadas nos recursos, em que se viabilize um tratamento mais efetivo desses assuntos, possibilitando-se estratégias de julgamento no âmbito dos Tribunais *a quo* e do Supremo Tribunal Federal.

O tema analisado nessa pesquisa deve ser estudado com atenção e urgência, de modo a se construírem agendas de pesquisa que viabilizem modificações pragmáticas para a atuação mais sustentável do Supremo Tribunal Federal, seja no campo legislativo, seja na esfera judicial.

REFERÊNCIAS

A. CYPRIANO BARBOSA. *Divisão de Poderes e Jurisdição Constitucional Direta*: ressignificação do princípio e precisão conceitual da função no sistema brasileiro. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2016, pp. 57-59. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20906/1/2016_AdemarCyprianoBarbosa.pdf.



A. DEL NEGRI. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

A. PELLEGRINI GRINOVER, A. CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e C. RANGEL DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>.

C. DA MOTA SANTOS. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2013, p. 30. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013_ClaradaMotaSantos.pdf.

C. HÜBNER MENDES. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

C. PEREIRA DE SOUZA NETO e D. SARMENTO. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

D. BARILE DA SILVEIRA e E. JOHNNY PETINI. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5.

D. BARILE DA SILVEIRA. Competências, volume processual e julgamento seletivo: uma análise sobre a construção do papel jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na Constituição da República de 1988. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*. Vol. 2, n. 1, 2016.

F. LIMA QUINTAS. *O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Fede-*

ral para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102016-093213/publico/Fabio_Lima_Quintas_tese_versao_completa.pdf

G. ABOUD. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

G. ZAGREBELSKY. Principios y votos. M. MARTINEZ NEIRA, trad., In *El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

H. Kelsen. *Jurisdição constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

H. Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 10, 2008.

J. FALCÃO, P.DE CAMARGO CERDEIRA e D. WERNECK ARGUELHES. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20M%C3%BAltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>.

J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. 4.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

J. MIRANDA. O sistema judiciário português. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 37, n. 148.

L. ROBERTO BARROSO. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política*, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>.



L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro; exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

L. ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

M. ADAMS. Doing What Doesn't Come Naturally. On the Distinctiveness of Comparative Law. In M. VAN HOECKE, editor, *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hart Publishing, 2011.

M. DE ANDRADE MARCONI e E. MARIA LAKATOS. *Fundamentos de metodologia científica*. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O. VILHENA VIEIRA. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, 2008.

P. VIEIRA ABRAMOVAY. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7700/1/2010_PedroVieiraAbramovay.pdf>.

R. DE BARROS LEONEL. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

R. DE CARVALHO DIAS BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Reserva do possível e mínimo existencial na realidade fiscal brasileira: o estado de exceção econômico como paradigma de governo e os desafios contemporâneos da teoria constitucional

Reserve of the possible and minimum existential in the brazilian tax reality: the state of economic exception as a government paradigm and contemporary challenges of constitutional theory

CYNARA MONTEIRO MARIANO¹

DAVI JOSÉ PAZ CATUNDA²

1 Pós-doutora pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFC, onde coordena o grupo de Pesquisa “Serviços públicos e condições de efetividade”.

2 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará, onde integra o grupo de Pesquisa “Serviços públicos e condições de efetividade”. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado da União.



SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Os direitos sociais como direitos fundamentais e suas condições de efetividade: entre reserva do possível e mínimo existencial; 3. O programa constitucional de 1988 e as armadilhas fiscais para sua realização; 4. O estado de exceção econômico como paradigma de governo e os desafios da teoria constitucional; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A consolidação do sistema capitalista e seus ciclos é amplamente reconhecida como fator que trouxe aos Estados a necessidade de atuar a fim de contingenciar as tragédias sociais que se apresentaram ao longo do tempo como resultado desse processo. A crise do Estado Moderno foi efeito da tensão permanente entre trabalho e capital, que passa a demandar um agente mediador e dissipador das tensões existentes. O Estado, assumindo tal postura, deve não mais garantir apenas a segurança jurídica na forma de liberdades negativas, mas também vê-se impelido a assegurar proteção social. É neste cenário que floresce o debate sobre os direitos sociais e suas condições de efetividade.

Os direitos sociais prestacionais como saúde, educação, moradia, dentre outros, passam a ocupar centralidade na teoria dos direitos fundamentais, sendo reconhecidos como tal após a substituição do paradigma liberal. A partir desta perspectiva, o grande desafio que se coloca é investigar a natureza e o conteúdo destes direitos, e suas condições de efetividade. No Brasil ganha notoriedade a recepção da teoria alemã do mínimo existencial, garantia de conteúdo mínimo que se deve impor em face das restrições de reserva do possível - lastreada na arguição de que a escassez de recursos é um dado - quando se coloca a discussão acerca

[Ir para o índice](#)

da efetividade de direitos que demandam aplicação de recursos públicos. Nesse mínimo estaria a última resistência contra a ausência do Estado na realização de tais direitos, sendo essa ideia resultante da proteção da dignidade da pessoa humana.

O caso brasileiro demanda, no entanto, que analisemos as mudanças no regime fiscal pós-Constituição de 1988, especialmente a adoção do regime de metas fiscais, na forma do artigo 9.º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e a Emenda Constitucional n.º 95 de quinze de dezembro de dois mil e dezesseis, que estabeleceu um teto para a despesa primária do governo indexado à inflação, apreciando a relação desse quadro institucional com as possibilidades de realização do programa constitucional consagrado em 1988, dado o compromisso assumido com a implantação progressiva de um Estado de bem-estar social. A análise identifica a problemática do conflito distributivo e a forma como as restrições fiscais têm imposto dificuldades severas à ação do poder público no que atine às garantias dos direitos sociais.

A ideia que defendemos é a de que a realidade material imposta pelas regras fiscais abordadas é expressão de um paradigma de governo caracterizado pelo Estado de exceção econômico, no qual o soberano parece ser a vontade do mercado, que a despeito do compromisso firmado na Constituição Federal para a concretização de um Estado de Bem-Estar social, orienta a ação do Estado para a priorização das pautas econômicas voltadas à remuneração do capital. É o estado de exceção, portanto, o espaço em que aplicação e norma mostram sua separação, sendo impossível a junção entre norma e realidade, e assim é que a garantia de um mínimo existencial sofre restrições de ordem material que parecem tornar as normas que tratam de direitos sociais incompatíveis com a realidade.

Diante deste quadro institucional revela-se necessário que a teoria constitucional enfrente o desafio de ressignificar algumas de suas cate-



gorias dogmáticas fundamentais, reconectando com a realidade material a fim de oferecer soluções que verdadeiramente sejam aptas a promover a necessária dissipação das tensões nas relações sociais e garantir a conexão da norma com a realidade, que apenas será possível quando houver espaço institucional que verdadeiramente permita a concretização dos comandos constitucionais. O mercado e a economia devem servir, ao final, aos objetivos da Constituição.

2. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CONDIÇÕES DE EFETIVIDADE: ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

A tensão permanente entre capital e trabalho tende a impulsionar a reação popular às mazelas produzidas pela livre atuação das Leis de mercado. Tratando sobre a crise do Estado moderno, Karl Polanyi¹ pontua que a ideia de um mercado auto regulável implicava, em verdade, em uma rematada utopia, pois uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade. O mercado auto regulável para Polanyi, alheio às suas próprias consequências, é o moinho satânico que transforma o próprio homem em mercadoria, impondo a ele a inescapável necessidade de alienar sua força de trabalho como tal. O autor destaca ainda que outras sociedades e civilizações também foram limitadas pelas condições materiais da sua existência, sendo este um traço comum da vida humana, mas apenas a civilização do século XIX foi econômica em um sentido diferente, pois escolheu basear-se em

1 KARL POLANYI. *A Grande Transformação: as origens de nossa época*. F. WRABEL, trad. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

um motivo muito raramente reconhecido como válido na história das sociedades humanas: o lucro. O mercado auto regulável seria o ambiente, a ser protegido pelo Estado liberal, que garantiria essa busca incessante dos indivíduos pelo objeto econômico.

