

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE LIVRE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Igor Dias Alves

O CONTEÚDO JUS-POLÍTICO DAS DECISÕES DO STF

PORTO ALEGRE
2018

IGOR DIAS ALVES

O Conteúdo Jus-político das Decisões do STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2018

IGOR DIAS ALVES

O Conteúdo Jus-político das Decisões do STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 11 de Dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Romulo Ponticelli Giorgi Júnior

Prof. Marcelo Schenk Duque

Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel (Orientador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado à vida. Agradeço a minha mãe, Vera, por me ensinar a ser humano e a meu pai, José, por me ensinar a ser homem e agradeço a ambos por todos os sacrifícios em prol da minha formação. A meu irmão, Kelvin, por ser modelo de coragem e serenidade nas batalhas da vida.

Agradeço a todos os meus amigos da faculdade e colegas de turma que me serviram de apoio nesta longa caminhada de aprendizado e amadurecimento na graduação. A Faculdade de Direito, por me instigar a sede de conhecimento, por me oportunizar o contato com grandes profissionais da área e por me permitir fazer parte de sua valorosa história.

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Carlos Reverbel, por sua dedicação aos alunos calouros da Faculdade e pela sua paciência ao me orientar. Por fim, agradeço a todos aqueles que contribuíram para a matéria de Teoria Geral do Estado no Brasil, em especial, Prof. Carlos Saldanha e Prof. Manoel Ferreira Filho, homens a frente do seu tempo.

RESUMO

O presente trabalho visa a questionar que tipo de conteúdo há nas decisões do Supremo Tribunal Federal e se isto é compatível com a estrutura brasileira de Estado. Para isto, será buscada uma definição do que é uma decisão com conteúdo político, jurídico e jus-político. Em seguida, será analisado o conteúdo jus-político do controle de constitucionalidade. Buscar-se-á apresentar os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, o Sistema de Controle Cumulado e o Separado, nomenclatura utilizada por Ferreres-Comella. Apresentar-se-á o que falta para o modelo misto brasileiro se tornar mais puro. Uma cultura de common Law para o modelo Cumulado e uma independência do guardião da Constituição em relação ao Judiciário para o modelo Separado. Exemplificam-se, em seguida, casos que o conteúdo das decisões do STF foi político ou jurídico em decisões que deveriam ser jus-política. Após problematizar a politização e a judicialização dos casos julgados pelo STF, busca-se estabelecer sugestões de alteração de suas atribuições. A metodologia utilizada para chegar à conclusão do trabalho, baseia-se substancialmente em análise de doutrina estrangeira e brasileira, buscando traçar uma síntese geral do tema tratado. Utiliza-se também da análise de casos para comprovar a tese de diversos autores de que há uma invasão do político no jurídico e vice-versa.

Palavras-Chave: Decisão Jus-política. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Constitucional.

Abstract

The present work has a question about the decisions of the Federal Supreme Court and if this is compatible with the Brazilian structure of the State. For this, a definition of what is a decision with political, legal and jus-political content will be sought. Next, the jus-political content of the constitutionality control will be analyzed. We will try to present the two classic models of constitutionality control, the Cumulated and Separate Control System, nomenclature used by Ferreres-Comella. It will be presented what is missing for the Brazilian mixed model to become purer. A common law culture for the Cumulated model and an independence of the guardian of the Constitution from the Judiciary to the Separate model. Examples are then cases where the content of decisions of the STF was political or legal in decisions that should be jus-political. After problematizing the politicization and the judicialization of the cases judged by the STF, it is tried to establish suggestions of alteration of its attributions. The methodology used to reach the conclusion of the work is based substantially on foreign and Brazilian doctrine analysis, seeking to outline a general synthesis of the subject. It is also used case analysis to prove the thesis of several authors that there is an invasion of the political in the legal and vice versa.

Keywords: Jus-political decision. Control of Constitutionality. Federal Court of Justice. Constitutional Court.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO	08
2. DECISÃO POLÍTICA E JURÍDICA	10
2.1. O que é uma decisão política	10
2.1.1. <i>Matéria</i>	10
2.1.2. <i>Meios</i>	13
2.1.3. <i>Sujeito</i>	14
2.1.4. <i>Definição</i>	15
2.2. O que é uma decisão jurídica	16
2.2.1. <i>Matéria</i>	16
2.2.2. <i>Meios</i>	17
2.2.3. <i>Sujeito</i>	19
2.2.4. <i>Definição</i>	20
2.3. O que é uma decisão jus-política	20
2.3.1. <i>Matéria</i>	20
2.3.2. <i>Meios</i>	24
2.3.3. <i>Sujeito</i>	25
2.3.4. <i>Definição</i>	26
2.4. Critérios das matérias objeto de controle de constitucionalidade.....	27
2.4.1. <i>Teoria Geral</i>	27
2.4.2. <i>Critérios do Ordenamento Brasileiro</i>	31
3. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	34
3.1. Sistemas de jurisdição cumulada	34
3.1.1 <i>Estrutura Teórica</i>	34
3.1.2. <i>O que falta no modelo brasileiro</i>	38
3.2. Sistemas de jurisdição separada.....	39
3.2.1. <i>Estrutura Teórica</i>	39

3.2.2. <i>O que falta no modelo brasileiro</i>	51
4. ATRIBUIÇÕES DO STF	54
4.1. Jurisdicalização da Política nos Dois sistemas.....	54
4.1.1. <i>Decisões jus-políticas para casos jurídicos ou políticos do STF</i>	54
4.1.2. <i>Consequência para a Separação de Poderes</i>	64
4.2. Sugestão de Alteração das Atribuições do STF	69
4.2.1. <i>Atribuição Originária</i>	69
4.2.2. <i>Atribuição em Recurso Ordinária e Extraordinário</i>	70
5. CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem tomado um lugar de destaque nos meios de comunicação e na própria vida da sociedade brasileira. Suas decisões são alvos de reportagens, temas de discussão nas universidades e assunto de almoço no trabalho. A Constituição e suas expressões derivadas como “constitucionalismo” e “constitucionalidade” também são cada vez mais utilizadas em argumentos em petições de advogados e sentenças de magistrados. O primeiro é guardião do segundo e o segundo é a base de legitimidade da atuação do primeiro. Conforme o STF e a Constituição aumentam sua influência na sociedade brasileira surgem dúvidas sobre o papel de ambos os institutos. Uma destas dúvidas foi escolhida como tema deste trabalho. Trata-se de buscar responder se o STF toma decisões políticas ou jurídicas e se isso condiz com o seu papel de ser o guarda da constituição.

Para chegar à resposta, a pesquisa será dividida em duas partes. A primeira buscará esclarecer os tipos de decisões existentes: política, jurídica e jus-política, sendo esta última descoberta ao longo da pesquisa. A decisão política é aquela que se preocupa com a segurança do seu sentido mais abrangente de promover a sobrevivência do ser humano e o seu autodesenvolvimento. A decisão jurídica é aquela que se preocupa com a justiça, após a criação de regras pela sociedade, busca-se garantir a convivência humana ao buscar a resolução de conflitos completando as lacunas das decisões políticas no caso concreto. O terceiro tipo de decisão é a jus-política que visa harmonizar o político e o jurídico, ou seja, a Segurança com a Justiça.

Ainda na primeira parte, será exposto de maneira breve o instituto do Constitucionalismo e as características do controle de constitucionalidade. Será mostrado que o controle de constitucionalidade é onde deve se encontrar as decisões jus-políticas, pois as normas constitucionais são as de maior carga política por serem abstratas e baseadas em princípios. Entretanto, mostraremos que no modelo brasileiro o controle de constitucionalidade possui vasta abrangência por estar inflado a sua matéria constitucional.

Na segunda parte do trabalho analisaremos os controles de constitucionalidade com base nos dois modelos clássicos de *civil-law* e *common-law*. Mostraremos as ideias básicas e os principais mecanismos do controle difuso e do

controle concentrado, ambos intitulados desta forma pela doutrina majoritária. Mostraremos as incompatibilidades do sistema brasileiro que buscou ser misto e o que o impede de ser um sistema puro seja concentrado ou difuso.

Tendo demonstrado as incompatibilidades do sistema misto brasileiro, serão analisados brevemente alguns casos marcantes em que o STF tomou decisões políticas ou jurídicas utilizando instrumentos de decisões jus-políticas. Utilizaremos a doutrina minoritária de FERRERES COMELLA ao denominar como controle separado e controle cumulado para demonstrar sua relação com os fins e funções do Estado. Mostraremos os problemas desta confusão, principalmente para a separação dos poderes e algumas razões de sua existência. Por fim, será apresentada uma proposta de mudança nas atribuições do STF para que ele se torne um órgão mais próximo do Tribunal Constitucional da teoria kelseniana.

Este trabalho baseou sua pesquisa principalmente em quatro matérias. A Teoria Geral de Estado é utilizada para encontrar as respostas das funções e fins do Estado que servem de base para determinar a função dos três poderes. A Filosofia do Direito foi utilizada para buscar a diferenciação entre Política e Direito. A Ciência do Direito foi utilizada para explicitar os instrumentos hermenêuticos do Direito Ordinário e do Direito Constitucional para realizar suas interpretações e resolver conflitos entre normas. Por fim, o próprio Direito Constitucional foi utilizado para definir o controle de constitucionalidade e seus dois grandes sistemas.

2. DECISÃO POLÍTICA E JURÍDICA:

2.1. O que é uma decisão política:

O foco da análise é no termo Política. Para a definição do termo Decisão, uma breve análise é suficiente para o enfoque desta pesquisa. Os dicionários da língua portuguesa costumam definir este termo dentro de dois significados: (i) É a resolução que se toma após uma deliberação ou exame prévio; (ii) É a escolha entre várias possibilidades ou hipóteses¹. Para esta pesquisa a definição de Decisão pode ser feita nos seguintes termos: Decisão é uma escolha feita entre várias possibilidades ou hipóteses após a realização de uma deliberação ou exame prévio. Note-se então que para existir qualquer um dos tipos de decisões analisados sempre haverá um exercício cognitivo que pode ser somente de uma pessoa ou de um grupo. Há também em todos os tipos de decisões pelo menos duas possibilidades envolvendo a matéria tratada.

Para se chegar a uma definição de Política são necessários quatro elementos. Primeiro, será analisado a matéria que trata uma decisão política. Depois, serão analisados os meios utilizados para a tomada de decisões políticas. Em seguida, será definido quem são os sujeitos que elaboram este tipo de decisão. Por fim, será estabelecida a definição deste tipo de decisão e qual o fim último que almeja.

2.1.1 Matéria:

O conteúdo material de uma decisão política é com base na matéria que trata a Política. Será exposto o que alguns autores afirmaram sobre o tema numa tentativa de definir este termo.

O mais antigo é Aristóteles com o seu tratado sobre Política. Ele relaciona com o governo da *Polis* grega, a Cidade, inclusive define como sociedade política o conjunto de pessoas que vivem na Cidade. Sendo a Cidade a mais alta entre todas as associações humanas, ela visa ao maior de todos os bens. O maior bem que uma

¹ Significado de Decisão. Michaelis Dicionário, [S.l., 2018?]. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/decis%C3%A3o/>>. Acesso em: 01. Out. 2018.

associação entre seres humanos poderia almejar seria fornecer todas as necessidades para viver e após isso garantir uma boa vida para quem reside na Cidade. Portanto, sobrevivência e felicidade são os objetivos de uma Cidade. Conclui-se que Política tem relação com a estrutura da sociedade e seu fim tem relação com sobrevivência e felicidade dos indivíduos que vivem na sociedade².

BARZOTTO define a tarefa da política para Aristóteles: promover a amizade. A partir disso é analisado este conceito. Apresentam-se dois lados e compreensões do que Aristóteles afirma. Vale destacar que a política trata-se da amizade e não da justiça. De um lado, essa amizade é entendida como boa convivência para uma Cidade estável. Conclui que a atividade política consiste em impor a paz, a segurança e a harmonia de todos com todos. A atividade política serve de auxílio para que o ser humano passe da desordem e da inimizade para a ordem e a amizade³.

Se aprofundando mais no conceito de Aristóteles, Barzotto afirma que a amizade política consiste na Concórdia que seria estar de acordo sobre algo. Disto pode-se deduzir que a política envolve o debate, o diálogo sobre um assunto do qual no início os sujeitos estão numa posição de desacordo e partem para uma posição de acordo⁴.

Barzotto também analisa a teoria política de Carl Schmitt. Ela estabelece que a política define-se pelo caráter intersubjetivo na relação de amizade e inimizade. É na política que se define quem é o amigo e quem é o inimigo, a quem nos associamos e a quem nos dissociamos. A política tem como característica a preocupação com a possibilidade de eliminação física. Ela não é a guerra, mas a consciência de que há a possibilidade de uma guerra⁵.

Novamente aqui o conceito gira em torno da segurança ao garantir a sobrevivência dos indivíduos que estão dentro da associação política. Essa segurança é em relação aos inimigos externos e internos quando estes apresentam uma ameaça física ao grupo de associados. A amizade de Schmitt está ligada à sobrevivência e a de Aristóteles está ligada ao desenvolvimento do ser humano dentro da associação, ou seja, na promoção de uma boa vida.

² ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017. p. 27-32.

³ BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 20-23.

⁴ Ibidem. p. 23-27.

⁵ Ibidem. p. 28-33.

Partindo da relação entre amizade política e os acordos conclui-se que um Estado se torna inseguro quando predominam as discórdias sobre as concórdias⁶. Quando o povo está mais em desacordo do que em acordo com os atos do seu governante começam as iniciativas para a troca de governo seja por meio extralegal, com revoltas e revoluções, seja por meio legal, com o processo de *impeachment* ou moção de desconfiança.

BOBBIO afirma que o conceito de Estado é reduzido ao conceito de política, e o conceito de política é reduzido ao conceito de poder. Política é definida, portanto pela conceituação de poder que consiste numa relação entre dois sujeitos baseada na liberdade. O sujeito A induz o sujeito B a agir de um modo que B não agiria sem essa indução. Para a política, poder é a relação entre governados e governantes. Isto remete ao terceiro tipo de poder definido por Aristóteles⁷.