A História, no entanto, fez revelar que diante de tais condições inevitavelmente a sociedade teria que tomar medidas para se proteger que implicariam em exceção à propalada liberdade de mercado. Quanto mais viciosamente o mercado de trabalho retorcia as vidas dos trabalhadores, mais corpo e forma ganhavam suas reivindicações por uma intervenção estatal a fim de aliviar as tensões. Sob tais condições o constitucionalismo adquiriu um significado inteiramente novo. É que as salvaguardas constitucionais contra a interferência ilegítima nos direitos de propriedade elaboradas pelos primeiros liberais ideólogos do Estado moderno que floresceu no século XIX eram dirigidas, primordialmente, contra os atos arbitrários vindos de cima. A visão de John Locke sobre a necessária proteção da propriedade não transcendeu os limites da propriedade fundiária e comercial, e objetivava apenas excluir os Decretos despóticos da Coroa. Cem anos mais tarde já era a propriedade industrial e não mais a comercial que deveria ser protegida, e não mais contra a Coroa, mas contra o povo².

Polanyi destaca que a filosofia liberal oitocentista falhou na compreensão do problema da mudança. Animada por uma fé na espontaneidade, a atitude de senso comum em relação à mudança foi substituída por uma pronta aceitação mística das consequências sociais do progresso econômico, quaisquer que elas fossem. Ressalta que autores liberais como Spencer, Mises, Lippmann, nos oferecem um relato de que o progresso do mercado auto regulável foi obstruído pela ação realista da sociedade, sendo a in-

2 KARL POLANYI, cit. 471, pp. 263-264.



tervenção estatal um erro resultante da impaciência, ambição e estreiteza de visão, e sem elas o mercado teria resolvido suas dificuldades. Sucede que estes movimentos sociais decorrentes das mazelas provocadas pelo sistema de produção capitalista não podem ser acusados de reação ideológica antiliberal, mas expressam, em verdade, a força dos setores sociais afetados pelas externalidades provocadas pelos mecanismos de mercado³.

Assim sendo, fica evidente que a ordem liberal demanda do poder estatal a efetiva proteção da propriedade, a fim de que esteja assegurado o processo de acumulação e que nesta condição a sociedade possa obter o pleno desenvolvimento por meio da realização das Leis do mercado. Por outro lado, também é notório que os setores sociais fortemente atingidos pelas tragédias provocadas por esta ordem natural do mercado auto regulável tendem a buscar no Estado a proteção necessária. Temos como exemplo dessa reação as Constituições europeias do pós-guerra, a crise de 1929 e a posterior política do *New Deal* nos Estados Unidos, que aliadas a uma descrença geral nas concepções atomísticas de sociedade, vão engrossando o caldo antiliberal de modo que aquela ideia de Estado estático, que deveria apenas garantir a propriedade e o funcionamento das regras do jogo, vai se mostrando insuficiente para resolver os diversos problemas que se apresentam em virtude do recrudescimento do processo produtivo.

O que se vê em seguida é que o Estado migra de uma posição estática para uma posição dinâmica⁴. A figura estatal deve assumir, portanto, o protagonismo da resolução dos problemas causados pelas externalidades negativas, atuando como agente e diretor do processo de desenvolvimento, e

3 KARL POLANYI, cit. 471, pp. 173-181.

4 Nota do Autor: Na expressão de Gilberto Bercovici, cfr. G. BERCOVICI. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 290-291.

não mero espectador ao assumir uma postura disfarçadamente neutra. Já no curso do século XX, a síntese keynesiana⁵ busca então conciliar a ordem de mercado com um Estado que atue para dissipar os problemas que dela decorrem. Essa conciliação tem por suporte a compreensão de que é necessário assegurar mais estabilidade às economias capitalistas, de modo a evitar problemas como os ocasionados pela crise de 1929, garantindo que os desempregados não percam seu poder de compra (subsídio de desemprego), que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar ou que os idosos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar⁶.

Dado que estas demandas são dirigidas ao Estado e consagradas nas constituições, cabe destacar que é comum na teoria constitucional a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, desde a aula inaugural de Karel Vasak em 1979, no Curso de Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo. Na primeira dimensão, costuma-se alocar os direitos liberais clássicos, que consagram a postura negativa do Estado, garantidor de liberdades civis e proteção da propriedade. Já os direitos sociais surgem do ideal igualitário como direitos de segunda dimensão, consagrados ao longo do século XX, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Portanto, os direitos sociais são fruto da reflexão antiliberal, das reivindicações das classes trabalhadores e menos favorecidas, e passam a ser consagrados nas constituições e na própria teoria constitucional ao longo do tempo, inclusive posteriormente na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷.

5 Nota do Autor: As ideias de John Maynard Keynes foram amplamente adotadas no período pós-guerra, a fim de superar a concepção hegemônica de estado mínimo e atribuir ao poder público função primordial na impulsão do desenvolvimento econômico.

6 A. JOSÉ AVELÃS NUNES. *As Voltas que o Munda dá: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76.

7 P. BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 580-583.



Na teoria dos direitos fundamentais já se discutiu muito se os direitos sociais e direitos a uma prestação se encaixam nessa categoria constitucional. Alexy destaca que o principal argumento a favor dos direitos sociais como direitos fundamentais é baseado na liberdade, no sentido de que a liberdade jurídica não teria valor sem uma liberdade fática e, além disso, na consideração de que na moderna sociedade industrial a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um espaço vital por eles controlado, mas depende sobretudo de atividades estatais. O citado autor alemão utiliza essa conexão entre direitos sociais e liberdade fática como ponto de partida para tratar do tema e traça leves considerações sobre o que poderia ser compreendido como conteúdo material da liberdade, como garantia de um mínimo existencial: não estar condenado a desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo⁸. O debate sobre a liberdade nestes termos, é bem verdade, vem sendo elemento de uma longa tradição na teoria política, mas especificamente nos formuladores da teoria do contrato social.

Na teoria política contemporânea chamam atenção as perspectivas do modelo construtivista procedimental de justiça como equidade desenvolvido por John Rawls e, por outro lado, a ideia de desenvolvimento como liberdade que Amartya Sen desenvolveu ao enfrentar questões de cunho ético e moral em suas análises econômicas. É o próprio Amartya Sen quem deixa evidente a diferença de sua teoria de justiça em relação às teorias que priorizam a liberdade formal, como é o caso da ideia de justiça em Rawls e, até mesmo, no libertarianismo inflexível de Nozick. A formulação dessa prioridade em Rawls, apesar de moderada, acolhe a concepção

8 R. ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. V. AFONSO DA SILVA, trad. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 503-505.

inicial de que amplas classes de direitos relacionados a liberdades formais, como proteção à propriedade, têm precedência política quase total sobre a promoção de objetivos sociais⁹. Para Rawls, no entanto, a garantia da prioridade destas liberdades formais apenas seria sustentável em um pacto social justo, caracterizado como aquele em que cada pessoa deva ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas e, ainda, as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que se estabeleçam em benefício de todos e estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos¹⁰.

Ao tempo em que se aproxima de Rawls, Amartya Sen propõe uma abordagem alternativa, criticando a concepção de acesso a bens primários como instrumento para garantir a liberdade e a justiça no pacto social, de modo a considerar aqui também a necessidade de abordar as condições fáticas de instrumentalização desses bens primários por parte dos indivíduos. Sen procura demonstrar, portanto, que se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos, como ressaltou Rawls, então será preciso levar em conta não apenas os bens primários que as pessoas possuem, mas também as características pessoais relevantes que governam a conversão de bens primários na capacidade de a pessoas promover seus objetivos. Por exemplo, uma pessoa fisicamente incapacitada pode possuir uma cesta de bens primários maior e ainda assim ter menos chance de levar uma vida normal do que um indivíduo fisicamente capaz com menos recursos primários¹¹.

9 A. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. L. TEIXEIRA MOTTA, trad. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 90-91.

10 J. RAWLS. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73.

11 A. SEN, cit. 479, p. 94.



Além das limitações naturais, a relação instrumental entre a baixa renda e a baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos, o que afeta a capacidade das pessoas para atingir suas realizações pessoais. Uma tal situação é importante quando se examina e avalia a ação pública destinada a reduzir a desigualdade ou a pobreza. Ganha relevo também analisar as desigualdades de gênero, como nos casos citados pelo autor de desvantagem feminina na composição familiar em virtude do aborto seletivo por sexo que se difundiu na China com o progresso tecnológico. O que o autor traz como apontamento para esta circunstância é a necessidade de se abandonar a ideia de garantir apenas os bens primários para um modelo de participação social, em que a liberdade se consolida também pela concretização da discussão pública na formulação dos aspectos de justiça que devem permear e consolidar o contrato social¹².

Avançando em sua análise o autor indiano relembra que o argumento mais imediato em favor de um mercado livre, operando sem intervenção estatal, baseia-se na importância da própria liberdade. Ressalta, no entanto, que não se pode perder de vista a complementariedade entre as mais diversas liberdades, e não apenas a liberdade de mercado. Sen pontua que existem muitas pessoas cujos interesses são bem atendidos por um funcionamento desimpedido do mercado, porém também há grupos cujos interesses estabelecidos podem ser prejudicados por este funcionamento¹³. Assim se faz necessário um exame crítico do papel dos mercados, de modo a se avaliar as possibilidades reais, dando atenção apropriada às circunstâncias contingentes que podem ser relevantes na avaliação de todos os resultados do incentivo aos mercados ou da

12 A. SEN, cit. 479, pp. 120-149.

13 Nota do Autor: Esse é, na verdade, o objeto por excelência da Economia Política, que investiga a forma como determinados grupos são beneficiados ou prejudicados pelas formas de distribuição do excedente.

restrição de seu funcionamento. Diante desse desafio de empreender uma avaliação crítica, chegamos à constatação de que o mecanismo de mercado não possui aptidão para produzir bens públicos, mas sim bens privados. A consequência da constatação desse cenário é que o Estado emerge como a instituição que deve atuar a fim de produzir diretamente e orientar o sistema para a produção de bens públicos¹⁴.

A partir das influentes considerações de Alexy e Sen é possível notar a umbilical ligação entre direitos sociais e a ressignificação que se percebe dos próprios direitos civis clássicos, dentre eles a liberdade como direito de maior destaque. No Brasil, o debate sobre a efetivação destes direitos ganhou importante relevo no período pós-Constituição de 1988. A Constituição Federal de 1988 trouxe extensa enumeração dos direitos sociais nos artigos 6.º e 7.º, incluindo-os na Seção intitulada “Direitos Fundamentais”, sendo a primeira de nossas constituições a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais, englobando direitos sociais básicos e de caráter mais geral¹⁵. Não obstante um período inicial em que prevaleceu nossa tradição juspositivista, a partir da década de 1990, a doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica, na trilha das mudanças trazidas pelo que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. Os direitos sociais então passam a ser analisados não apenas por um aspecto positivista, mas tendo em consideração o conteúdo principiológico das normas que dispõem sobre estes direitos¹⁶.

14 A. SEN, cit. 479, pp. 150-172.

15 I. SARLET, L. GUILHERME MARINONI e D. MITIDIERO. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 593.

16 R. LOBO TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In *Diálogos Constitucionais Brasil-Portugal*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 447-457.



Neste aspecto, cabe ressaltar que do reconhecimento a uma maior densidade normativa conferida aos princípios na busca de concretizar os direitos sociais, o neoconstitucionalismo, contudo, transformou-se depois para deslocar o centro da decisão para os tribunais, o que, além de não ter resolvido a problemática efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais, ainda resultou em um problema de grave ilegitimidade.¹⁷

Em todo o caso, partindo do pressuposto de que os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais, tal como ocorre com os direitos de primeira dimensão, a discussão situa-se na forma como se deve fazer aplicar estes primeiros. Cabe lembrar a disposição contida no artigo 5.º, § 1.º da Constituição Federal brasileira de 1988 no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Quando se fala em aplicação imediata do direito à liberdade de expressão, por exemplo, o que se tem é que a garantia de expressar a opinião livremente depende de postura negativa

17 Nota do Autor: Como já tivemos oportunidade de discorrer no nosso *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário*, “sabe-se que o novo papel conferido aos poderes públicos com o advento dos direitos sociais insere-se nas pautas do constitucionalismo dirigente – termo trazido da obra do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, de 1983) ou, também possivelmente, das reflexões do constitucionalista Peter Lerche (*Übermass und Verfassungsgrecht*, de 1961), que defende uma clara opção do constituinte por inafastáveis linhas programáticas que estabelecem os caminhos e comportamentos a serem seguidos pelo Estado, em prol da realização da reforma social e da democracia substancial. Portanto, é verdade que o Judiciário, agora, está comprometido com uma nova atuação, que deve ser dirigida à defesa e concretização dos direitos fundamentais, em oposição à concepção clássica do constitucionalismo francês, imortalizada na imagem do juiz ‘boca da Lei’. Só que a diferença entre o que o constitucionalismo dirigente defende e a proposta do neoconstitucionalismo é que o primeiro, diferentemente do segundo, não entende que a tarefa de concretização dos direitos fundamentais seja desempenhada primordialmente ou exclusivamente pelo Judiciário, em detrimento da soberania do poder constituinte e do status de legítimo representante da soberania popular de que é revestido o Poder Legislativo. Por isso é que o problema do constitucionalismo latino-americano não é apenas um problema de efetividade do Judiciário e dos demais poderes, mas de legitimidade”, cfr. C. MONTEIRO MARIANO. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo horizonte: Del Rey, 2010, p. 144.

do Estado ou, eventualmente, do exercício de repressão estatal contra particular que atue no sentido de inibir a livre expressão do pensamento. No entanto, quando se trata de direitos sociais como direitos a uma prestação, entra em cena a questão da escassez dos recursos e o debate toma contornos mais complexos.

Desse modo, ao passo que se pode sustentar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, não se pode olvidar a existência de limites fácticos e jurídicos para sua implementação e definição de seu conteúdo. Revela-se problema de especial delicadeza, portanto, perquirir acerca da exigibilidade dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário. Nesta hipótese, cabe conjecturar a busca pela efetivação da dimensão objetiva dos direitos sociais como direitos fundamentais, e também a perseguição da efetivação de tais direitos em sua perspectiva subjetiva. Quanto à dimensão objetiva, podemos cogitar da hipótese de o judiciário analisar atos normativos e aspectos institucionais que estejam relacionados às garantias institucionais para efetivação de tais direitos, como normas fiscais que garantem limites mínimos de aplicação de recursos em saúde e educação. No que tange à dimensão subjetiva, cabe perquirir a possibilidade de o judiciário garantir a prestação de direitos sociais como direitos subjetivos, tutela prestada individualmente a determinada pessoa.

No tocante a estes aspectos, o ponto mais polêmico em termos de exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos (dimensão subjetiva) e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas (dimensão objetiva) diz respeito à assim chamada reserva do possível, que impõe os limites que derivam da escassez orçamentária como barreira para a efetivação de tais direitos pela via jurisdicional. Neste contexto, parte da doutrina brasileira argumenta que, estando em causa a opção quanto à afetação de recursos públicos no contexto da conjuntura



socioeconômica geral, e diante da ausência ou insuficiência de critérios pré-estabelecidos pela Constituição, o exercício dessa competência caberia ao legislador, e não ao judiciário, sendo o problema, em verdade, de separação dos poderes. Não obstante, há forte sustentação doutrinária, na esteira das concepções principiológicas e neoconstitucionais, no sentido de se entender os direitos sociais como abertos à ponderação e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que abre espaço para que o Poder Judiciário possa, em concreto, rever atos de outros poderes a fim de garantir prestações pleiteadas subjetivamente, ou até mesmo pela dimensão objetiva de tais direitos. Assim, o que importaria seria enfatizar que os direitos sociais, como quaisquer direitos, não são absolutos e submetem-se a um sistema de limites, no âmbito do qual a reserva do possível assume lugar de destaque¹⁸.