Uma das condições da Política, é que ela utiliza da força física ou possui o monopólio da força como meio de exercer o poder. Pode-se entender que poder político seria o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social⁸. Entretanto esse meio é para obter o fim supremo do Estado que é garantir a Segurança dos seus súditos e para isso é necessário que o poder seja legítimo. Por essa razão, o monopólio da força precisa ser legitimado com uma justificativa ética e política para que o povo entenda as razões dele ser governado. Essa legitimação possui três ramos de justificativa: Vontade, Natureza e História. Para esta pesquisa vamos nos basear na justificativa da Vontade do povo⁹.

DWORKIN denomina política aquele tipo de poder que é estável com um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade¹⁰. Já para a doutrina de LOEWENSTEIN, a técnica do controle político visa dar poder e responsabilidade mediante um controle ao Estado. LOEWENSTEIN divide em dois grupos as formas de controle político: i) Diversos detentores do poder participam ou cooperam para a realização de um ato para que este seja válido, como os casos de função legislativa no sistema bicameral;

⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 33.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p.76-78.

⁸ Ibidem, p.79-80.

⁹ Ibidem, p. 89-91.

¹⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.36.

ii) Discricionariedade do aplicador para técnicas de controle autônomas, livres e independentes como o chefe do governo poder dissolver o parlamento¹¹.

SOUZA JUNIOR afirma que a política estabelece um clima de convívio, um modo de vivência, onde cada membro tem a liberdade de desenvolver os próprios potenciais da personalidade. Afirma ainda que a política é a dimensão de atividades que se definem ao criar uma ordem segura onde as diferenças entre os indivíduos sejam tratadas com o proporcional respeito devido em função do bem comum. Este bem é definido pelo autor como aquilo que todos os indivíduos têm em comum na sociedade. Percebe-se que os termos de convívio, criação de ordem e respeito proporcional circundam a Segurança que é o valor básico da Política¹².

SOUZA JUNIOR também trata da relação entre política, ética e direito. Para ele, a ética é importante para a política ao tornar os objetivos políticos mais ligados ao bem comum e tornar o cumprimento das regras mais espontâneo. É pela política que a ética consegue se encarnar nos costumes e não altera de maneira exacerbada conforme o governo do dia¹³.

2.1.2 Meios

DWORKIN afirma que argumentos de Política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo¹⁴. No direito brasileiro, há o controle preventivo de constitucionalidade de competência do Executivo, segundo FERREIRA FILHO. Pode-se afirmar que o poder de veto dado ao Presidente conforme art. 66, par. 1º para projetos de lei no Congresso Nacional é uma forma de decisão política realizada pelo Executivo¹⁵.

A principal forma de controle repressivo, segundo REVERBEL, foi criada pelos ingleses: o impeachment. Neste caso, isso se traduz na possibilidade do

¹¹LOEWENSTEIN abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.38.

¹² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.27-28.

¹³ Ibidem, p.30-31.

¹⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.129.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.67.

parlamento retirar o governo ou o governo dissolver o parlamento. Em ambos os casos, o povo decide posteriormente se aprova os novos integrantes dos cargos¹⁶.

2.1.3 Sujeito

ARISTÓTELES também trata das funções de uma Cidade que adaptando para a modernidade pode-se entender como os três Poderes. Afirma-se que os indivíduos menos virtuosos participam das funções deliberativas e escolhem quem ocupa os cargos das demais funções. O conjunto dos menos virtuosos forma uma deliberação virtuosa. Ainda sobre as funções deliberativas na Cidade, existem algumas modalidades possíveis de deliberação sendo que todas envolvem os cidadãos decidindo conjuntamente, ou em duas sessões ou representados por funcionários escolhidos por ele¹⁷. A Democracia é baseada na Liberdade de modo que cada indivíduo tem o mesmo poder de deliberação dando maior força aos pobres e a possibilidade de que cada um possa viver como bem almeje. A maioria é soberana e permite-se um revezamento entre ricos e pobres no governo da Cidade¹⁸. Uma Cidade feliz é aquela em que seus indivíduos estão felizes e para isso é necessário verificar o que os indivíduos daquela Cidade consideram como felicidade. Pode-se concluir que os cidadãos, são os sujeitos que tomam as decisões políticas seja diretamente ou indiretamente através de funcionários escolhidos por eles¹⁹.

Os estudos de SOUZA JUNIOR confirmam que a soberania política pertence ao poder legislativo, por possuir representação da opinião nacional. Essa soberania significa que a última palavra em matéria de política será o poder legislativo. Essa responsabilidade dada como título indireto ao legislador e ao agente executivo só é inferior ao titular direto da soberania política: o povo²⁰.

¹⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.39.

¹⁷ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017, p.164-167.

¹⁸ Ibidem, p. 218-220.

¹⁹ Ibidem, p. 239-242.

²⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p. 85.

2.1.4 Definição

Feita a explanação doutrinária será buscado um síntese. A matéria tratada em política envolve as questões mais imediatas e primárias da sociedade até as questões mais complexas e abstratas. Seu conteúdo se baseia em suprir as necessidades para sobrevivência e garantir meios para o indivíduo buscar sua felicidade. Para isso é necessário criar um ambiente de harmonia e respeito às liberdades individuais. Com isso há uma relação de poder entre governado e governante cujo objeto é a liberdade. Costuma-se se preocupar em trazer melhorias econômicas e sociais. Parte de seu conteúdo possui carga ética e serve de instrumentos para cristalizar a moralidade nos costumes da sociedade.

A sociedade se utiliza principalmente da ação de dois órgãos do Estado para tomar decisões políticas: o Governo e o Parlamento. Podemos definir como meios de decisões políticas os instrumentos das decisões do Governo e do Parlamento. O procedimento de elaboração de uma lei, as comissões parlamentares de inquérito, o processo de impeachment, o veto do presidente são exemplos de instrumentos. Pelo lado do povo nós temos as decisões diretas através de plebiscitos e referendos. Os meios justificantes das decisões são agrupados em argumentos técnicos, econômicos e éticos.

Ninguém melhor que a própria sociedade para decidir como ela vai se estruturar para assegurar a sobrevivência e fornecer os instrumentos de uma boa vida. Por essa razão o sujeito primário da decisão política é o povo. Em segundo lugar ficam os representantes eleitos pelo povo que participam do Poder Executivo e do Poder Legislativo, ou seja, os governantes e os parlamentares. Povo, governantes, parlamentares. Estes são sujeitos da decisão política.

O fim último da política se assemelha ao fim do Estado que é fornecer Segurança e garantir o Bem Comum para que o ser humano possa se desenvolver em sociedade. O princípio basilar deste fim último, portanto, é a Segurança.

Conclui-se que Política trata de sobrevivência e felicidade dos indivíduos em sociedade sendo decidida pelo Estado através do Governo e do Parlamento e pela própria sociedade civil. Ela envolve principalmente o procedimento de elaboração de normas com o fim último de garantir a Segurança na sociedade para que o ser humano se desenvolva.

2.2. O que é uma decisão jurídica

2.2.1 Matéria

Para o conceito de Justiça se tem novamente como base a definição de Aristóteles. O justo é uma medida proporcional entre dois extremos. O justo também é o meio termo entre dois extremos desproporcionais. Conclui-se que o justo é fonte de orientação do juiz para corrigir o excesso e a falta. A justiça se encontra na subtração da parte que faz com que o segmento maior exceda a metade, acrescentando-se o excesso da falta ao menor. A proporção ocorre quando dois seguimentos tornam-se iguais. Vale destacar que essa definição é aplicada na justiça retributiva que trata da justiça nas relações entre dois sujeitos e na justiça distributiva que trata dos bens distribuídos de maneira justa entre cidadãos da Cidade²¹.

SOUZA JUNIOR afirma que a Ética tem como valor básico a Justiça. Sendo o Direito a síntese entre Política e Ética, pode-se afirmar que ele é a norma política de conteúdo ético. A Justiça é, portanto, o princípio basilar da decisão jurídica visto que seu conteúdo é ético. Mas se ocorre um direito-ético, ou seja, quando toda a ética está dentro do direito ocorre um imperialismo jurídico. Ocorre um relaxamento social da consciência ética ao mesmo tempo em que esta fica reduzida. A obrigação moral pode se confundir com a obrigação jurídica e tudo acaba por ser judicializado pois perde-se o cumprimento espontâneo das leis e o respeito pelos juízes. Pode-se concluir que o direito cristaliza a política através dos valores éticos na experiência da vida social com a intervenção da razão prática²².

MAXIMILIANO, em seus estudos sobre hermenêutica jurídica, afirma que o fim do Direito é de garantir a coexistência humana²³. Já REVERBEL traça os aspectos mais relevantes da Jurisdição Ordinária. O juiz utiliza-se de técnicas de interpretação para completar lacunas da lei ainda que mantenha fidelidade à intenção do legislador, ainda que se afaste da literalidade da lei. O juiz extrai do texto a norma. A lei foi criada imaginando uma situação concreta, mas o seu texto é

²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2001, Livro V, p.103-120.

²² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p. 37-41.

²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.101.

abstrato e somente executando-o é que se pode verificar a existência de coerência e lógica ao ser aplicado aos fatos que se apresentam. É somente na aplicação em casos concretos que será verificado se a generalidade, impessoalidade e abstração do legislador estavam de acordo com os interesses da sociedade²⁴.

2.2.2 Meios

Um dos instrumentos da decisão jurídica é a própria lei que é capaz de garantir a supremacia do direito. Segundo MAXIMILIANO, o Direito se utiliza de alguns meios para definir a solução do problema jurídico. O sistema de Hermenêutica e Aplicação do Direito tem tradicionalmente o objetivo de interpretar conforme a vontade do legislador mesmo com o distanciamento histórico. Esta é a primeira chave para encontrar o sentido da norma, mas como ela não é suficiente surge outros sistemas hermenêuticos. Há o teleológico que visa em cada interpretação de cada regra atingir o objetivo geral do Direito, há o sociológico que visa interpretar de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea ao magistrado²⁵.

Para a aplicação do Direito são utilizadas quatro ferramentas na interpretação do texto legal. A primeira ferramenta é a Analogia que segue o princípio da verdadeira justiça. Trata-se de igualdade jurídica, que exige que casos semelhantes sejam regulados por normas semelhantes. A analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipóteses não previstas em norma alguma de modo explícito ou implícito²⁶.

A segunda ferramenta é a Equidade que desempenha o papel de suprir lacunas dos repositórios de normas e o alcance das disposições legais. O justo melhor é diferente do justo legal, tanto que o primeiro é a correção do último. Há um abrandamento da aplicação literal²⁷.

A terceira ferramenta é a Jurisprudência que possui a fonte mais geral e extensa de exegese. Ela evita que uma questão doutrinária fique eternamente

²⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.59.

²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.44-50

²⁶ Ibidem, p. 208-213.

²⁷ Ibidem, p.172.

aberta e dê margem a novas demandas. Isso diminui os litígios e reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias. A jurisprudência também serve de instrumento para o progresso no Direito, ainda que em escala menor²⁸.

A quarta ferramenta é o Costume que é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diária e uniforme, que lhe dá força de lei. Ele possui a função de direito subsidiário, para preencher lacunas e completar o Direito escrito, e serve de elemento da Hermenêutica como auxiliar da exegese²⁹.

FERREIRA FILHO entende que a interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa-fé. É um ato de conhecimento, não de vontade. Ele também elenca quatro métodos. O Gramatical busca a compreensão literal do enunciado; o Histórico procura o sentido nos fatos e materiais que envolveram a elaboração do texto legal; o Teleológico busca sentido no valor em que a norma foi embasada e em sua finalidade, e o Lógico-sistemático busca sentido ao integrar a norma ao sistema jurídico. Afirma ainda que a norma é somente executável quando está completa com sua hipótese e consequência jurídica³⁰.

ÁVILA estabelece a sua definição de regra:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos³¹.

Portanto regras descrevem objetos determináveis, exigem um exame de correspondência entre descrição normativa e ato praticado ou fato ocorrido. Possuem pretensão de decidibilidade porque visam estabelecer uma decisão provisória para um problema conhecido e antecipável.

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.179.

²⁹ *Ibidem*, p.188.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 411-412

³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p.78.

2.2.3 Sujeito

SOUZA JUNIOR busca responder quem fica com a soberania jurídica, ou seja, quem é que dá a última palavra sobre o direito. Essa questão envolve as famílias jurídicas do Estado de Direito e do Rule of Law. SOUZA JUNIOR afirma ser impossível a mistura de ambas por causa do contexto histórico, sociológico e cultural diferenciado. De fato, hoje esta se vendo uma mistura nas técnicas jurídicas, mas os institutos basilares permanecem diferentes. O Rule of Law tem o juiz como a figura da supremacia do direito em função de institutos como o judicial review. O Estado de Direito Francês tem ainda o legislador como representante da soberania política e supremacia do direito. Por fim, no Estado de Direito Alemão a supremacia do direito fica a cargo do Tribunal Constitucional³².

MAXIMILIANO afirma que os próprios Códigos prescrevem um papel importante aos magistrados como intérpretes e aplicadores da lei. Essa atuação ocorre tanto nas leis mais gerais quanto naquelas mais minuciosas. Mas destaca que o magistrado somente é interprete do Direito e somente em casos forenses quando lhe é exigido³³.

Os hermeneutas, que neste caso são os magistrados, precisam respeitar a lei ao mesmo tempo em que precisam quebrar a sua rigidez. É necessário considerar os interesses individuais e os sociais sem deixar prevalecer um ou outro. O juiz não deve se apegar as paixões, mas também não deve ser puramente lógico. Ele deve adaptar o texto à vida e cumprir com o fim do Direito de garantir a Coexistência Humana³⁴. Deve evitar demasiado apego à letra dos dispositivos, e deve evitar demasiado esforço na exegese para encaixar a regra em teses ou ideias que lhe são agradáveis, mas extrapolam a imparcialidade. Por fim, o magistrado tem o dever de decidir os litígios ainda que haja lacunas na lei. Cabe a ele dilatar e aperfeiçoar as normas rígidas ainda que com isso volte a ter o antigo papel de criador do Direito³⁵.

³² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.82-93

³³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.58.

³⁴ *Ibidem*, p. 101.

³⁵ *Ibidem*, p. 59.

2.2.4 Definição

A decisão jurídica carrega em seu conteúdo uma interpretação de uma norma política com conteúdo ético. Trata-se de resolver casos concretos em que haja situações injustas seja de maneira retributiva seja de maneira distributiva. Sua base é aplicação da lei, ato ou regulamento formado pelo Executivo e pelo Legislativo.

Para interpretar o texto legal e aplicá-lo ao caso concreto, o Direito desenvolveu técnicas que auxiliam os magistrados a fundamentarem suas decisões. Os quatro instrumentos básicos são a Lei, Jurisprudência, Analogia e Costumes. Há ainda as técnicas interpretativas baseados em questões históricas, sociais e de sistemática jurídica.

O principal responsável por realizar esta decisão é o Poder Judiciário. Sendo mais específico, trata-se da Jurisdição Ordinária que está mais perto das necessidades imediatas da sociedade e dos fatos que ensejam o caso jurídico.

O fim da decisão jurídica é trazer a Justiça para sociedade. Ela, aliada à Política, garante a coexistência humana. Repara as possíveis falhas das decisões políticas e garante a sua efetividade em casos de descumprimento.

2.3. O que é uma decisão jus-política

2.3.1 Matéria

MARCELO CAETANO afirma que a razão para existir Estado é oferecer segurança. Essa segurança se divide em defesa externa e paz interna. Para ambos é necessário o poder político da justiça. A valorização da segurança, portanto, se dá por meio da justiça. O poder público propicia o espaço de bem-estar social e os seres humanos ocupam uma posição na sociedade e concretizam seus interesses em favor do bem comum. Mas o Estado não realiza somente funções jurídicas. As atividades não jurídicas são formadas por atividades políticas e técnicas. Inclusive há áreas de integração formando atividades jus-políticas. É impossível criar um Estado sem essas duas funções. O Estado Liberal falhou porque buscou ter somente função de justiça. Os Estados que buscaram ter somente função política resultaram em Regimes Totalitários. Em síntese, o campo jurídico é o espaço

legítimo de criação de normas jurídicas pelo Estado. O campo não-jurídico seriam todas as atividades que não contém em si mesmas criação ou a execução do Direito positivo, como é o caso da função política. Há complemento destes campos porque a lei pressupõe um texto legislativo que é resultado das opções políticas definidas pela sociedade³⁶.

A Constituição abriga os princípios e os valores mais importantes do ordenamento jurídico. Se antes eram os valores contra o Estado para que ele não faça, agora são valores que exigem atuação positiva do Estado. São leis anteriores e superiores ao próprio Estado que constam na Constituição³⁷.

REVERBEL afirma que na Jurisdição Constitucional os valores são jus-políticos e conformam-se aos princípios, atendendo normas gerais e abstratas alocadas no topo do ordenamento. Todas as presunções são em favor da constitucionalidade da lei. Deve haver uma justificativa muito boa para a Corte Suprema de um país deixar de aplicar uma lei. Ela deve sempre procurar uma interpretação que seja a favor do ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade deve ser evidente. Não se pode aplicar os princípios de modo que a interpretação seja contrária a própria lei³⁸.

BARZOTTO afirma que:

[...] a política e o direito não podem realizar suas funções de integração e ordem se não possuírem princípio comuns, porque integração e ordem só podem se efetivar se forem coerentes, isto é, dependerem de princípios comuns³⁹.

DWORKIN denomina princípio um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Os princípios, portanto dão mais razões ou menos razões para seguir em uma direção nas decisões. Por isso, os princípios se inter cruzam nos casos concretos e cabe ao juiz verificar qual tem maior peso ou importância⁴⁰. DWORKIN também separa em duas linhas estes princípios: (i) aqueles que possuem obrigatoriedade de lei e são tratados como regras porque o juiz deve considera-los na decisão; (ii) aqueles que

³⁶ CAETANO abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 27-30.

³⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 51.

³⁸ Ibidem, p. 66.

³⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 61.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.36.

são extra-legais pois o juiz não é obrigado a considerá-los na decisão e quando o faz é um ato discricionário⁴¹.

ÁVILA elabora um estudo marcante no tema dos princípios. A proposta de seu estudo surge em vista da falta de doutrina sobre o tema e os juristas ficarem numa suposta obviedade que todos sabiam o significado dos princípios e no fim se tornava uma crença que os princípios eram diferentes de regras⁴². É dividido em quatro critérios os princípios e as regras de acordo com a evolução da doutrina. No caráter hipotético-condicional as regras são aplicadas com uma hipótese e uma consequência resultando numa decisão enquanto os princípios indicam os fundamentos a serem utilizados para encontrar a regra. O 2º caráter é o modo final de aplicação no que estabelece o critério do Tudo ou Nada para as regras e estabelece o modo gradual aos princípios. O 3º caráter é do relacionamento normativo, no qual se entende que o conflito entre regras é resolvido ao declarar a invalidade de uma ou a abertura de uma exceção para a regra, enquanto que nos princípios o conflito é resolvido pela ponderação ao atribuir uma dimensão de peso. O 4º caráter é o fundamento axiológico no qual sustenta que os princípios são apenas fundamentos axiológicos que indicam a regra a ser aplicada e com isso a decisão a ser tomada⁴³.

Em crítica a teoria clássica, ÁVILA afirma que as regras possuem grau de abstração e generalidade assim como os princípios, sendo a diferença no grau desta indeterminação. Afirma também que existem regras que não exigem determinados comportamentos ou não prescreve uma sanção para a desobediência. A crítica que se faz a doutrina mais forte de DWORKIN e ALEXY é que na verdade as regras também possuem certo grau de ponderação tanto interno quanto externo. Outro argumento levantado é que as regras não são automáticas em suas aplicações e são passíveis de superação assim como o princípio. Conclui que essa duas teorias na verdade aumentam a subjetividade, o decisionismo e o engessamento do ordenamento jurídico porque transformam diversas regras em princípios. Os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado e por isso são importantes para a compreensão das regras. Uma de suas eficácias é a interna

⁴¹DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 42.

⁴²ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24-25.

⁴³Ibidem, p. 37-40.

direta. O princípio neste caso exerce função integrativa porque justifica a agregação de elementos não previstos em subprincípios ou regras. Na ausência de uma regra, ela será implementada diretamente com base num princípio expresso. Outra eficácia ocorre interna e indiretamente. O princípio atua como intermediação ou interposição de outro subprincípio superior. Os princípios se qualificam como decisões valorativas objetivas com função explicativa, pois orientam a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais. Essa função bloqueadora afasta elementos do texto normativo que são incompatíveis com o estado de coisa a ser buscado⁴⁴.

ÁVILA estabelece a sua definição de princípio:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁴⁵.

Portanto, os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser realizado, exigem avaliação da correlação positiva entre efeitos da conduta adotada e estado de coisas a ser promovido e têm pretensão de complementaridade porque visam a servir como razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.

FERREIRA FILHO afirma que na doutrina contemporânea dos substancialistas não há uma concordância plena, seja entre DWORKIN e ALEXY, seja entre EROS GRAU e ÁVILA. O padrão que há nelas é a compreensão que princípios têm otimização, ou seja, uma ordem de otimizá-los em casos que cabem a sua aplicação. Os princípios, portanto, também teriam temperamentos em sua aplicação⁴⁶.

Por fim, KELSEN também se atenta ao problema dos princípios. Ele afirma que a Constituição deve prever um critério mais objetivo. É necessário evitar o conflito de entendimentos sobre o mesmo princípio entre o Tribunal, o Parlamento e a População. Se a Constituição estabelecê-los, estes devem ser os mais precisos possíveis⁴⁷. Esse conflito é o que ocorre em diversos casos do STF. Principalmente

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87-91.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-26.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013.

aqueles que envolvem interesses econômicos e morais. O povo tem uma opinião sobre o que é um princípio, o STF tem outro entendimento e o Parlamento tem outro.

2.3.2 Meios

O controle da função constitucional utiliza técnicas diferentes que visam atingir os fins últimos já citados. A Constituição é imbuída de diversos valores e princípios. REVERBEL afirma que a melhor norma é aquela mais enxuta e geral possível. Diferente da norma ordinária que visa ser a mais fechada e concreta possível⁴⁸.

DWORKIN afirma que os argumentos de princípio justificam uma decisão jurídica, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo⁴⁹. Enquanto MAXIMILIANO entende que os princípios superiores constituem as diretivas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Para resolver a deficiência do texto legal, o caminho percorrido pelo magistrado é de baixo para cima ou do mais próximo para o mais distante. Portanto, parte-se dos princípios que envolvem aquele artigo, depois o capítulo do artigo, depois aos princípios daquele Código e assim sucessivamente até chegar aos Princípios Gerais do Direito⁵⁰.

FERREIRA FILHO entende que a interpretação constitucional segue os mesmos métodos da interpretação geral. Mas na Constituição há registrado os valores mais caros à comunidade, pois se trata da lei suprema. Por isso é necessário o método teleológico de interpretação para estar ciente dos valores que a inspiraram e dos objetivos a que se propõe⁵¹.

⁴⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.60.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.129.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.295.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.414-417.

2.3.3 Sujeito

A Constituição organiza o poder político em uma determinada comunidade. BARZOTTO se baseia na interpretação da Constituição de Schmitt como mediação entre política e direito. A teoria de Schmitt, porém, é baseada na obra jurídica e política de Thomas Hobbes. Afirma que o constitucionalismo moderno retoma a doutrina da soberania e a necessidade de estabilizá-la por ser um poder que se define pela exceção e pela ausência de limites⁵². Define “o poder constituinte, como poder soberano, toma a decisão fundamental acerca do modo e forma da existência da unidade política⁵³”, e ainda acrescenta ao dizer que “ele fará isso dando uma forma jurídica ao exercício do poder e uma efetividade política às construções jurídicas⁵⁴”.

Como dito anteriormente, o Tribunal Constitucional foi criado no Estado de Direito Alemão para que a supremacia do direito não tivesse como representante máximo o legislador, que já era representante da soberania política. SOUZA JUNIOR, afirma que a razão disso é em função da sociedade continental ter dificuldade em estabelecer um consenso. Por isso, caberia ao Tribunal arbitrar o consenso entre supremacia do direito e soberania política de modo que a decisão fique acima do plano partidário ideológico do Governo e do Legislativo. Por essa razão, o Consenso do Tribunal está mais ligado aos interesses do Estado do que do Governo⁵⁵. Enquanto isso, no Estado de Direito Francês o legislador é o representante da política e do direito, reinando o império da Legalidade neste Estado⁵⁶.

Segundo DWORKIN, o Tribunal Constitucional possui discricionariedade em suas decisões no sentido de que ela é definitiva, ou seja, nenhuma autoridade superior poderia reavaliar ou descartar essa decisão⁵⁷. Mas ainda permanece uma irracionalidade no sistema brasileiro. Temos o Tribunal Constitucional através do STF, mas os juízes realizam controle de constitucionalidade oriundo do sistema

⁵² BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.60

⁵³ Ibidem. p.61.

⁵⁴ BARZOTTO, loc. cit.

⁵⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.91-93.

⁵⁶ Ibidem, p.184.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.109.

americano. Por essa razão, o nosso sistema tem dois representantes da supremacia do direito: o juiz e o Supremo Tribunal Federal⁵⁸.

Porém, FERREIRA FILHO afirma que quem densifica os princípios é o legislador. Este entendimento é com base no Estado de Direito do qual deriva o princípio da Legalidade. Pode-se afirmar que o Chefe de Estado também toma decisões jus-políticas, porém estas ocorrem, em sua maioria, de maneira preventiva no controle dos projetos governamentais e legislativos⁵⁹.

2.3.4 Definição

A decisão jus-política trata de princípios. Estes tratam de normas com a maior carga política em função de serem normas abstratas que visam um objetivo específico. Essa característica as torna sujeitas a variações de interpretação conforme as mudanças históricas e políticas de um país. Os princípios também servem como base de interpretação de normas concretas que possuem uma hipótese fática de aplicação.

Os instrumentos deste tipo de decisão se baseiam na Constituição e nas suas técnicas de interpretação constitucional e resolução de conflitos entre princípios. É na Constituição onde a política e o direito mais se misturam porque trata da forma como a sociedade almeja se organizar. As técnicas interpretativas são baseadas no pressuposto que a Constituição tende a ser válida por representar a vontade popular. Os conflitos possíveis entre os princípios cristalizados no texto constitucional são resolvidos majoritariamente pela técnica de ponderação que possui certa carga de discricionariedade.

O responsável por tomar esta decisão jurídica é baseado na teoria dos fins e funções do Estado. É nos fins últimos que se encontram as decisões jus-políticas. Portanto o Chefe de Estado de maneira preventiva toma essas decisões principalmente na fase de elaboração das normas infraconstitucionais. Por outro lado, quem toma as decisões jus-políticas repressivas são os órgãos que possuem maior carga jurídica. Nos países de *common-law* são todos os juízes, nos países de

⁵⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.188.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.426-427.

civil-law há um órgão específico que pode estar ligado ao Judiciário ou não. Trata-se das Supremas Cortes e dos Tribunais Constitucionais.

O fim último da decisão jus-política é promover e harmonizar a Segurança e a Justiça. A diferença está que esta decisão busca conciliar o desejo da maioria popular com os direitos individuais. Isso porque há valores que devem ser preservados numa sociedade que estão acima das ideologias e dos partidos e há direitos que devem ser protegidos porque pertencem a todos os seres humanos.

2.4. Critérios das matérias objeto de controle de constitucionalidade

2.4.1 Teoria Geral

MAXIMILIANO afirma que o Direito Constitucional apoia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende o exegeta com especial e constante cuidado⁶⁰. Ainda estabelece alguns preceitos do Direito Público relevantes ao controle de constitucionalidade:

- II. A presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação é forte, e fica ainda mais quanto mais perto da época de elaboração da lei fundamental. Mas não é absoluta.
- III. Todas as presunções são em favor da validade do ato, seja legislativo ou executivo, e na dúvida é sempre preferível a exegese e interpretação que evite invalidar o ato.
- IV. Sempre que possível interpreta-se a linguagem da lei de modo que a torne constitucional.
- (...)
- VI. Existe inconstitucionalidade formal em função do processo de publicação de uma lei e existe a inconstitucionalidade substancial quando o texto é incompatível com o estatuto supremo.
- VIII. É válido procurar nos trabalhos parlamentares a intenção do Constituinte como auxílio interpretativo⁶¹.