Por outro lado, ganha relevo também a teoria dos limites dos limites, alçada também pela via da ponderação, destacando a importância de se garantir, mesmo diante da reserva do possível, o mínimo existencial para assegurar a dignidade da pessoa humana. Ricardo Lobo Torres destaca que no Brasil a teoria alemã que fundamenta o mínimo existencial foi recepcionada pela doutrina constitucional pátria¹⁹. Diante dos desafios decorrentes da escassez de recursos, a barreira da reserva do possível é imposta aos intentos de concretização dos direitos sociais prestacionais. O mínimo existencial, portanto, legitima-se como última reserva da dignidade da pessoa humana quando posta no jogo de ponderação²⁰. Alexy sustenta, inclusive, que a força do princípio da competência orçamentá-

18 I. SARLET, L. GUILHERME MARINONI e D. MITIDIERO, cit. 485, pp. 610-615.

19 R. LOBO TORRES, cit. 486, p. 447 e ss.

20 I. SARLET, L. GUILHERME MARINONI e D. MITIDIERO, cit. 485, p. 170 e ss.

ria do legislador, que é a via pela qual se impõem as restrições de orçamento, não é ilimitada, não é um princípio absoluto²¹. Desse modo, nas situações em que o argumento da reserva do possível encontrar óbice no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana haverá de prevalecer o mínimo existencial, admitido como um direito subjetivo *prima facie*, do qual não se pode arredar.

Este cenário na interpretação dos direitos sociais é reflexo das transformações ocorridas de uma maneira geral na própria interpretação constitucional, quando se percebe a evolução ao se transpor um formalismo legalista para o que se convencionou chamar de pós-positivismo. A tradição juspositivista predominou na interpretação constitucional desde a elaboração dos métodos interpretativos clássicos de Savigny até as teorias de Kelsen e Herbert Hart, passando pelas escolas da jurisprudência dos interesses na Alemanha dentre outras. Houve no século XX, no entanto, profundas transformações, provocadas tanto pelo que se chamou de giro linguístico como pela nova filosofia política. Enquanto o chamado giro linguístico provocou uma mudança profunda na maneira como se concebe o conhecimento, envolvendo uma ruptura com o modelo cartesiano de separação entre sujeito e objeto, a filosofia política trouxe uma profunda reconexão entre ética e direito, ressurgindo o interesse na formulação de princípios abstratos de justiça, passando a interpretação jurídica a estar mais permeável à argumentação de moralidade pública²².

A interpretação constitucional então se vê fortemente influenciada pela reconexão entre direito e moral, de modo que há um resgate da pre-

21 R. ALEXI, cit. 478, pp. 512-513.

22 DANIEL SARMENTO; CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 396-403.



ocupação com a justiça, sem que tenhamos, no entanto, o abandono do programa da norma, dos limites interpretativos contidos no texto constitucional. Assim é que assistimos a preocupação com a justiça social invadir a esfera de interpretação constitucional quando se defronta o aplicador do direito com o desafio da efetivação dos direitos sociais, deslocando o debate da concepção meramente formalista da subsunção, para oferecer possibilidades no âmbito da ponderação. No entanto, a vivência constitucional revela que a tarefa de perseguir a concretização dos direitos sociais pela via da jurisdição implica o enfrentamento da materialidade da vivência constitucional, das condições materiais do Estado e da sociedade.

Nesse sentido, Paulo Bonavides destaca que uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhe serve de regra hermenêutica. Urge, portanto, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia atribuído pelo constituinte em favor dos demais direitos fundamentais. Assim, a fim de tonar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia jurídica e a garantia econômica, sendo os fatores econômicos objetivos e reais decisivos para essa concretização. Quanto mais desfalcada e débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos, ostentando mais pragmatismo do que juridicidade²³. A realidade da vivência constitucional, portanto, ganha especial importância para a interpretação constitucional e para entender qual é, em verdade, o caráter que assume o documento fundamental em sua totalidade, aliando texto e realidade.

23 P. BONAVIDES, cit. 477, pp. 673-682.

3. O PROGRAMA CONSTITUCIONAL DE 1988 E AS ARMADILHAS FISCAIS PARA SUA REALIZAÇÃO

O fato é que os direitos a uma prestação social demandam a aplicação de recursos financeiros por parte do Estado. Nesse sentido, cabe tratar da forma como está estruturada a atividade financeira do Estado no Brasil. A grande função do déficit público, do fundo público administrado, na visão keynesiana que prevaleceu após a Segunda Guerra, seria induzir a economia a corrigir as distorções injustas do capital e atingir o pleno emprego. Desse modo, os recursos públicos seriam utilizados para ampliação de crédito, garantia de assistência social, previdência e serviço público de qualidade. A *fiscal policy* seria considerada como o instrumento fundamental para estabilizar as flutuações da economia, para promover o crescimento econômico e para buscar os objetivos de pleno emprego, estabilidade dos preços e do equilíbrio da balança de pagamentos²⁴.

Nas décadas finais do século XX ocorre, no entanto, de um modo generalizado pelo mundo, uma mudança na função do orçamento, que passa a ter por característica principal o controle dos gastos fiscais, sob o pretexto de reduzir o déficit público e equilibrar as contas governamentais. Sucede que o resultado destas políticas, e o Brasil é exemplo disto, é que o déficit não diminui, tendo em vista que o gasto com o orçamento monetário aumenta substancialmente. Desse modo, o fundo público continua sendo um instrumento essencial, mas não serve mais, preponderantemente, para, por meio de direitos sociais e serviços públicos, assegurar a reprodução da força de trabalho, passando também a ser disputado com o objetivo de garantir a remuneração do próprio

24 A. JOSÉ AVELÃS NUNES. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



capital²⁵. A análise das normas que instruem esta estrutura positivada no Brasil, especialmente consolidadas após a Constituição de 1988, é reveladora neste sentido.

A Constituição Federal brasileira dispõe em seu artigo 166, § 3.º sobre as exigências para a aprovação de emendas parlamentares à Lei orçamentária. Em seu inciso II, estabelece como necessária a indicação de recursos para tais emendas, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, e exclui, além das dotações para pessoal e transferências tributárias constitucionais obrigatórias, o serviço da dívida. Portanto, excluídos os gastos correntes (inescusáveis) com pessoal e as transferências constitucionais aos demais entes federados, determinada pela própria Constituição Federal (em atenção ao federalismo fiscal), a única despesa preservada é o serviço da dívida. Denota-se deste dispositivo constitucional que o Poder Legislativo está excluído do debate sobre os recursos para a despesa financeira do Governo.

Vale lembrar que o orçamento público moderno é um produto da democracia, possui gênese na busca pela limitação do poder arbitrário, que confundia o patrimônio público com o patrimônio do Rei, assumindo o Parlamento importante função para sua elaboração e controle do gasto público. Ao vedar que as emendas parlamentares possam buscar a anulação de despesa nos recursos destinados ao serviço da dívida, a Constituição Federal brasileira proíbe o Parlamento de debater o montante de recurso público que deve ser destinado para este fim, alijando a política do debate econômico. Essa ideia de afastar o debate econômico da política produz a concepção de que as normas de Direito Financeiro

25 G. BERCOVICI e L. FERNANDO MASSONETO. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Coimbra*, 2016, p. 68. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>.

seriam neutras, destinadas a cumprir uma função inquestionável, com a qual todos devem apenas resignar-se. É uma concepção autoritária empreendida para obtenção de uma finalidade política.