FERREIRA FILHO faz referência à lista de princípios da interpretação constitucional de CANOTILHO. Dentre os princípios constam: (i) Máxima Efetividade: prefere-se a interpretação que dá maior efetividade a norma; (ii) Concordância Pública ou Harmonização: deve-se evitar o sacrifício total de um bem jurídico em favor de outro, e (iii) Força Normativa: deve-se procurar dar eficácia à lei

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.305.

⁶¹ *Ibidem*, p.306-312.

constitucional. Além desses elencados, deve-se ter como princípio basilar de todos estes que a Lei é que deve adequar-se a Constituição e não o contrário⁶².

KELSEN afirma essencialmente do que se trata o controle de constitucionalidade:

Assim, em todo caso, é a lei que deve ter sua constitucionalidade verificada, e a jurisdição constitucional é, sobretudo, controle de constitucionalidade das leis⁶³.

[...]

A jurisdição constitucional, enquanto controle de atos administrativos, significa uma jurisdição administrativa especial, diferenciando-se da jurisdição administrativa geral apenas porque controla exatamente a constitucionalidade do ato, e não sua simples conformidade à lei⁶⁴.

Ainda sobre os atos, Kelsen especifica que estes devem ser determinados diretamente pela Constituição. Isso significa que o ato administrativo ou lei devam ser a execução direta do texto constitucional. Por fim, cabe também a Corte Constitucional julgar violações do direito internacional segundo as disposições de uma lei federal específica. Portanto o controle de constitucionalidade controla atos administrativos, leis, regulamentos e tratados internacionais sob o escopo da Constituição e não sob a Legalidade⁶⁵.

O critério de controle de constitucionalidade formado por KELSEN se preocupa principalmente com dois pontos. Numa visão internacional as normas de direito internacional podem ser utilizadas para estabelecer o controle. Mas é possível uma lei ser constitucional e violar o tratado. A questão é se este foi integrado ao ordenamento jurídico e tem força normativa semelhante à Constituição⁶⁶. No caso brasileiro, nós temos os direitos humanos dos Tratados Internacionais que se assemelham as emendas constitucionais.

Quando um juiz encontra uma lei contrária aos valores constitucionais, REVERBEL afirma que ele possui três opções: aplicá-la mesmo assim; declará-la inconstitucional; suspender o processo e remeter a questão ao Tribunal

⁶² CANOTILHO abud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 414-415.

⁶³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p.18.

⁶⁴ Ibidem, p.19.

⁶⁵ Ibidem, p. 159-162.

⁶⁶ Ibidem, p.164-167.

Constitucional ou Corte Suprema. Neste último caso, o juiz apenas deve suscitar a constitucionalidade, mas não declará-la⁶⁷.

McILWAIN em sua época já afirmava que nunca antes o princípio constitucional havia sido tão questionado e ao mesmo tempo tão utilizado. Seus textos, que se tornaram clássicos, buscam verificar a história do instituto do Constitucionalismo. A primeira premissa é do autor Thomas Paine, que afirma que a Constituição vem antes do Governo. Sua ideia é que o governo sem constituição é um governo sem direito ou legitimidade⁶⁸. Portanto, o Governo é criatura e a Constituição é criador. Parte-se então para outros pensadores. Edmund Burke e Arthur Young veem de maneira repulsiva o termo Constituição. Burke pouco fala sobre a Constituição Americana. Entretanto, sobre a Constituição Francesa ele é extremamente pessimista considerando ser um produto do mal e que nada poderia vir de bom deste instituto⁶⁹.

É importante notar que o antigo conceito de constituição é diferente do novo conceito. O novo conceito seria a Lei Fundamental. O antigo conceito entende como constituição os princípios essenciais que podem ser deduzidos das instituições reais de uma nação e seu desenvolvimento. Quanto ao conceito antigo destaca-se o autor BOLINGBROKE com sua afirmação de que um bom governo é aquele que age conforme os princípios e objetivos de uma constituição⁷⁰.

Para PAINE, um ato ou lei governamental contrário aos princípios constitucionais é um poder sem direito ou legitimidade. Para BOLINGBROKE é apenas um mal governo. Este último, como dito anteriormente está ligado aos conceitos políticos de Platão que entende que se o governo não está de acordo com os valores no povo isso seria um mau governo, mas não um governo sem legitimidade. Isso significa que as pessoas deveriam obedecer às leis do governo sendo a única forma de desobediência a revolução⁷¹.

BOLINGBROKE afirma que há vários indícios no caso da independência americana que a movimentação representava de fato a vontade do povo e não a vontade do parlamento na América. As assembleias realizadas na época eram livres

⁶⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 58-59.

⁶⁸ PAINE abud McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Amagi/Liberty Fund, 2007. p.1-2.

⁶⁹ BURKE abud Ibidem. p. 2.

⁷⁰ BOLINGBROKE abud Ibidem. p.3.

⁷¹ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Amagi/Liberty Fund, 2007, p. 3.

para qualquer um e os panfletos da época afirmavam que não podia se fazer nada dentro da lei porque os atos do Rei James eram dentro da lei⁷².

Por essa razão o autor faz uma separação ao entender que as revoltas em função de questões inconstitucionais podem ter dois significados: inconstitucional por serem contrárias às regras do ordenamento jurídico ou inconstitucional numa visão política na qual vai contra os princípios basilares de uma nação⁷³.

Disto se conclui algumas coisas: (i) Existe diferença entre governo e constituição se o governo é confiado a um rei ou assembleia representativa; (ii) Essa constituição antecede o governo; (iii) Essa constituição define qual autoridade ao qual o povo se submete e ao defini-la também a delimita; (iv) Não existe Constituição em um Estado em que não haja diferença entre Constituição e Governo, ou seja vontade do povo e vontade do governo⁷⁴.

Mas o autor coloca uma questão: se é um governo com poder sem legitimidade para isto, o povo teria algum direito contra este ato? A reação pode ser legal ou somente extra legal? Para PAINE parece que a questão se resume a um constitucionalismo puramente político não havendo remédios legais. Outros como Lord Camden buscaram verificar se era possível estabelecer remédios dentro do ordenamento jurídico. Este último entendia que era necessário que os intérpretes do direito fossem aqueles que definem os direitos dos indivíduos e traçam os limites do governo legítimo sobre eles. A proteção dos direitos tornou-se a aplicação de limites constitucionais⁷⁵.

Porém uma ideia do conceito de constituição de PAINE se mantém: a Constituição é anterior ao Governo. Na Inglaterra os novos conservadores entendiam a preservação das liberdades como a preservação da lei consuetudinária. Sua proteção era para cada liberdade, cada direito concreto. Logo, não era para proteger a Liberdade ou o Direito, e por isso toda Lei comum era Fundamental⁷⁶.

O entendimento de PAINE a cerca da Constituição como construção de uma espécie de consciência nacional e o governo ser criado e limitado por ela influenciou

⁷² McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Amagi/Liberty Fund, 2007, p.7-9.

⁷³ Ibidem, p. 10.

⁷⁴ Ibidem, p. 10-11.

⁷⁵ Ibidem, p. 12.

⁷⁶ Ibidem, p. 13.

as primeiras constituições. A regra geral hoje é que as constituições sejam escritas e sejam criadoras, definidoras e limitadoras dos governos⁷⁷.

Uma anomalia aponta o autor, é a Inglaterra que sem constituição escrita permanece com uma das mais constitucionais da Europa. A razão disso é que as limitações ao domínio arbitrário tornaram-se tão firmemente fixadas na tradição nacional que nenhuma ameaça contra elas parece de fato justificativa para adotar um código formal⁷⁸.

Pode-se admitir, portanto, que PAINE está certo em afirmar que a Constituição é um ato de um povo que constitui um governo. As formas e limites da constituinte acabam sendo superiores aos atos do governo. O povo define os poderes do governo e essa definição os limita para que não exerçam outros tipos de poderes. Todo o governo é constitucional, e por definição é um governo limitado. Conclui-se que deve haver uma noção de direitos fundamentais no sentido que não podem ser alterados por mero processo legal ordinário⁷⁹.

McILWAIN atenta que a visão moderna mudou seu entendimento de Constituição. Antes era algo mais ligado a consciência de um povo que crescia como uma herança nacional. Hoje há uma tendência em confundir direito e regras com códigos e textos. Entende-se hoje que a Constituição é criada a partir de uma Constituinte ao elaborar um código com maior rigidez⁸⁰.

Em suma, o Constitucionalismo é uma limitação ao governo, é uma antítese à arbitrariedade do parlamento, é a oposição ao governo despótico. A grande essência do Constitucionalismo é ser uma limitação ao Governo e ao Parlamento pelo Direito. Se hoje esta não é a parte mais importante do texto constitucional pelo menos é a parte mais antiga que foi a causa de originar este instituto⁸¹.

2.4.2 Critérios do Ordenamento Brasileiro

FERREIRA FILHO define o Controle de Constitucionalidade sendo a verificação entre um ato jurídico, especialmente uma lei, e a Constituição. Essa adequação deve ser tanto nos quesitos formas quanto nos materiais. A

⁷⁷ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Amagi/Liberty Fund, 2007, p. 15.

⁷⁸ McILWAIN, ob. cit.

⁷⁹ Ibidem, p. 19.

⁸⁰ Ibidem, p. 20.

⁸¹ Ibidem, p. 21.

inconstitucionalidade existe quando um ato é contrário a uma norma constitucional exequível por si só e também quando há omissão em tomar as providências necessárias à exequibilidade de normas constitucionais não exequíveis por si sós⁸².

Sobre a doutrina do ato inconstitucional, FERREIRA FILHO afirma que há a doutrina tradicional baseada em Marshall e Rui Barbosa que entende o ato como nulo e írrito, ou seja, sem eficácia. A declaração de nulidade retroage por esta doutrina causando efeito *ex tunc*. A segunda doutrina é a de Kelsen que entende que o ato inconstitucional é anulável com efeitos para o futuro, *ex nunc*, ou retroativo de maneira limitada pelos Tribunais⁸³.

Existem diversos remédios constitucionais que foram sendo adicionados ao ordenamento brasileiro. Separados em grupos temos aqueles que visam decretar inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei, ato normativo ou omissão legislativa ou administrativa. São formados pela ADIN, ADC e ADO. Há aqueles remédios que servem para levar do controle difuso para o controle concentrado do STF ou para que o STF avoque decisões impugnadas por juízes e tribunais. Estes são a ADPF e o Recurso Extraordinário. Há ainda a Súmula Vinculante que enuncia o entendimento do STF sobre a questão de matéria constitucional. O conteúdo destas envolvem a validade, interpretação e eficácia das normas⁸⁴.

FERREIRA FILHO acentua diversas vezes que a aplicação *contra legem* no Controle de Constitucionalidade deve ser rara. Os princípios pela sua generalidade são compatíveis com diferentes densificações e o juiz não pode fazer prevalecer a sua. Entretanto, ele afirma que pela CF/88, os direitos fundamentais são princípios em determinados casos e regras em outros. Como exemplo, vale citar a proibição de Tortura e Tratamento Degradante que se trata na verdade de matéria penal da qual se pode extrair alguns princípios implícitos. O próprio conceito clássico do Judiciário como poder neutro foi superado no entendimento de FERREIRA FILHO⁸⁵. Tornou-se de fato um poder de controle político conforme a doutrina de LOEWENSTEIN⁸⁶.

A grande mudança no sistema de controle de constitucionalidade foi controle de ação direta. A partir da CF/88, o ordenamento brasileiro foi incluindo novos tipos

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62-63.

⁸³ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 72-74.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 428-430.

⁸⁶ LOEWENSTEIN abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.37.

de ações para o julgamento direto do STF. Essas inovações não foram aceitas pela doutrina sem alguma crítica, visto que ao longo da prática jurídica notaram-se algumas falhas no controle direto.

Vale citar brevemente a análise feita por FERREIRA FILHO. Ação de Inconstitucionalidade: controla ato normativo federal ou estadual. A lista abrangente de titularidade da ação causa milhares de processos no STF. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: controla a efetivação de programas previstos na CF/88 que não foram executados. Na prática, o STF apenas dá ciência da omissão ao Congresso como forma de censura. Mandado de Injunção: semelhante a anterior, controla a possibilidade de exercer um direito ou liberdade constitucional inviável por falta de norma regulamentar. Na prática, o STF reluta em assumir um papel regulador e apenas comunica a falta de norma. Ação Direta de Constitucionalidade: controle das medidas de caráter econômico-financeiro do Governo que após a vigência a CF/88 costumam ser inconstitucionais, principalmente aquelas medidas por decreto. O problema é que algumas vezes já foram aceitos sem realizar um contraditório⁸⁷.

Podemos concluir, assim como FERREIRA FILHO conclui, que o atual critério da Constituição Brasileira para realizar o controle de constitucionalidade das leis permite a atuação do STF como legislador negativo e incentiva a sua atuação como legislador ativo. Será visto em seguida que este sistema se aproxima do controle separado do Tribunal Constitucional.

Vale lembrar que o STF ainda fica a cargo de julgar recurso de decisões denegatórias, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e mandado de injunção, decididos em última instância pelos Tribunais Superiores. Por fim, julga originariamente casos de crimes políticos e determinados agentes públicos ⁸⁸.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67-69.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 296-297.

3. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

REVERBEL para tratar do assunto dos sistemas de controle de constitucionalidade utiliza a doutrina minoritária de FERRERES COMELLA quanto à terminologia. Jurisdição Cumulada é o modelo americano que a doutrina majoritária denomina como Controle Difuso. Jurisdição Separada é o modelo europeu continental que a doutrina majoritária denomina como Controle Concentrado⁸⁹. Sua análise é baseada na teoria dos fins e funções do Estado.

É feito uma síntese dos três fins e seis funções que estariam no campo jurídico e no político, baseado na doutrina dos fins e funções de SOUZA JUNIOR que costura diversas doutrinas sobre a morfologia do Estado. Para esta pesquisa, destaca-se o fim último do Estado que possui valores jus-políticos para propiciar uma vida pacífica, harmoniosa e coesa. Alguns valores são exemplificados: ordem, segurança, progresso e dignidade da pessoa humana. Neste fim, não deve haver ideologia e busca-se uma neutralidade suprapartidária e supralegal. Os responsáveis por exercerem esta função são o Chefe de Estado, moderando a atuação do Governo e o Tribunal Constitucional, controlando a atuação do Legislativo. O fim próximo trata dos problemas existenciais da vida em sociedade. No campo jurídico, o nível concreto toma as demandas jurídicas da sociedade. A função do Judiciário é entendida como aplicar as leis aos fatos e verificar se os fatos se ajustam às leis pela subsunção. O juiz possui a função de corrigir possíveis vícios das leis por serem imbuídos de ideologias⁹⁰.