Esse mesmo discurso permitiu a promulgação da recente Emenda Constitucional n.º 95/2016, chamada “Emenda do teto de gastos”. Foram inseridos vários dispositivos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que implementaram um novo regime fiscal, previsto para durar 20 anos. Por via do artigo 107 do ADCT ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias, ou seja, as despesas do governo excluídos a correção monetária e os juros da dívida. Estes limites serão estabelecidos nos termos do que dispõe o §3.º do mesmo artigo 107, ao estipular que o limite atual tem por base a despesa de 2016 acrescida da inflação anterior e, para os exercícios posteriores, o limite de gastos corresponderá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado – IPCA. Estão vedados, portanto, aumentos nominais. O novo regime, ao vedar o crescimento da despesa até o limite da inflação, estabelece uma métrica que desconsidera fatores relevantes como taxas de crescimento econômico e de arrecadação e crescimento demográfico, o que revela a experiência brasileira como diversa de outros casos estrangeiros que adotaram o teto de gastos²⁶.

Temos um cenário em que, mesmo que a economia venha a crescer exponencialmente e a arrecadação do Governo Federal brasileiro atinja altos patamares, estes recursos não poderão ser aplicados em infraestrutura, saúde, educação etc., devendo todo o excedente ao limite estabelecido com

26 C. MONTEIRO MARIANO. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 4, n. 1, p. 261.



base na inflação ser destinado ao serviço da dívida pública. O Estado passa a ter a função principal de gerar superávit primário para realizar sua despesa financeira, para isso escravizando a despesa fiscal. Não apenas a Constituição Federal possui amarras legais para subjugar o orçamento fiscal ao gasto financeiro do Estado. A Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira é o símbolo maior desta ascendência monetária do nosso direito financeiro. Gerson Lima²⁷ trata do tema, inclusive trazendo detalhado contexto histórico.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) fez parte, na época em que proposta pelo Poder Executivo, das condições impostas pelo Fundo Monetário Internacional dentro de acordo para concessão de novos empréstimos ao Brasil, de forma a assegurar que o país teria condições de continuar importando do resto do mundo e também pagar os juros dos capitais externos aplicados no mercado financeiro nacional. A remuneração do capital, no entanto, não é uniforme, e é evidente que sua taxa de remuneração sobe sempre com o discurso de que os juros são condizentes com um suposto risco, quando o que parece é que os proprietários deste capital buscam receber juros em extremo descompasso com os riscos reais.

A LRF, portanto, trata em seu artigo 9.º dos contingenciamentos de despesa quando houver risco de descumprimento da meta fiscal estabelecida. As limitações de empenho e movimentação financeira serão realizadas com esteio nos critérios estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. No entanto, o §2.º exclui do contingenciamento as despesas com o pagamento do serviço da dívida. Régis Fernandes de Oliveira comenta que no §2.º do artigo 9.º há escandalosa interferência do Fundo Monetário Internacional. Destaca que atendidas as despesas de caráter

27 G. LIMA. *A ascendência monetária da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Curitiba. Disponível em: http://www.varican.xpg.com.br/varican/Beconomico/artigo_lrf.htm.

constitucional e legal, todas as demais podem ser objeto de suspensão de pagamento, excluído o pagamento de juros da dívida. Esta circunstância revela imposição dos credores internacionais, com as bênçãos do Poder Executivo e do Congresso Nacional²⁸.

Na prática, a despesa com o pagamento da dívida assume uma posição hierárquica em relação às despesas primárias, escapando de qualquer tipo de contingenciamento. No artigo 16 da LRF, o compromisso com o ajuste fiscal é reafirmado, ao dispor sobre a possibilidade de aumento de despesa, aceitável apenas quando da “criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental”. Este aumento de despesa, independentemente de seu mérito, só poderá ser implementado se estiver adequando à Lei orçamentária anual e se for compatível com o plano plurianual e com a LDO, ou seja, se não prejudicar o resultado primário anteriormente assumido. Ao tratar da despesa obrigatória de caráter continuado, o referido diploma legal delineia em seu artigo 17 a regra de que o aumento desta rubrica e até mesmo sua criação, devem atender ao mesmo comando do artigo 16, inclusive apontando a origem dos recursos. Sucede que o sexto parágrafo exclui desta exigência as despesas destinadas ao serviço da dívida. Ou seja, para aumentar gasto com juros o governo está dispensado de demonstrar a origem dos recursos e pode desconsiderar a LDO e o orçamento.

Esse conjunto de regras fiscais acima abordado tem como finalidade a limitação das despesas públicas primárias, deixando livre de restrições apenas a despesa financeira, os gastos com juros da dívida pública, fortemente impactados pela política monetária exercida pelo Banco Central, o que denota que o exercício desta política monetária escapa ao controle público. A concepção ideológica que sustenta um sistema fiscal assim de-

28 R. FERNANDES DE OLIVEIRA. *Curso de Direito Financeiro*. 7.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 749.



senhado tem como perspectiva a hipótese de que um ajuste fiscal pode ser expansionista se os impactos negativos das medidas adotadas sobre a demanda pública forem mais do que compensados pelo impacto positivo da melhora das expectativas e da queda da taxa de juro sobre a demanda privada. É a chamada hipótese da “contração fiscal expansionista”²⁹. Ou seja, a contração fiscal promovida pelo ajuste geraria um ambiente de confiança que permitiria o aumento de investimentos privados, com crescimento econômico, geração de empregos e benefícios para todos. No entanto, os baixos níveis de crescimento da economia em todos os últimos anos, quando o Brasil promoveu sucessivos superávits primários, tendem a revelar o fracasso desta concepção.

A compressão dos gastos públicos é parte do regime de metas fiscais que rege a execução orçamentária no Brasil. As reformas institucionais foram feitas pelo lado da despesa, a fim de conter os gastos primários, mas para além dessa contenção, é fato que a execução orçamentária está limitada pela própria sistemática do regime de metas. Como destacado acima, o artigo 9.º da Lei Complementar n.º 101 (LRF) impõe que se a realização da receita não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os poderes promoverão as devidas limitações de empenho segundo os critérios fixados pela Lei de diretrizes orçamentárias. Vale lembrar que nessa limitação não estão englobados os gastos líquidos com juros. A ideia dessa regra fiscal é corrigir incentivos e conter pressões para o excesso de gasto de forma a garantir a responsabilidade fiscal.

O objetivo da meta fiscal não é, porém, a meta em si, mas atribuir sustentabilidade à dívida pública. O objetivo não é a necessidade pura e simples de economizar aquela dada quantia para garantir a sobrevivência

29 A. ALESINA e S. ARDAGNA. Tales of Fiscal Adjustment. *Economic Policy*. Harvard, 1998, pp. 498-545. Disponível em: < https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/2579822/Ardagna_TalesFiscal.pdf>.

do Estado, mas sim sinalizar uma trajetória sustentável de endividamento. Assim é que quanto maior o crescimento econômico e menor a taxa de juros real, menor será o superávit necessário para estabilizar a dívida pública. E quanto maior a dívida pública, maior o superávit necessário para estabilizá-la. Sucede que para a análise de curto e médio prazo, o conceito de sustentabilidade da dívida assume uma forma mais subjetiva. Primeiramente, porque a solvência do Estado não depende apenas de seu patamar de endividamento, mas de sua capacidade de honrar sistematicamente os seus pagamentos. Um determinado patamar de dívida pode ser considerado bom para um país e ruim para outro, dependendo de seus aspectos institucionais, da confiança dos investidores, do compromisso público em honrar a dívida. Adicionalmente, os aspectos qualitativos do endividamento público também devem ser considerados para a análise da sustentabilidade³⁰.

Desse modo, a economia representada pelo cumprimento das metas fiscais impõe limitação à discricionariedade fiscal da ação pública e representa uma das variáveis importantes para a sustentabilidade da dívida no longo prazo, junto com o crescimento econômico, a taxa de juros e a própria composição da dívida, como prazos de amortização. Sucede que a forma como se estabelecem essas metas fiscais, ou seja, os níveis de compressão que se impõem à discricionariedade fiscal da ação pública, podem causar sérios impactos no funcionamento dos serviços públicos, de modo a gerar uma constante ameaça de um verdadeiro *shutdown*³¹ da máquina estatal e, por conseguinte, na garantia de prestação dos direitos sociais.

30 P. ROSSI. *Regime Macroeconômico e o Projeto Social-Desenvolvimentista*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA. *2029 Texto para discussão*. 2015. Brasília, 2015, pp. 22-23. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3406/1/td_2029.pdf>.

31 Nota do Autor: O *shutdown* da máquina pública ocorre quando as medidas de corte de despesa alcançam um nível em que o governo tem seu funcionamento prejudicado e não consegue produzir os serviços públicos mais básicos para a sociedade. A origem do termo vem dos EUA, que têm uma legislação que determina ao governo a interrupção dos seus pagamentos quando a dívida pública ultrapassa um determinado nível estabelecido pelo Congresso americano.



Nesse contexto devemos lembrar que as despesas primárias do governo federal são decompostas entre obrigatórias e discricionárias. As despesas obrigatórias se referem a compromissos estabelecidos na legislação: direitos individuais (previdência, assistência social, seguro desemprego, etc.) mínimos constitucionais, vinculações e salários de servidores, por exemplo. As despesas discricionárias são aquelas sobre cujo montante o governo tem algum grau de decisão. De acordo com o último relatório de avaliação fiscal, as despesas discricionárias representam apenas 9,2% da despesa primária do governo federal³². São as despesas discricionárias que se vêm atacadas quando as projeções de crescimento da economia são revisadas para baixo e, por consequência, não se concretizam as perspectivas de receita previstas na Lei orçamentária, o que tem sido recorrente nos últimos trimestres no Brasil, ocasionando uma sucessão de contingenciamentos de recursos ao longo da execução do orçamento, em atenção ao que dispõe o artigo 9.º da Lei n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – de quatro de maio de 2000.

Diante da situação exposta, o que se tem é que o governo possui controle sobre a sua decisão de gasto, mas a sua arrecadação depende da geração de renda, ou do crescimento econômico. O estabelecimento de uma meta fiscal anual implica que, no início do ano, o governo se compromete com um resultado fiscal com base em uma expectativa de arrecadação, considerando um crescimento econômico estimado, que quando não ocorre o leva a tomar a medida mais dramática para a situação, que é aumentar impostos e/ou cortar gastos discricionários, que estão relacionados diretamente com a prestação de serviços públicos que garantem direitos sociais, como saúde, educação e moradia. O que

32 Nota do Autor: Cfr. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Despesas discricionárias e shutdown da máquina pública algumas implicações para política. Disponível em < <https://blogdoibre.fgv.br/posts/despesas-discricionarias-e-shutdown-da-maquina-publica-algumas-implicacoes-para-politica> >.

se percebe é que as despesas públicas objeto de corte são multiplicadores fiscais que alavancam o crescimento econômico, de modo que se há limitação severa nas suas rubricas, o impacto do superávit como estabilizador da dívida torna-se estéril. É que de nada adiantará atingir superávit se a economia não estiver crescendo³³.

O cenário que se apresenta, dadas as regras de limitação dos gastos e a perseguição anual da meta fiscal, é de um ciclo vicioso em que a necessidade de cortes torna-se um fim em si mesma, aprofundando a recessão e inviabilizando os recursos públicos necessários à garantia de prestação dos serviços públicos, direitos sociais e o próprio funcionamento da máquina estatal. As restrições *a priori* dos gastos públicos e o regime de meta fiscal institucionalizam um regime macroeconômico de austeridade fiscal que causa efeitos negativos no crescimento econômico e nos níveis de desigualdade, sem que se cumpra sua principal promessa, qual seja, a redução do patamar da dívida pública. Limitados os gastos públicos primários, a política fiscal vê-se servil à política monetária, cobrando a estabilidade monetária um alto custo social.

Esse quadro estrutural de severa restrição fiscal condiciona materialmente a atuação do Estado e, inevitavelmente, tende a gerar problemas insolúveis no âmbito da interpretação constitucional. Se temos em consideração o jogo de ponderação como método para dissipar a tensão entre princípios constitucionais e assim atingir o conteúdo dos direitos para os ca-

33 Nota do Autor: Autores como PAUL KRUGMAN sustentam que o que há de mais relevante para a administração da dívida pública é que ela aconteça num ambiente de equilíbrio orçamentário e de crescimento positivo, de modo que o PIB real cresça mais depressa do que a dívida, o que, em termos reais, diminui, com o tempo, o montante da dívida em relação ao PIB, que é a medida utilizada de um modo geral para medir a confiança no país, *cfr.* M. BLYTH. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*, F. E SILVA, trad. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, pp. 34-35. Vale lembrar que mesmo em cenário de superávit a dívida pode crescer, em virtude dos fatores monetários.



sos concretos, há de se considerar a dificuldade de arguir a necessidade de garantir um mínimo existencial a resguardar a dignidade humana em face da reserva do possível, quando esta reserva do possível for algo próximo do nada. A ameaça de desligamento ou precarização de serviços públicos em virtude dos cortes orçamentários provocados pelas regras de meta fiscal e teto de gastos, na prática, como acima analisado, tendem a tornar perene um cenário de escassez que não restringe, mas de fato inviabiliza a garantia de recursos mínimos para áreas sensíveis de atuação do Estado na garantia de direitos a uma prestação. Uma estrutura de administração dos recursos públicos assim montada parece ser instrumento para tornar permanente o cenário de escassez que, em tese, deveria ser excepcional. A persistência dessa estrutura institucional, portanto, revela-se como um verdadeiro estado de exceção econômico alçado à condição de novo paradigma de governo, o que não pode escapar de análise pela teoria constitucional.

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO ECONÔMICO COMO PARADIGMA DE GOVERNO E OS DESAFIOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Giorgio Agamben destaca que há uma dificuldade persistente no direito público para formular uma teoria do estado de exceção, dado que se costuma encarar o tema muito mais como uma questão de fato do que uma genuína questão jurídica, estando situada no limite entre a política e o direito. Quanto à definição do que vem a ser a exceção costuma-se aceitar que são duas as possibilidades, sendo a primeira derivada da consideração de que o estado de exceção é fruto dos períodos de crise e, como tal, deve ser absorvido por uma forma jurídica para o período de crise, ainda que se enfrente o paradoxo de uma forma legal para aquilo que assumidamente não poderia ter uma forma legal. De outro lado, se

encarada a exceção como o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, de modo que uma teoria do estado de exceção torna-se elementar para a própria compreensão do Direito. Assim é que se pode fazer o alerta para uma percepção incontestável da presença do estado de exceção no interior das democracias contemporâneas, de modo que se revela cada vez mais a exceção como paradigma de governo dominante na política³⁴.

É importante atentar, no entanto, para a polissemia da expressão “estado de exceção”. Rafael Valim esclarece que Saint-Bonnet já aludia para duas acepções do vocábulo exceção: a primeira consistiria no momento durante o qual as regras jurídicas, previstas para períodos de tranquilidade, são transgredidas ou suspensas para o enfrentamento de um determinado perigo. Já a outra acepção, cujo grande representante seria justamente Giorgio Agamben, aponta para uma modificação profunda de certos sistemas jurídicos diante de perigos duráveis. Ao tempo em que Bonnet recusa a exceção permanente, por vislumbrar uma contradição insuperável entre o que é exceção e o que é regra, Agamben se propõe a compreender a exceção como um novo paradigma de governo³⁵. Não se trata aqui, portanto, de tratar acerca de formas jurídicas como estado de sítio e estado de defesa e intervenção federal, presentes, por exemplo, na Constituição Federal brasileira de 1988 a partir de seu artigo 136, e que existem para momentos em que não se deve aplicar a norma a fim de preservar a norma. Nesses casos o que se tem é a tentativa de criar uma forma jurídica para conter o deslocamento entre o que o direito impõe o que

34 G. AGAMBEN. *Estado de Exceção*, I. D. POLETI, trad. 2.ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 11-13.

35 R. VALIM. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 137-148.



a realidade apresenta, mas assumindo que situações tais devem acontecer apenas excepcionalmente, a fim de combater um inimigo específico.