3.1. Sistemas de Jurisdição Cumulada

3.1.1. Estrutura Teórica

O Sistema de Controle Cumulado tem seu início nos Estados Unidos com o caso Marbury VS Madison que inaugurou o controle de constitucionalidade. FERREIRA FILHO destaca três pontos da decisão de Marshall, Presidente do Tribunal na época. Primeiro é a adequação da lei infraconstitucional a uma lei

⁸⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.77.

⁹⁰ Ibidem, p. 40-45.

constitucional. Segundo ponto é a supraposição da lei Constitucional sobre a Infraconstitucional. Terceiro ponto trata-se da definição do controle de Supralegalidade com Lei Inferior e Lei Superior. O ato inconstitucional também sofre consequência deste controle supralegal. Quando a decisão é por considerar um ato inconstitucional, considera-se uma norma sem valor. Rui Barbosa traduz para a expressão “ato nulo e írrito”, ou seja, não produz efeito. A decisão para inconstitucionalidade é uma declaração e com isso seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagi atingindo todos os atos baseados naquela norma⁹¹.

O controle americano, segundo FERREIRA FILHO, tem como principais características: (i) ser aberto a todos os juízes, (ii) é preliminar a solução do litígio, ou seja, antes de julgar o mérito é necessário julgar a questão constitucional do caso, (iii) opera *inter partes*, ou seja, efeitos somente para aqueles que tem relação com o caso concreto, e (iv) a norma continua sendo eficaz no ordenamento. Esse modelo simplifica a tarefa do Controle de Constitucionalidade. Qualquer juiz no seu trabalho cotidiano pode realizar o controle⁹².

Como todo sistema criado pelo ser humano, o sistema cumulado não é perfeito. O juiz pode dar mais valor ao direito material que o formal, distanciando o controle em favor de evitar causar transtornos ou até injustiças. FERREIRA FILHO, afirma que o sistema americano se preocupa cada vez mais com o elemento político. Destaca o papel da Suprema Corte que ora é vista com uma posição mais liberal ora é vista com uma posição mais conservadora⁹³.

A matéria julgada no sistema americano é somente de interesse geral. A partir do *Jugdes Bill* de 1925, não há mais obrigatoriedade de julgar. Este provimento se chama *Writ of Certiorari* (O caminho estreito). FERREIRA FILHO afirma que o sistema cumulado continua sendo mais jurídico do que político⁹⁴.

BREWER-CARÍAS afirma que a forma de controle americana gera o problema das decisões contraditórias entre os juízes. Os países que adotam este sistema têm elaborado instrumentos para contornar este defeito. Um exemplo é o caso americano de caráter vinculante das decisões da Corte Suprema de Justiça com o *Writ of Certiorari* já citado. Para demonstrar a racionalidade do sistema elenca

⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235-236.

⁹² *Ibidem*, p. 237.

⁹³ *Ibidem*, p. 238.

⁹⁴ FERREIRA FILHO, loc. cit.

o Princípio da Nulidade dos atos estatais e leis que conflitam com a constituição. Quando um ato ou lei é considerado nulo, não é necessário outro ato ou lei para impedir a produção de seus efeitos. Ressalta ainda que a estrutura na qual todos os juízes tem o poder-dever de controle de constitucionalidade não está prescrita no texto da Constituição Americana. O controle cumulado é derivado do conjunto do sistema constitucional⁹⁵.

Quanto ao problema da ausência de uniformidade das decisões judiciais, BREWER-CARÍAS destaca a medida do *Stare Decisis* e outros regulamentos com conteúdo semelhante utilizado em outros países. Mas o problema não é plenamente resolvido, porque não são todos os casos que chegam à Suprema Corte. Nos EUA, a Suprema Corte decide discricionariamente os casos que deseja conhecer. Isso significa que os casos que ela recusa, podem gerar situações em que haja uma ausência de harmonia entre as decisões dos juízes do território americano.

Os países da família romano-germânica que adotaram o método difuso, também estabeleceram instrumentos de harmonização da jurisprudência. A Sala de Cassação da Corte Suprema na Venezuela é um exemplo. Ela é encarregada de fazer o papel de harmonização das jurisprudências como a Suprema Corte Americana. Outra solução adotada pelos países de herança romana foi trazer aspectos do controle concentrado para o seu país, formando o sistema intitulado misto⁹⁶.

SILVA RAMOS entende que no Brasil e em Portugal não há sistema misto, mas sim difuso. Seu argumento se baseia no conceito de que misto ou concentrado são quando uma categoria legislativa é reservada somente ao controle de um tribunal enquanto as demais são para todos. No Brasil e em Portugal a única diferença é a distribuição de competência, mas tanto os juízes quanto os tribunais podem realizar o controle⁹⁷. REVERBEL defende que há dois modelos mistos. Entende que há diversos graus de impureza entre os extremos que são o difuso e o concentrado. Um exemplo de controle impuro é o do Uruguai no qual o Tribunal Constitucional realiza somente controle incidental havendo a possibilidade de aplicar

⁹⁵ BREWER-CARÍAS abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. vi.

⁹⁶ BREWER-CARÍAS abud ob. cit., p. xvii.

⁹⁷ SILVA RAMOS abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 71.

uma lei ao caso concreto. Isso mistura características do difuso com o concentrado⁹⁸.

REVERBEL faz uma breve análise sobre o modelo americano que seria o cumulativo, descentralizado ou monista. Influenciado pelo modelo inglês, por meio de regras escritas foi instaurado uma nova ordem jurídica ao romper com a metrópole. Com a instituição da República foi instaurado a garantia de independência entre os três poderes e a Supremacia da Constituição, ao invés do Parlamento como era na Inglaterra. Nos EUA, existem os *policies* e os *principles*. O *policies* é a legislação do Congresso e é superior ao Judiciário. O *principles* se sobrepõe à atuação dos juizes. Quando um juiz entende por deixar de aplicar o *statute*, que são os *principles* após integrarem o ordenamento, isto pode ser feito pela Suprema Corte ou pelos Tribunais Ordinários. Por essa razão é um controle monista-descentralizado-cumulativo. Vale lembrar que esse modelo não é expresso na Constituição, ele foi escrito na decisão elaborada por Marshall⁹⁹.

KELSEN afirma que apesar de o modelo americano seguir o antigo modelo austríaco, o perigo de decisões contraditórias é bem menor porque não há cortes administrativas e os órgãos administrativos se subordinam as cortes ordinárias. Como as decisões da Suprema Corte tem caráter obrigatório para os tribunais ordinários, quando isso ocorre é quase uma anulação geral da lei, pois todos os tribunais acatam. Mas não se sabe o limite dessa obrigatoriedade. Um exemplo é no caso da Constituição. Pode ocorrer de todas as cortes obedecerem a decisão da Suprema Corte em relação àquele caso concreto, mas em outro não. Duas cortes inferiores podem tomar decisões opostas em casos que nunca cheguem a Suprema Corte¹⁰⁰.

A maior diferença destes dois modelos é que no americano, a questão de se verificar se a lei é ou não constitucional deve ser incidental, ou seja, um sujeito deve ter seu interesse violado em função desta lei. O problema é que a própria literatura jurídica americana reconhece que o interesse particular nem sempre coincide com o

⁹⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 72.

⁹⁹ Ibidem, p. 85-86.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p. 307-308.

interesse público em verificar a constitucionalidade da lei. A consequência é que o processo deixa de ter características especiais necessárias¹⁰¹.

3.1.2. O que falta no Modelo Brasileiro

No *common Law* o Judiciário não é um órgão do Estado, mas um braço da sociedade. Cria direito com a força vinculante do precedente que tem efeito *erga omnes*. A Constituição funde-se ao núcleo desse sistema e torna-se critério legítimo para o Judiciário usar em seus julgamentos, tornando-se instrumento mais forte do processamento do *statute law*. De maneira natural, o Judiciário assume o papel de controle de constitucionalidade. Nos EUA há um autogoverno em função de seu forte sistema federalista. Isso separa na prática as funções de Estado das funções de Governo. O Presidente dos EUA exerce funções de relações exteriores e de defesa interna porque pouco lhe sobra de funções de governo para exercer. Além disso, na área administrativa, como os casos dos serviços públicos, o setor privado é quem regula e presta o serviço. Quem governa de fato são os governadores. Isso gera uma redução da densidade ideológica da política e ameniza os perigos da politização do Judiciário¹⁰².

Conclui-se que o modo de configurar o controle de constitucionalidade baseado no americano para que fique o mais fidedigno, necessita também da importação de conceitos e institutos que não fazem parte na nossa história cultural e jurídica. Qualquer leigo e até mesmo um jurista brasileiro, não entende a primeira vista como pode haver uma espécie de regra do parlamento e regra do judiciário onde uma ainda não foi integrada ao ordenamento e a outra foi. Do mesmo modo, não é simples para nós entendermos que o Judiciário não é um órgão do Estado, mas um braço da sociedade.

¹⁰¹ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p. 311-312.

¹⁰² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 138-139.

3.2. Sistemas de Jurisdição Separada

3.2.1. *Estrutura Teórica*

O Sistema de controle de constitucionalidade de modelo europeu surgiu na Checoslováquia e na Áustria baseado na teoria de Kelsen. Sua força cresceu somente com o período Pós 2º Guerra. O sistema separado é formado por um órgão não integrado ao Judiciário mas de caráter jurídico. Ele é composto por pessoas que também estão fora do Judiciário, ainda que já tenham pertencido a este. Suas decisões tem efeito *erga omnes* e fazem julgamento direto sobre lei ou ato suscitado pelo Judiciário. Este órgão não integrado ao Judiciário é também independente de todos. É composto por pessoas que não estão atuando no Judiciário, não precisam ser juristas, são escolhidos pelo povo ou pelos representantes do povo e há apreciação direta da norma sem precisar de caso concreto. Segundo FERREIRA FILHO, neste modelo há uma maior ênfase na política¹⁰³.

Quanto ao ato inconstitucional, FERREIRA FILHO afirma que nem sempre é nulo baseado na doutrina de Kelsen. Os efeitos continuam *ex tunc*, mas podem ser flexibilizados. Por essa razão pode haver casos que os efeitos retroagem e casos em que os efeitos da lei atingem casos futuros. Portanto, os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade podem ser graduados em relação ao tempo. Essa graduação é decidida de maneira política¹⁰⁴.

Há um debate que ficou marcado na história do controle de constitucionalidade europeu. Ele ocorreu entre Schmitt e Kelsen e desta discussão é possível extrair diversas conclusões sobre a função do guardião da Constituição, sobre a importância da doutrina dos fins e funções do Estado e sobre como Kelsen idealizava o Tribunal Constitucional.

Schmitt defende que quem deve ser o guardião da Constituição é o Chefe de Estado, ou seja, o Monarca ou o Presidente. Entende que a função jurisdicional é oposta a função política e com isso as questões políticas não são objeto de jurisdição. O Tribunal Constitucional torna-se o tribunal com maior grau político em suas decisões. Ele coloca como uma função legislativa baseado no entendimento de

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 239-240.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 241.

que decisão judicial é mera reprodução da lei. Acusa o problema da politização do Judiciário ao deixar como guarda da Constituição um Tribunal Constitucional e isso gera uma dissolução do Estado. O principal argumento para destinar a guarda da Constituição para o Presidente é porque a Constituição é uma decisão política do povo como detentor do poder constituinte. Logo, o Chefe de Estado que é eleito pelo povo ou aceito como Chefe no caso de monarca, representa a vontade geral do povo para guardar e defender a unidade do país. Outro argumento é que o Judiciário se tornaria sobrecarregado com mais uma função e isso gera uma necessidade de mais funcionários públicos. Por fim, Schmitt critica a forma de nomeação dos juízes constitucionais ao serem escolhidos pelo Executivo¹⁰⁵.

A crítica de Kelsen é esclarecedora. Defende que o processo legislativo continua na jurisdição principalmente na decisão judiciária. Se não houvesse algum grau de política na jurisdição não existiria Direito Internacional, pois neste ramo todo conflito é político. O fato de ter um maior caráter político não impede o Tribunal de exercer jurisdição. A decisão judicial não é mera reprodução da lei. Isso era uma ideia, uma ficção que busca convencer o juiz que ele não possuía nenhum grau de discricionariedade e que a regra não era o resultado da interpretação do texto legal. O Tribunal Constitucional na verdade reafirma a separação dos poderes e a unidade estatal. O problema da discricionariedade das decisões é legítimo, mas sua solução é através de uma maior delimitação de lei. Não devem ser normas muito gerais, chavões vagos especialmente em relação aos direitos fundamentais. O tribunal constitucional exerce a função de legislador negativo ao eliminar normas gerais e isso o difere do tribunal ordinário. Outra questão é sobre destinar ao Governo o Controle de Constitucionalidade. Se a Constituição separa o Parlamento do Governo e os coloca em lados opostos, significa que ambos são os que provavelmente ultrapassarão os limites da Constituição. Como pode ser guardião da Constituição se é um dos órgãos que mais pode transgredi-la? Se for para ser um poder neutro para controlar a constitucionalidade, e isso signifique representar os diversos interesses da sociedade, é preferível um monarca a um presidente. Mesmo que este tenha um longo mandato ou uma destituição difícil¹⁰⁶. Isso significa que o modelo do Chefe de Estado como Guardiã da Constituição até pode funcionar, mas somente num

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013,p.243 e ss.

¹⁰⁶KELSEN, Hans, ob. cit.

Estado Monárquico sendo que aqui o que se busca é um modelo de controle apto para todos os sistemas de Estado.

Quanto ao excesso de trabalho para o Judiciário, na verdade a jurisdição comum não realiza esse controle pois o Tribunal deve ser um órgão independente. O ponto principal é: qual é o órgão mais neutro para realizar este controle? Kelsen supõe que os órgãos já existentes não são neutros e por isso é necessário criar um novo que faria o papel de terceiro neutro em relação ao conflito entre Parlamento e Governo. Quanto ao argumento da democracia, novamente como em outros textos já citados, afirma-se que este problema é tanto do Tribunal quanto do Chefe do Estado e isso é resolvido ao estruturar o modo de nomeação de maneira que seja o povo ou o Parlamento que escolham¹⁰⁷.