A exceção como paradigma de governo, por outro lado, é o terreno onde se constata a existência de uma verdadeira aporia persistente entre a norma e a realidade, e não apenas casual, caracterizando-se a exceção como uma persistência biopolítica, que tende a tratar amplos contingentes da população como vida nua, ou seja, viventes desprovidos da proteção política, jurídica e até teológica, reduzidos à mera condição de vida biológica, sendo essencial para confirmar o direito, para assegurar a existência do Estado e da norma em abstrato³⁶. Um sistema jurídico assim identificado apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados, quais sejam, o elemento normativo e o elemento anômico, que Agamben nomeia de *potestas* e *autorictas*, respectivamente. O elemento normativo necessita do elemento anômico para ser aplicado, que por sua vez apenas pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão do elemento normativo³⁷.

A persistência da norma demanda que no espaço anômico sua aplicação seja suspensa, a fim de que se tenha mantida sua vigência. No que tange à jurisdição, por exemplo, Pedro Serrano resgata o debate na teoria do Direito sobre vagueza e discricionariedade judicial ao diferenciar decisões judiciais que expressam meramente um solipsismo judicial - quando o juiz decide segundo sua consciência - ou o ativismo judicial, para deixar bem claro que a exceção está presente na jurisdição quando suas decisões se apresentam como mecanismo de desconstrução do Direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria

36 P. ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 952.

37 G. AGAMBEN, cit. 504, p. 103.

democracia, seja pela suspensão ou restrição de direitos fundamentais de determinados indivíduos³⁸. O autor trata no último capítulo da obra citada de exemplos de expressão da exceção como jurisdição nos casos do Paraguai, que viveu um processo de *impeachment* à jato e extremamente controverso, e casos importantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, além de mencionar a forma como para alguns crimes as prisões preventivas têm se transformado em verdadeiro cumprimento provisório da pena.

O estado de exceção econômico, por sua vez, manifesta-se na forma como a economia afasta o exercício da soberania popular. As principais decisões do Estado são excluídas do escrutínio democrático, sendo franqueadas ao mercado, alçado à condição de verdadeiro soberano. As estruturas decisórias são ocupadas por uma burocracia que se defende como técnica e neutra, encarregada de cumprir um programa de medidas que seriam incontestáveis e inafastáveis, razão pela qual, também, devem ser excluídas do debate público. Neste sentido, Avelãs Nunes destaca como a defesa do mercado como mecanismo de regulação automática da economia não representa apenas uma questão técnica, mas é sim a defesa do modelo liberal, que enxerga no mercado uma instituição autônoma, soberana e capaz de uma arbitragem neutra dos conflitos de interesses. Entendido o Estado como instância separada da economia e da sociedade civil, firma-se uma concepção que deliberadamente ignora a compreensão de sua natureza de classe, incapaz de compreender a intervenção na economia como uma das formas de garantir as condições gerais indispensáveis ao funcionamento do modo de produção e manutenção das estruturas sociais que o viabilizam³⁹.

38 P. ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO, cit. 506, pp. 1601-1606.

39 A. JOSÉ AVELÃS NUNES, cit. 494, p. 448-449.



Assim montada a estrutura de administração dos recursos financeiros do Estado, o espaço para exercício da soberania nas decisões fundamentais pelo mercado está garantido e ilustrado por uma roupagem de neutralidade que exclui o exercício da soberania popular. Há, portanto, um deslocamento saliente entre a Constituição Federal, que prevê a garantia da dignidade da pessoa humana, o combate à desigualdade social, a garantia de direitos sociais como direitos fundamentais, enfim, uma série de disposições constitucionais que asseguram a formação de um Estado de Bem-Estar social, e a realidade, o âmbito de aplicação da norma constitucional, espaço em que impera a pobreza, a desigualdade social, a condição geral de subdesenvolvimento. Isso não obstante estejam garantidos privilégios de pequenos setores sociais, especialmente detentores do grande capital, como bancos e donos de fundos de investimento, que inclusive são os maiores credores da dívida pública interna e a eles interessa que os recursos públicos estejam primordialmente assegurados para a gorda remuneração de seu capital.

No intuito de conservar esse estado de coisas vigente, garantindo a destinação de recursos para remuneração do capital em detrimento da aplicação em políticas públicas direcionadas à efetivação dos direitos sociais, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo fictício do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate⁴⁰. Os inimigos são os movimentos orientados para o exercício da soberania popular, os movimentos sociais que buscam romper as estruturas montadas justamente pelo interesse do mercado soberano. O estado de exceção econômico é o espaço vazio

40 R. VALIM, cit. 505, p. 308.

que permite convivermos com a vigência de uma Constituição que assegura direitos sociais como direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, uma vivência constitucional que restringe severamente as possibilidades de realização do programa constitucional. A fim de manter e assegurar a existência desse Estado capturado pelo mercado soberano, é necessário que se mantenha a vigência (*potestas*, na definição de Agamben) da Constituição e que a teoria constitucional siga sustentando dogmática e esterilmente a imperatividade dos direitos sociais.

Encontramos também em Carl Schmitt os elementos para o Estado de exceção econômico e sobretudo para a ideia de inimigo como fundamental à política. Definindo soberania como a decisão sobre o estado de exceção, Schmitt quis dizer que o ordenamento jurídico está à disposição de quem decide, e o soberano está, ao mesmo tempo, dessa forma, dentro e fora da ordem jurídica.⁴¹ Como também já tivemos oportunidade de concluir em nosso *Legitimidade do Estado e do Poder Judiciário*, “essa formulação schmittiana inaugurou, portanto, o decisionismo político, pois a partir de então o soberano é quem decide sobre a existência da normalidade ou da exceção, e sobre quem é amigo ou inimigo. E precisamente aqui residiria a soberania do Estado: o monopólio da decisão última pelo soberano”.⁴²

Vale também lembrar a explicação de Gilberto Bercovici, ao pontuar que o estado de exceção foi inicialmente utilizado para a salvaguarda do Estado. Em um segundo momento, com o triunfo dos movimentos constitucionalistas liberais do século XVIII e a consagração da supremacia da Constituição, o estado de exceção passou a ser um instrumento para garantia do texto constitucional. Com a ampliação da participação popular na demo-

41 C. SCHMITT. *Teologia Política*, E. ANTONIUK, trad. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

42 C. MONTEIRO MARIANO. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 46.



cracia liberal os textos constitucionais passaram a incorporar as demandas sociais, especialmente oriundas das nascentes classes trabalhadoras urbanas, que reivindicam atuação do Estado na perseguição da justiça social por meio de políticas que distensionassem as fortes mazelas produzidas pelo processo de acumulação capitalista, e assim o estado de exceção passa a ser o instrumento de salvaguarda dos interesses financeiros que neutraliza a concretização do texto constitucional. O inimigo não era propriamente o comunismo, mas a possibilidade de intervenção efetiva dos trabalhadores na condução da política econômica estatal, interferindo na ordem de mercado e prejudicando os interesses da burguesia⁴³.

Cabe então investigar o que resta para a teoria constitucional. Também sobre essa questão alerta Bercovici que o chamado “neoconstitucionalismo” vem a consagrar o positivismo jurisprudencial, com a formalização e constitucionalização da política pela interpretação jurisprudencial da Constituição. A partir do protagonismo crescente dos tribunais, os juízes foram então convertidos de instrumentos de garantia em legitimadores do sistema constitucional. O Judiciário migra então da posição de guardião do poder constituinte para ocupar o lugar de seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo. O alerta consiste na consideração de que a Constituição não pode viver apenas da interpretação constitucional, mas só pode ser realizada plenamente pela política democrática⁴⁴.