A Constituição Austríaca estabeleceu dois caminhos para realizar a revisão judicial. O primeiro, indireto, seria um particular num procedimento administrativo alegar violação por ato administrativo de direito garantido constitucionalmente. A Corte decidia a Constitucionalidade da lei que baseou o ato, mas somente após passar por todas as instâncias administrativas. Os particulares só suscitavam a revisão, mas quem tinha a iniciativa para estabelecer o processo era a Corte¹⁰⁸.

Outra função que Kelsen dá ao Tribunal é a possibilidade de emitir pareceres para os governos federais e estaduais quando o requerem. Seriam para responder dúvidas sobre competência de um ato administrativo ou lei. Os juristas americanos em sua maioria são contra essa tarefa de emitir pareceres alegando ir contra a separação de poderes. Entende-se que isso faz parte da função do Tribunal que é em parte legislativa e em parte judicial. A Corte poderia ainda investigar a constitucionalidade de uma lei sem motivo particular, desde que um legitimado requeira isso. O governo federal pode pedir para averiguar a constitucionalidade de uma lei estadual e vice-versa¹⁰⁹.

De maneira originária, a Corte Constitucional poderia julgar violações culposas de direito, no exercício das suas funções, os sujeitos dos órgãos supremos federais e estaduais. Presidente, Governador e demais membros da cúpula federal ou estadual poderiam ser julgados por essa corte. KELSEN afirma que esta seria a

¹⁰⁷KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p. 243 e ss.

¹⁰⁸ Ibidem, p.18-21.

¹⁰⁹ Ibidem, p.22.

garantia repressiva da Constituição ao responsabilizar os ministros e o Chefe de Estado¹¹⁰.

Sobre ser incompatível com a Soberania do Parlamento, entende-se que não há soberania entre os órgãos, o que há é uma Soberania do Estado no qual todos os órgãos se submetem a Constituição, e as leis e atos originados. Sobre o princípio da separação de poderes, afirma que o Tribunal apesar de ter este nome, não exerce função jurisdicional. Ao anular uma lei inconstitucional o órgão exerce uma função legislativa e isso na verdade ressalta a separação dos poderes, pois reforça o controle entre os órgãos. Ser ou não tribunal é uma mera questão de nomenclatura. Entretanto há sim uma atividade de jurisdição porque o Tribunal é muito mais um aplicador da Constituição do que um criador de direito¹¹¹.

O processo do Controle de Constitucionalidade elaborado por Kelsen vê como importante o modo de introdução do caso no Tribunal. Entende-se que a melhor opção é a *Actio*, ou seja, qualquer um poderia pedir. Para resolver o problema do acúmulo de ações KELSEN sugere designar apenas para as autoridades judiciárias e administrativas em dúvida sobre a regularidade de um ato, lei ou regulamento. Outras opções seriam designar somente os Ministros e Tribunais Superiores ou somente os Tribunais com exclusão da Administração Pública. Isso poderia gerar o problema do desestímulo da entrada de ações. Afirma-se que uma forma de estimular seria o pedido ser contra atos de autoridades públicas, como a *Actio Popularis* seria¹¹².

Outro sujeito que poderia propor a ação seria os governos estaduais em casos contra o governo federal e vice-versa. KELSEN ainda sugere a possibilidade de o Tribunal Constitucional propor um controle *ex officio* de leis, atos ou regulamentos¹¹³. Entretanto, entendemos que se o fizesse, o Tribunal estaria perdendo o seu caráter jurisdicional como será visto posteriormente.

Mas é para com o Estado federativo que a jurisdição constitucional tem maior importância. Neste caso, a Constituição federativa além de tratar de processo legislativo e princípios legais, irá dispor sobre a competência da legislação federal e da local. Para mediar este conflito que surge entre essas competências é necessário

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p.49.

¹¹¹ Ibidem, p. 150-152.

¹¹² Ibidem, p. 174-175.

¹¹³ Ibidem, p. 176.

o Tribunal Constitucional, pois qualquer violação envolvendo competência federativa viola a Constituição¹¹⁴.

O sistema europeu possui um Tribunal com caráter de legislador negativo. O caráter político se acentua na inconstitucionalidade por omissão. Se o tribunal decidir por tornar eficaz uma norma não autoexecutável que não foi completada pelo Legislativo, ele estará tomando um juízo político. Isso ocorre porque cabe ao governo decidir por regulamentar tal norma ou mantê-la em suspenso. Mas o Sistema Europeu em sua doutrina apresenta ciência deste caráter político em sua estrutura. Por isso a Corte não pode declarar constitucional quando o ato ou lei é claramente o contrário. Seu controle também não é de legalidade, ou seja, de relação entre texto normativo e interpretação. Seu controle é baseado na legitimidade. É conformidade da lei ou ato com as normas ou princípios constitucionais da Carta Magna. O controle em abstrato ressalta ainda mais este caráter político, pois sem um caso concreto, sua tarefa de declarar ato ou norma inconstitucional se assemelha a uma Câmara Legislativa¹¹⁵.

Há outra tese envolvendo o controle por outro órgão que não seja o Judiciário. A Constitucionalidade das leis envolve a interpretação dos textos e princípios constitucionais para estabelecer os limites do legislador. Se for assim, quem melhor que os próprios autores da Constituição, ou seja, o povo, para realizar a interpretação? O povo é representado pelo Parlamento, logo cabe a ele controlar a validade das leis ao longo do processo de elaboração destas no Congresso. Essa é a premissa para Supremacia do Parlamento francês segundo MALBER¹¹⁶. Com a cumulação do poder constituinte para o poder legislativo, o sentido da distinção entre lei ordinária e constitucional é perdido. Este pensamento impede que o controle de constitucionalidade seja efetivo, pois quem julga a lei é quem a criou, ou seja, o suposto autor do crime é quem julga o crime.

Conforme dito anteriormente sobre a soberania do direito e a supremacia da política, os Estados Continentais optaram por atribuir às duas competências aos representantes da soberania nacional em função das características próprias da sociedade continental. SOUZA JUNIOR elenca algumas destas: o baixo nível de

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.182-183.

¹¹⁵ Ibidem, p. 241-242.

¹¹⁶ MALBER abud KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p. 204-205.

consenso, o associativismo e o *self government*. O legislativo como expressão da vontade geral presume que sua posição seja sempre justa. Essa é pelo menos a premissa¹¹⁷.

Essa mistura de supremacia do direito com soberania da política não ocorrem de perfeitamente e em parte é pela falta de consenso característica do continente. O Tribunal Constitucional foi criado para resolver essa falha que prejudicou principalmente a supremacia do direito. Portanto, a função do Tribunal é construir e renovar um consenso, que deve estar acima do plano partidário-ideológico do Governo e do Legislativo. É ele quem definirá onde prevalece a supremacia do direito e onde prevalece a soberania da política¹¹⁸.

SOUZA JUNIOR afirma que no modelo francês atual há o reino do legislador. A supremacia do direito se faz na legalidade porque o legislativo continua encabeçando a política e o direito. Mas não é assim no modelo alemão. Nele configurou-se um novo órgão, o Tribunal Constitucional onde a política e a ética se abraçam pela mediação dos valores supremos do direito¹¹⁹.

Denomina-se como terceira fase do fenômeno constitucional a fase da Revolução Kelseniana que ocorre a partir da segunda década século XX. A Constituição torna-se o postulado que fica no topo de um ordenamento jurídico estruturado em escala. Sem renunciar a característica política, o direito constitucional torna-se o garantidor da Supremacia do Direito¹²⁰.

SOUZA JUNIOR afirma que esta terceira fase possuía cinco desafios derivados dos acontecimentos da primeira metade do século XX. O primeiro desafio é proteger acima de tudo a dignidade da pessoa humana. O segundo desafio é garantir o respeito ao pluralismo ideológico e político e conciliar com os valores universais do ser humano. Esses valores universais envolvem a liberdade, igualdade, justiça, segurança e desenvolvimento. O terceiro é equilibrar o funcionamento dos poderes públicos na realização dos seus fins. O quarto envolve conciliar a tensão entre iniciativa privada e a ação do Estado na economia e na sociedade respeitando a liberdade individual e o bem comum. O quinto e último

¹¹⁷SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p. 90-91.

¹¹⁸ Ibidem, p. 92-93.

¹¹⁹ Ibidem, p. 184.

¹²⁰ Ibidem, p. 103-105.

desafio trata de conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia e garantir a evolução dos mesmos ou pelo menos melhorar a sua compreensão¹²¹.

Elencam-se cinco razões para o Tribunal Constitucional ser a resposta aos cinco desafios. O poder Judiciário seria sobrecarregado pela política do fenômeno constitucional sem o Tribunal. Este órgão consegue proteger a dignidade da pessoa humana sem politizar as decisões da vida jurídica do Poder Judiciário. Somente um órgão com poder independente garante o pluralismo político e limita os valores democráticos de maneira legítima. Os membros do Tribunal possuem a arte de julgar, atuar em conselhos e decidir por acórdãos que aumentam a legitimidade do resultado e amenizam o peso individual da decisão. Por fim, a decisão deste órgão é por meio de fixação de orientações normativas que são vinculantes para todos os poderes políticos¹²².

O Tribunal Constitucional almeja garantir a autonomia das entidades membros e a harmonia de suas relações recíprocas em prol da federação. Kelsen não proíbe o Chefe de Estado de ser o Guardião da Constituição, mas não concorda que este seja o único. Isso foi colocado em prática na Lei Fundamental de 1949, art. 92-94 estabelecendo a sua organização e regramento. No par 1º do art. 92, é estabelecido que se trata de um tribunal autônomo e independente diante de todos os demais órgãos constitucionais. Mas foi somente em 1952 que não foi mais questionada sua condição. É reconhecido como um autêntico poder político recebendo nomes como quarto poder, legislador complementar, juiz soberano entre outros. Destacam-se estes últimos dois nomes que demonstram a característica ambígua do Tribunal Constitucional ser jurídico e político. Logo depois vieram os espanhóis com a Constituição Espanhola de 1978 que reservou um título de sua Carta Magna para o Tribunal Constitucional. O art. 1º define-o como interprete da Constituição e declara-o independente dos demais órgãos constitucionais, submetido somente à Constituição e à Lei Orgânica¹²³.

Sustenta-se que as funções do Tribunal Constitucional permeiam três perspectivas: material, instrumental e formal. A natureza material possui uma parcela da função política de última instância. Essa função é defender e concretizar o caráter normativo da Constituição porque esta é o instrumento que apresenta a unidade da

¹²¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.106-109.

¹²² Ibidem, p.109-112.

¹²³ Ibidem, p. 115-116.

sociedade, expressa o consenso democrático e estabelece as regras procedimentais da organização política. A natureza instrumental é jurisdicional porque utiliza instrumentos do Judiciário. O Tribunal precisa ser provocado pelos legitimados para se pronunciar e os recursos da hermenêutica jurídica, do devido processo legal são utilizados. Além disso, as decisões são feitas por meio de acórdãos. A função formal é legislativa porque o Tribunal cria direito ao anular leis, atos ou regulamentos¹²⁴.

BREWER-CARÍAS afirma que o controle separado não é o mesmo do concentrado. Concentrado se refere à escolha de um órgão para exercer a jurisdição constitucional e Separado se refere a um órgão não pertencente ao Poder Judiciário. Ele afirma que o controle de constitucionalidade assegura a vigência da parte dogmática da Constituição. São os direitos declarados que sejam inerentes à pessoa humana e protegidos pelos remédios constitucionais. O controle também assegura a parte orgânica da Constituição, ou seja, o princípio da separação de poderes e distribuição territorial do Poder Público¹²⁵.

Os tribunais constitucionais tem o dever de assegurar o regime democrático. Em alguns países, eles possuem a competência para sancionar leis contrárias à democracia, mas que foram aprovadas pelos partidos. Há países também que todos os atos administrativos são controlados pelo órgão¹²⁶.

BREWER-CARÍAS faz uma breve explanação dos países da Ibero-américa em que há Jurisdição Separada, quando o órgão de controle está separado do Judiciário e Jurisdição Concentrada, quando o órgão de controle faz parte do Judiciário. Chile e Bolívia adotam o controle concentrado com o Tribunal Constitucional como encarregado do controle. Este é feito em abstrato sendo proposto por um rol de sujeitos competentes ou de maneira incidental mediante recurso levado ao Tribunal. Este órgão tem como principal função no Chile, controlar e solucionar conflitos entre os órgãos. No Equador, o controle concentrado se impôs excluindo o difuso. Mas neste caso, o controle é somente incidental a partir de pedido de ofício ou da petição das partes sobre norma contrária a Constituição ou a tratados internacionais de direitos humanos¹²⁷.

¹²⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.118-122.

¹²⁵ BREWER-CARÍAS abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. IV-V.

¹²⁶ BREWER-CARÍAS abud ibidem, p. VI.

¹²⁷ BREWER-CARÍAS abud ibidem, p. XXVI-XXIX.

No caso de Tribunal Constitucional em um sistema misto, BREWER-CARÍAS destaca a Colômbia, Guatemala e Peru. Este último é o único que possui um Tribunal Constitucional que não está integrado ao Poder Judicial. O Tribunal peruano tem como encargo conhecer a ação de inconstitucionalidade contra leis ou atos de similar efeito, tendo como legitimidade para propor determinados funcionários ou um número elevado de cidadãos¹²⁸.

O Controle Separado tem como característica um controle posterior, deixando para o Chefe de Estado, Presidente ou Monarca, o controle preventivo através dos vetos. Entretanto, há casos como o da Colômbia, Venezuela e Equador em que este controle prévio é exercido pelo Tribunal Constitucional ou pela Suprema Corte através de petição proposta pelo Presidente da República em razão de leis sancionadas nas Câmaras Legislativas. Outra forma de controle prévio pelos Tribunais são a aprovação de textos dos decretos presidenciais, referendos e assembleias constituintes para reformar a Constituição. Na Bolívia, por exemplo, o Presidente, o Congresso Nacional e a Corte Suprema de Justiça realizam consulta para averiguar a constitucionalidade de decretos, projetos de lei e resoluções aplicáveis ao caso concreto. Há um controle preventivo também durante a discussão dos projetos legislativos e antes de sancionar os textos no caso Tribunal do Chile¹²⁹.