O que estamos a destacar é que a jurisdição constitucional, no novo paradigma do neoconstitucionalismo, ao emergir como arena de realização da Constituição, na verdade opera como expressão da *potestas* na visão de Agamben, fazendo persistir a miragem que ela, jurisdição, é a própria vigên-

43 G. BERCOVICI. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 290-307.

44 G. BERCOVICI, cit. 513, pp. 324-325.

cia do normativo, dentro do quadro geral de anomia constatado pela inoperância da política democrática. A *autorictas*, o mercado soberano, também por meio desta *potestas*, estabelece o estado de exceção econômico como novo paradigma de governo. De igual modo à teoria constitucional resta apenas o espaço do discurso moral, aquele que defende veementemente a aplicabilidade direta dos direitos sociais como direitos fundamentais, a impossibilidade de vedação ao retrocesso, a perspectiva objetiva e subjetiva de tais direitos, ou ainda, para correntes mais restritivas, a necessidade de se garantir um mínimo existencial diante da reserva do possível. No entanto, uma teoria constitucional que não aborda as estruturas do Estado que condicionam as possibilidades de efetivação e garantia dos direitos fundamentais, é uma teoria também aprisionada pela aporia própria do estado de exceção permanente. Urge construir uma nova teoria constitucional que se funde, portanto, na materialidade histórica do estado brasileiro e apreenda suas contradições inegavelmente estruturais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das circunstâncias apresentadas resta evidente que a superação dos problemas relacionados às condições de efetividade dos direitos sociais exige da teoria constitucional uma maior conexão com as condições estruturais de cada Estado. Ainda que se levantem vozes dissonantes, o processo civilizatório aponta de um modo muito acentuado para um reconhecimento geral dos direitos a prestações sociais como direitos fundamentais e/ou mesmo direitos humanos. A afirmação desses direitos se dá em processo histórico de luta social e não por mera fundamentação filosófica, de modo que se deve constantemente oferecer formulações jurídicas como soluções pacificadoras aptas a manter



em permanente estado de conexão a dogmática, que define conceito, natureza e abrangências destes direitos, com a realidade material.

Sendo os direitos sociais direitos fundamentais, no caso brasileiro impõe-se, por comando constitucional, sua aplicabilidade imediata, tanto em sua dimensão subjetiva como em sua dimensão objetiva, seja garantindo prestações individuais na forma de direitos subjetivos, seja pela obrigação de fornecer garantias institucionais e estruturais para sua materialização. É bem verdade que a jurisdição constitucional, diante de casos difíceis, lança mão largamente da técnica do sopesamento, especialmente quando se coloca em questão o problema da escassez de recursos, partindo do pressuposto que nenhum direito pode se afirmar como absoluto em face de outro. Daí a tradição de reconhecer a natureza programática para direitos a uma prestação, notadamente aqueles que demandam aplicação direta de recursos públicos financeiros por parte do Estado. Em tais situações o jogo de ponderação ganha o protagonismo da dualidade entre reserva do possível e a garantia do mínimo existencial.

O que não se pode aceitar, no entanto, é que o sopesamento como técnica de interpretação constitucional seja utilizado como elemento de legitimação de uma estrutura de administração financeira do Estado que na prática restringe os recursos públicos a ponto de não se conseguir atingir sequer a garantia de um mínimo existencial. O caso brasileiro revela que as regras de restrição fiscal que atualmente estruturam o regime de metas fiscais, teto de gastos para despesas primárias e, ao mesmo tempo, não limitam ou condicionam os impactos das despesas financeiras oriundas do exercício da política monetária, têm imposto severas restrições orçamentárias que na margem ameaçam até mesmo o funcionamento de órgãos e dos serviços públicos.

[Ir para o índice](#)

O que se percebe, como efeito dessa estrutura de administração dos recursos públicos, é que, na prática, há um verdadeiro descolamento entre a norma e a realidade, diante do fato de que o programa constitucional para construção de um Estado de Bem-Estar social fica interdito em virtude da escassez construída não por um determinismo inafastável, mas propriamente pela forma como se estrutura a política fiscal do Estado brasileiro. Assim é que o paradigma de governo pode ser identificado como um verdadeiro estado de exceção econômico, dado que é o elemento fundamental para a persistência do descolamento entre norma e realidade. Diante deste quadro, impõe-se à teoria constitucional o desafio de ressignificar suas categorias fundamentais ou reinventar-se. As regras de sopesamento entre princípios, como técnica hermenêutica para dissipar as tensões entre direitos, não se apresenta como apta para apaziguar os conflitos que emergem de uma estrutura social que reproduz continuamente a exceção como normalidade.

REFERÊNCIAS

A. ALESINA e S. ARDAGNA. Tales of Fiscal Adjustment. *Economic Policy*. Harvard, 1998. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/2579822/Ardagna_TalesFiscal.pdf>.

A. JOSÉ AVELÃS NUNES. *As Voltas que o Munda dá: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A. JOSÉ AVELÃS NUNES. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. L. TEIXEIRA MOTTA, trad. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.



C. MONTEIRO MARIANO. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 4, n. 1.

C. MONTEIRO MARIANO. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

C. SCHMITT. *Teologia Política*, E. ANTONIUK, trad. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DANIEL SARMENTO; CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

G. AGAMBEN. *Estado de Exceção*, I. D. POLETI, trad. 2.ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

G. BERCOVICI e L. FERNANDO MASSONETO. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Coimbra*, 2016. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>.

G. BERCOVICI. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

G. LIMA. *A ascendência monetária da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Curitiba. Disponível em: http://www.varican.xpg.com.br/varican/Beconomico/artigo_lrf.htm.

I. SARLET, L. GUILHERME MARINONI e D. MITIDIERO. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



J. RAWLS. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KARL POLANYI. *A Grande Transformação: as origens de nossa época*. F. WRABEL, trad. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

P. BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

P. ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

P. ROSSI. *Regime Macroeconômico e o Projeto Social-Desenvolvimentista*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA. *2029 Texto para discussão*. 2015. Brasília, 2015, pp. 22-23. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3406/1/td_2029.pdf>.

R. ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. V. AFONSO DA SILVA, trad. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

R. FERNANDES DE OLIVEIRA. *Curso de Direito Financeiro*. 7.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

R. LOBO TORRES. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In *Diálogos Constitucionais Brasil-Portugal*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 447-457.

R. VALIM. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

“Faz parte da missão estatutária do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas a realização de ações científicas conjuntas que propiciem o incremento do intercâmbio e da cooperação com entidades afins estrangeiras.

O acolhimento e coorganização da 5.ª edição do *Summer School* da Academia Brasileira de Direito Constitucional, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 7 e 11 de Outubro de 2019, inseriu-se naquela linha de atuação, e constituiu uma grata e estimulante experiência de convívio científico [...]

Dessa experiência se dá agora testemunho, com a edição do presente volume, que colige comunicações e trabalhos apresentados nesta edição do *Summer School* da Academia Brasileira de Direito Constitucional.”



“A Academia Brasileira de Direito Constitucional é instituição de pesquisa que há mais de 20 anos cumpre com sua missão científica de primar pela absoluta excelência acadêmica. Focada em estabelecer relações de cooperação científica e institucional com renomadas instituições internacionais, e tendo como base o diálogo transnacional, a ABDConst realizou a quinta edição de seu já aclamado SUMMER SCHOOL. [...]

Foram meses de trabalho para a consolidação do evento, que teve como temática geral Avanços da jurisdição constitucional: diálogos Brasil-Portugal. E o resultado, seguramente, superou as expectativas de todos os envolvidos: uma semana de muita pesquisa e intercâmbio cultural com os nossos amigos lusitanos. Além das palestras, o evento contou ainda com a apresentação de dezoito trabalhos acadêmicos no concurso de artigos, cujos textos vencedores compõem este livro.”