BREWER-CARÍAS destaca algumas características dos poderes do juiz constitucional e do juiz ordinário no controle concentrado. 1º Não há iniciativa do Juiz Constitucional, o caso é entregue ao juiz por iniciativa de outros sujeitos. 2º O Juiz Constitucional não está vinculado ao que é invocado pelas partes. Ele pode remeter de ofício ao juiz constitucional conforme seu entendimento. 3º O poder de controle de ofício do juiz constitucional permite que ele invoque inconstitucionalidade de outros pontos da lei ou ato estatal que não foram indicados pelo autor na ação direta. Em alguns países como a Venezuela e a Colômbia, mesmo que o autor da ação desista dela, o Tribunal pode continuar com o caso se for da sua vontade¹³⁰.

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade na América Latina costuma ser *pro futuro*. Mas BREWER-CARÍAS afirma que existem exceções em que há efeito

¹²⁸ BREWER-CARÍAS abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. XXXII.

¹²⁹ BREWER-CARÍAS abud ibidem, p. XXXV.

¹³⁰ BREWER-CARÍAS abud ibidem, p. XXXVI.

retroativo principalmente se a decisão beneficia o contribuinte ou o condenado na área civil, penal ou trabalhista. É o caso do Peru e da Colômbia¹³¹.

BREWER-CARÍAS afirma que o controle do poder concentrado na ibero-américa pode ser feito antes ou depois da vigência de uma lei. Pode ser de maneira concreta num caso quanto de maneira abstrata através de ações que vão diretamente ao Tribunal ou Corte para serem julgadas¹³².

REVERBEL afirma que o Controle de constitucionalidade concentrado no Tribunal Constitucional foi a solução encontrada para proteger os valores supremos do ordenamento jurídico contra desvios do legislativo e do governo. O Juiz Constitucional atua por princípio e enxerga o Direito como um todo. Seu controle é baseado na validade. Os valores supremos buscam a permanência e a durabilidade enquanto as leis são maleáveis e adaptáveis à realidade concreta da vida. A Constituição abarca o conteúdo dos costumes, valores e princípios de um povo. Quando a Carta Magna é produzida, há a intenção que ela seja perene¹³³.

REVERBEL atenta para que o modelo de controle de constitucionalidade de um país se baseia nas funções e fins do Tribunal Constitucional. O sugerido é que se configure baseado na necessidade de proteger os valores inseridos no texto constitucional. Os critérios de organização deveriam ser jus-políticos. O critério de seleção é, portanto, jus-político. Nos tribunais ordinários o critério precisa ser técnico/profissional¹³⁴.

FERRERES COMELLA afirma que há graus de pureza que diferenciam os modelos de controle de constitucionalidade. A pureza é em relação ao acúmulo de funções no Tribunal Constitucional que são típicas de um Tribunal Ordinário. REVERBEL elenca três subespécies de Tribunais Constitucionais: (i) Absolutamente Puros: Bélgica e Luxemburgo; (ii) Relativamente Puros: França e Itália; (iii) Impuros: Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal. Portanto, o Tribunal da Bélgica não possui funções ordinárias e o Tribunal da Espanha possui diversas funções ordinárias¹³⁵. Destaque-se que se compararmos com o Supremo Tribunal Federal, o Brasil teria um Tribunal Muito Impuro. Isso significa que mesmo em comparação com a

¹³¹ BREWER-CARÍAS abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, p. XLVI.

¹³² BREWER-CARÍAS abud ibidem, p. VII.

¹³³ Ibidem, p. 53-55.

¹³⁴ Ibidem, p. 60-61.

¹³⁵ FERRERES COMELLA abud ibidem, p.82.

Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal, há um número maior de cumulação de funções ordinárias.

Quanto à autonomia do Tribunal Constitucional, há diferenças conforme o procedimento para acioná-lo. A via abstrata do Recurso de Constitucionalidade é somente suscitada por determinadas instituições públicas sobre a inconstitucionalidade de uma lei diretamente. A via concreta da Questão de Constitucionalidade ocorre quando o Juiz ou Tribunal Ordinário submete a questão de um caso concreto para controle do Tribunal Constitucional para depois realizar a sentença. A diferença existente é que via abstrata é mais autônoma do que a via concreta por esta última estar vinculada ao poder judiciário ordinário¹³⁶.

A conclusão que REVERBEL chega é que os Tribunais podem ser diferenciados a partir da sua autonomia baseada no seu grau de Pureza e Rigidez. Quando menos tiver funções ordinárias e quanto menos tiver casos vinculados ao Judiciário, maior será a autonomia do Tribunal Constitucional¹³⁷.

REVERBEL afirma que o foco do modelo europeu é na segurança jurídica. A sua preocupação era devido à ausência no *stare decisis* no continente europeu. Quando o poder de rechaço fica exclusivamente a cargo do Tribunal Constitucional não se pode falar em quebra da segurança jurídica. Não haverá decisões divergentes, porque o juiz ordinário não pode decidir sobre inconstitucionalidade, e a decisão dos juízes constitucionais terá efeitos sobre todos os casos¹³⁸.

FERRERES faz algumas críticas relevantes ao Modelo do Tribunal Constitucional. Uma delas é a ausência da jurisdição discricionária, isto é, não há outro órgão que controla a lei junto com o Tribunal. Se este recusar a análise do caso, não há outro órgão para investigar a constitucionalidade¹³⁹.

O tribunal seria o único órgão a realizar o controle repressivo de constitucionalidade, isto é, depois que a lei já entrou em vigor. O Presidente e as Câmaras Legislativas já realizam este controle de constitucionalidade antes do próprio Tribunal, porém de maneira preventiva.

REVERBEL atenta que o ordenamento não é construído somente pelo campo jurídico e, o controle não é feito somente pelo Tribunal Constitucional. Na verdade, o

¹³⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 83.

¹³⁷ Ibidem, p. 84.

¹³⁸ Ibidem, p. 90.

¹³⁹ Ibidem, p. 91.

ideal é que a maioria dos casos não seja considerada inconstitucional pelo próprio pressuposto que a lei nasça constitucional. Como sua função é de preservar os valores e princípios constitucionais, não é do interesse do Tribunal julgar a maioria dos casos inconstitucionais nem ter um alto índice de casos decididos¹⁴⁰.

Outra crítica que FERRERES faz é em relação ao julgamento abstrato do Tribunal. Dessa forma ele não pode reduzir o foco do exame e precisa analisar todos os aspectos em que a lei é atacada. Essa redução é algo possível no modelo americano. Há crítica também ao que predomina na teoria geral do controle separado e o que ocorre na prática dos países que adotam de maneira mais fidedigna a teoria. É número diminuto de legitimados para propor o controle abstrato¹⁴¹. REVERBEL afirma que este casuísmo minimalista ocorre nos dois modelos. O minimalismo na verdade faz com o que o Tribunal justifica suas escolhas em decidir ou não decidir. Além disso, no controle incidental a ação serve apenas de meio, mas não limita as questões a serem analisadas pelo Tribunal. Este pode analisar outras questões que não foram suscitadas pelas partes¹⁴².

FERRERES também atenta para a dificuldade de evitar os argumentos de constitucionalidade recorrendo a argumentos de mera legalidade ordinária. O motivo para acionar o Tribunal é justamente para que ele elabore argumentos constitucionais, ou seja, para que ele resolva baseado nos Direitos Fundamentais e na Separação dos Poderes. Mesmo quando o Tribunal julga por constitucional uma lei ele acaba decidindo sobre a matéria da lei, pois define qual interpretação deve ser aplicada sob qual contexto. É criticada essa constitucionalização do direito¹⁴³.

FERRERES também critica a criação de um órgão independente somente para declarar a inconstitucionalidade das leis sendo que isso deve ser uma exceção. Como é somente essa a função do Tribunal Constitucional, na prática há uma tendência dos juízes constitucionais em julgarem um maior número de casos e aumentarem a quantidade de declarações inconstitucionais como forma de justificar a sua existência. Como a Suprema Corte pode tratar de questões ordinárias, não

¹⁴⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 104.

¹⁴¹ Ibidem, p. 106.

¹⁴² Ibidem, p. 107.

¹⁴³ FERRERES COMELLA abud Ibidem, p. 108-109.

haveria essa necessidade e, portanto, tende a ser menos ativista o modelo americano¹⁴⁴.

Quanto ao ativismo judicial FERRERES elenca dois fatores que influenciam. O primeiro é a rigidez da Constituição porque quanto mais flexível ela é menor será o temor de alterá-la visto que poderá ser reformada no futuro. O segundo fator é a força do precedente, isto é, o judicial review. Nos países de civil Law há uma tendência maior em os Tribunais mudarem suas decisões porque essa doutrina não é forte. Ao contrário do que acontece nos países de common Law onde há uma maior resistência em mudar as decisões dos tribunais¹⁴⁵.

REVERBEL contra argumenta ao afirmar que FERRERES superestima o Tribunal Constitucional e a sua função. Sua mera existência não presume um ativismo jurídico. É necessário uma soma de fatores para que isto ocorra. É claro que o Tribunal tende a ser mais ativo que a Suprema Corte, mas isto é consequência da função de guarda da Constituição ser entregue a um único órgão. Se fosse dispersa a diversos órgãos esta função não seria tão bem trabalhada neles. A justificação para que haja esta separação desta função para um único órgão autônomo do Judiciário é em função dos fins e funções do Estado¹⁴⁶.

3.2.2. *O que falta no Modelo Brasileiro*

O STF tem tomado um papel político nos últimos anos. Por vez, a Suprema Corte age como poder constituinte derivado, ora age substituindo o Congresso Nacional. FERREIRA FILHO afirma que isso aumenta o risco de politizar o Judiciário que deveria preservar a imparcialidade. A Constituição de 88 transformou o TFR em STJ com o objetivo de deixar o STF somente com a guarda da Constituição. O Recurso Extraordinário para questões envolvendo a Constitucionalidade ficou de competência do Supremo Tribunal e o Recurso Especial para o STJ. Mas na prática, o que era para ser o guardião da Constituição, tornou-se uma 4ª instância do Judiciário e até em alguns momentos uma 3ª Câmara Legislativa¹⁴⁷.

¹⁴⁴FERRERES COMELLA abud REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 113-114.

¹⁴⁵ FERRERES COMELLA abud Ibidem, p.115.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 117.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 298.

Conclui-se que o Poder Constituinte é relativizado no Brasil, conforme afirma FERREIRA FILHO. Por um lado, se a doutrina afirma que ele é um poder extraordinário e que somente um Poder Constituinte Derivado pode alterar a Constituição, então não caberia aos 3 Poderes Ordinários. O Judiciário realiza mudanças informais através da técnica da mutação que não altera o texto, mas altera a interpretação deste e conseqüentemente alterando a norma¹⁴⁸.

Essa atuação legisladora do Judiciário em parte é causada pela falta de confiabilidade nos outros dois órgãos. Os políticos são vistos pela opinião pública como sujeitos interessados somente em si mesmos e em seu partido. Por outro lado, o juiz tem formação superior, é aprovado para o cargo através de concurso e tem a imparcialidade como premissa de seu cargo. O próprio sistema processual que preza o formalismo, o contraditório e o direito ao recurso dá uma maior confiabilidade nas decisões. Ao contrário, o processo deliberativo do congresso para aprovações de propostas legislativas, as comissões parlamentares de inquérito e o próprio processo de impeachment não transparecem confiabilidade por terem carga política. O Judiciário formado por uma elite profissional, instruída e não corrompida, seria o melhor órgão para realizar o controle político¹⁴⁹.

A Constituição de 1988 busca aproximar-se do continente europeu para importar o instituto alemão do Tribunal Constitucional. SOUZA JUNIOR afirma que a República historicamente moldou os seu sistema baseado no norte americano. Por essa razão, ainda há certa irracionalidade no sistema brasileiro que comprova que o sincretismo não alcançou bons resultados. Não temos uma cultura jurídica de *judicial review* e não temos um Tribunal Constitucional mais independente para ser o Guardião da Constituição¹⁵⁰.

A CF/88 falhou ao entregar as funções jus-políticas aos órgãos judiciários e àqueles essenciais a sua atividade como os Tribunais, Juízes e ao Ministério Público. Esse desajuste gera uma politização do poder judiciário e a judicialização da política. Outro erro da CF/88 foi a abertura da legitimidade ativa para diversos setores da sociedade moverem uma Ação Direta. Formou-se a *Actio Popularis*

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 445-446.

¹⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo – RDA** – Rio de Janeiro, nº 198, v. 198, 1-17, out./dez. 1994, p.15.

¹⁵⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p. 186-187.

temida por Kelsen. Tanto o controle concreto quanto o abstrato acabam tendo como última palavra o STF. Isso dificulta a diferenciação do modo de julgamento do controle incidental em relação ao controle direto. Acaba atingindo os próprios juízes ordinários que começam a se utilizar de instrumentos e técnicas do controle direto em seus processos diários enquanto o juiz constitucional utiliza-se de técnicas ordinárias de controle incidental para julgar casos de controle direto. Está formando o ambiente para politizar o direito e judicializar a política¹⁵¹.

Grande parte das críticas brasileiras ao modelo de Kelsen são baseadas na estrutura do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, esta estrutura vagamente se assemelha ao modelo clássico de Kelsen. Muitas são as críticas à nomeação de ministros pelo Executivo, ao cargo vitalício e ao seu caráter legislativo e político. Para essas críticas é necessário dividi-las em questões acidentais e questões essenciais. A forma de nomeação dos ministros constitucionais e o tempo de atuação destes por mandato ou vitaliciedade são questões acidentais que vão de acordo com a preferência de cada país e são problemas que podem ser facilmente resolvidos desde que se convençam políticos de realizar tais mudanças. Quanto ao caráter legislativo deste órgão, a crítica se baseia no contexto em que o Tribunal Constitucional faz parte do Judiciário. De fato isso ocorre em determinados países como já demonstrado anteriormente, mas se seguirmos fielmente a doutrina clássica kelseniana e os modelos mais puros percebe-se que o Tribunal é independente do Judiciário e por essa razão não há problema em ter um caráter legislativo desde que seja predominantemente negativo.

KELSEN afirma que o problema da intervenção política ocorre no modelo americano e no europeu. O ponto chave deste problema é a composição do Tribunal. Entende-se dentro deste problema da composição envolve três questões: o número de membros, o tempo de mandato dos ministros e o órgão que nomeia os ministros. A função de Guardar a Constituição se for atribuída ao Poder Judiciário politiza-o e dissolve o Estado de Direito. O poder judicial estaria atuando ao mesmo tempo no nível fundamental – constitucional e no nível concreto – infraconstitucional¹⁵².

¹⁵¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.140.

¹⁵² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013, p. 291-292.

Não é recomendada a criação do Tribunal Constitucional num Estado estruturado na tripartição das funções onde se cumula Chefia de Estado, Chefia de Governo e Administração. O mínimo necessário é que se separe Governo de Estado. Como visto anteriormente o Chefe de Estado e o Tribunal Constitucional são os guardas da Constituição que controlam o Parlamento e o Governo. É necessário que haja essa área do Estado que seja suprapartidária e ideológica. O Tribunal coroa o final de uma evolução histórica e por isso não se podem pular etapas¹⁵³.

4. ATRIBUIÇÕES DO STF

Neste capítulo será analisado a jurisdicalização da política e a politização da justiça através de casos do STF. Serão verificados quais os problemas que derivam desta mistura de política e justiça no nosso sistema misto e por fim serão sugeridas algumas formas de resolver o problema.

4.1. Jurisdicalização da Política nos Dois Sistemas

4.1.1. *Decisões Jus-Políticas para casos Jurídicos ou Políticos do STF*

a) *ADC 41 – DF – Cotas Raciais em Concursos Públicos*

O caso surge em função de diversas decisões conflitantes pelo controle difuso. Os tribunais e juízes de um lado afastavam as cotas raciais e do outro lado admitiam-na para os concursos públicos. A OAB leva o caso então ao STF para que este declare a constitucionalidade deste tipo de ação afirmativa. A Lei nº 12.990/2014 foi aprovada pelo Congresso Nacional. Como o próprio ministro Barroso afirma isso já seria argumento suficiente para declarar a constitucionalidade da Lei. Aqui o erro já começa na base. Os juízes e tribunais que afastavam a aplicação da Lei para os concursos estaduais utilizam uma argumentação baseada em princípios de igualdade, concurso público, eficiência e proporcionalidade. Por outro lado, o relator ministro Barroso rebate utilizando semelhantes princípios de igualdade e proporcionalidade em favor da constitucionalidade¹⁵⁴.

¹⁵³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p.126-128.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado: 08 jun. 2017. Publicado: 17 ago. 2017. Disponível em: <

Em seguida, no voto do relator, inicia uma explanação sobre o racismo no Brasil e a sua defesa em adotar a medida das cotas raciais. Destaca-se aqui a afirmação de que existem três teses contrárias às cotas: aqueles que são a favor do racismo, aqueles que entendem que o problema não é racial, mas econômico-social, aqueles que entendem que não há desigualdade entre brancos e negros¹⁵⁵.

Entendemos que toda essa argumentação é política e desnecessária. Política porque envolve questões ideológicas e administrativas. Para o Congresso Nacional aprovar a Lei nº 12.990/2014, muito já se foi discutido sobre as ações afirmativas resolverem o problema do racismo. Por outro lado, sabe-se que as cotas continuam sendo um tema de divergências na sociedade. Pode ser que um próximo governo entenda que as cotas devam ser somente baseadas em renda e as cotas raciais acabem.

Em suma, entende-se que a decisão pela constitucionalidade da lei está correta, mas pelas razões erradas. É constitucional a lei porque foi aprovada pelo congresso e não fere os princípios constitucionais. Não os fere porque este tema está no âmbito ideológico, ou seja, não é uma questão de ser justo ou não, é uma questão de segurança no sentido de auxiliar a desenvolver o ser humano. Neste caso, as cotas raciais foram entendidas como uma medida favorável pelos representantes do povo. Conclui-se então que os juízes e tribunais no controle difuso e o STF no controle concentrado confundiram o justo com o seguro ao não darem real importância à vontade do Congresso Nacional, mas julgarem na base dos princípios esta questão.

b) União Estável Homoafetiva - ADPF 132 e ADI 4277

Pedido de reconhecimento como unidade familiar à união estável homoafetiva. Aqui já há um problema no texto constitucional. Esta matéria é de direito de família e não deveria estar no texto constitucional, ainda que haja um interesse em tornar suas regras mais rígidas, ou seja, com maior exigência para alterações. Este caso comprova como a intenção acabou tendo um lado negativo. A dificuldade de ser

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>> Acesso em: 10 nov. 2018, p. 38-40.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado: 08 jun. 2017. Publicado: 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>> Acesso em: 10 nov. 2018, p. 41-42.

aprovado pelo congresso uma mudança no direito de família em relação às uniões homoafetivas, fez com que apela-se para o STF. Há pedido para realizar “interpretação conforme” e aplicar a analogia da união estável heteroafetiva em relação aos homoafetivos. O que se quer é submeter o art. 1723/CC a interpretação conforme a Constituição. Nos tribunais estaduais existia a questão dos servidores públicos em união estável homoafetiva terem ou não os direitos por serem companheiros dos servidores¹⁵⁶. O caso culmina no reconhecimento das uniões homoafetivas como nova entidade familiar.

Neste caso, entendemos que o STF acabou agindo como um poder constituinte derivado e 3ª Câmara Legislativa por força das circunstâncias. Há argumentação de princípios baseada nos direitos fundamentais, art. 3º, IV da Constituição. O problema é que há ainda uma norma formalmente constitucional e materialmente infraconstitucional reconhecendo a união estável entre homem e mulher como família. Além disso, no Código Civil no seu art. 1723, isto é reafirmado. Isso significa que o STF precisou realizar uma mutação, ou seja, uma alteração na interpretação da Constituição e do Código Civil. Permanece até hoje os termos “homem e mulher” em ambos os textos. Se olharmos os registros dos Anais da Constituinte pode-se ver claramente a visão que se tinha sobre as questões envolvendo a homoafetividade¹⁵⁷. Portanto, o argumento de julgar conforme o legislador neste caso não é possível.

O correto neste caso seria remeter a discussão para o Congresso Nacional propondo alteração no texto constitucional. Mas na prática, ao longo do acórdão foram argumentadas questões sociais, éticas e biológicas típicas de uma discussão política antes de aprovação de um projeto de lei e neste caso aprovação do texto da constituinte. Toda essa discussão já ocorreu na constituinte. Por força das circunstâncias, o STF agiu como um legislador positivo e contrariou a vontade do constituinte. Mas permanece no texto constitucional e infraconstitucional os termos

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 123/DF. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, Julgado: 05 mai. 2011. Publicado: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 nov. 2018, p.6-8.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 123/DF. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, Julgado: 05 mai. 2011. Publicado: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 nov. 2018, p. 4-5.

estabelecidos pelo constituinte. Conclui-se que o STF agiu de maneira política tendo a intenção de agir de maneira jus-política com argumentação de princípios e o uso de instrumentos de interpretação como analogia. Agir como poder constituinte derivado e 3ª Câmara Legislativa não é um problema em si mesmo. O problema está em que o STF faz parte do poder judiciário e a 1ª e 2ª Câmara não participam da decisão. É como se o voto do STF tivesse força suficiente para superar a vontade da Câmara dos Deputados e Senadores quando há divergência.

c) MS 26602, MS 26603, MS 26604 – Fidelidade Partidária

O caso trata da vinculação dos políticos eleitos aos seus partidos. São Mandados de Segurança contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Por se tratar de eleições para o legislativo onde se utiliza o sistema proporcional, alguns políticos são eleitos em função das cadeiras conquistadas pela legenda, apesar de conquistarem poucos votos. Já havia parecer do TSE e jurisprudência das Cortes em favor do político para que este não perdesse o cargo por desfiliação partidária, especialmente nos casos de mudança programática do partido e perseguição política quando este já estivesse empossado no cargo. Em suma, a questão trata das consequências da mudança de partido durante o exercício do mandato e, portanto, se os mandatos parlamentares pertencem aos partidos políticos ou pertencem aos parlamentares que obtiveram votos diretamente dos seus eleitores. A Consulta ao TSE afirmava que pertencia aos partidos políticos e estes preservavam a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houvesse cancelamento de filiação ou transferência para outra legenda¹⁵⁸.

O Relator do caso, Ministro Eros Grau, afirma que essa questão não poderia ser resolvida por mutação constitucional porque não é possível manter com a tradição, ou seja, a lógica do sistema jurídico construído neste assunto. Não há previsão de perda de mandato nestes casos pela Constituição. Os atos contra o decoro parlamentar são definidos pelo regimento interno e por isso não é possível considerar a desfiliação partidária visto que isso não está previsto na Constituição nem no regimento interno. Eros Grau já nas questões preliminares afirma que o

¹⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26602/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, Julgado: 04 out. 2007. Publicado: 17 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>> Acesso em: 12 nov. 2018, p.6-11.

Mandado Segurança tinha como real interesse uma mudança constitucional e isto ele não concordava que fosse feito por este remédio constitucional¹⁵⁹.

Na MS 26603 e na MS 26604 o STF estabelece afirmações e interpretações que demonstram a visão dos ministros sobre o papel dos partidos políticos. Entendem que é o meio mais adequado para assegurar o direito de representação das minorias e o exercício de oposição parlamentar. A infidelidade partidária é tratada como uma ofensa à responsabilidade política e uma fraude a vontade soberana do cidadão. O eleitor vota esperando uma conduta do eleito e este acaba não correspondendo à expectativa. A infidelidade também é vista com algo que atinge os fins do sistema eleitoral proporcional. Entretanto, os ministros entenderam por manter a exceção afirmada pelo TSE nos casos de mudança significativa de orientação programática do partido e perseguição política dentro do partido. É determinado que o TSE estabelecesse as normas para disciplinar o procedimento de justificação de desfiliação partidária desde suas formalidades até seus critérios para determinar o justo motivo¹⁶⁰.

Destaca-se o parágrafo registrado na emenda:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder¹⁶¹.

O resultado foi o provimento parcial para que o Presidente da Câmara dos Deputados remetesse ao TSE o pedido de declaração de vacância do posto ocupado e que este elaborasse os procedimentos de justificação adequados. Trata-se de nova interpretação para a Constituição.

Pode-se ver neste caso que assumidamente o STF tomou um papel político para fazer jus ao papel de guardião da constituição. O debate ao longo do processo é sobre a importância da filiação partidária e sua relação com o voto proporcional praticado há anos no Brasil. Verifica-se uma argumentação com uma tomada de

¹⁵⁹ Ibidem, p.12-16.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26603/DF. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, Julgado: 04 out. 2007. Publicado: 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>> Acesso em: 12 nov. 2018, passem.

¹⁶¹ Ibidem, p. 6-7.

posição política ao defender o papel dos partidos políticos e o entendimento de que a desfiliação partidária enseja também uma espécie de desfiliação com o eleitor. Além disso, o STF determinou que o TSE legislasse sobre os critérios de justificação da desfiliação partidária. O Legislativo foi completamente deixado de lado, visto que o único mencionado foi o Presidente da Câmara dos Deputados e somente para remeter o caso ao TSE. O Legislativo, portanto, não poderia elaborar os critérios de justificação de desfiliação partidária, mas somente o TSE.

d) ADPF 46 – CORREIOS

O caso trata da atividade postal ser prestada exclusivamente pelos Correios. Há uma discussão de conceitos importantes no caso. Busca-se diferenciar Monopólio de Regime de Privilégio e ressalta a questão da definição de Serviço Público e Atividade Econômica prestada pelo Estado. A decisão culmina na afirmação que Serviço Postal é serviço público. Quanto à distinção dos termos, o Monopólio é para atividades econômicas em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A situação de privilégio é a exclusividade da prestação dos serviços públicos. No caso do serviço postal, a Constituição prevê a exclusividade no art. 20, inciso X que seria uma situação de privilégio mais específica. O resultado foi pela improcedência da ação que criticava esta exclusividade prevista na Lei 6.538/78¹⁶².

A questão política deste caso possui um viés econômico e administrativo. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio expõe o desafio da ação. Interpretar a Constituição de forma que se harmonize com os princípios da iniciativa privada, livre iniciativa e concorrência. Ele entende ser necessário atualizar o entendimento da atuação do Estado em relação ao Serviço Postal. Seu voto é marcado por uma longa análise nas transformações políticas e econômicas do Ocidente e do Brasil ao traçar a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o retorno do pêndulo com a Administração Indireta. Em suma, o Ministro Marco Aurélio vota em favor de declarar a procedência da ação por entender que a Constituição de 88 não recepcionou a Lei nº 6.538/78 ao entender que contraria os princípios da iniciativa

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, Julgado: 05 ago. 2009. Publicado: 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>> Acesso em: 13 nov. 2018, p. 1-2.

privada e livre concorrência explícitos na Carta Magna. O serviço postal não deveria ser exclusivo dos Correios e afirma ainda que a sociedade atual mudou sua visão de Estado para um viés mais liberal¹⁶³. Mas ele foi voto vencido.

Quem liderou a posição contrária foi o Ministro Eros Grau. Em seu voto ressalta que Serviço Postal é serviço público e por isso a Constituição não prevê monopólio, mas situação de privilégio, inclusive de exclusividade. Ela em nenhum momento afirma ser livre à iniciativa privada este serviço, inclusive compara com o art. 175 que expressa a abertura à iniciativa privada os serviços de Saúde e Educação. O ministro Eros Grau entende que a Constituição não permite um entendimento mais liberal de Estado mínimo:

[...] vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não no conduzirá a um bom destino¹⁶⁴.

Alguns ministros como o Gilmar Mendes optaram por dar providência parcial ao pedido, entendendo que existiam artigos que não condiziam com a realidade atual¹⁶⁵. Em suma, o voto final culmina na improcedência da ação. Mas ao longo do debate se buscou definir o serviço postal exclusivo dos Correios, em um longo debate de conceituação que possuía o interesse de equilibrar a proteção da exclusividade dos Correios sem cumular todas as atividades para este em função da impossibilidade da prestação de todos os serviços pela União.

Conclui-se que os Ministros do STF desenvolveram argumentos jurídicos com as técnicas interpretativas e jus-políticos ao ponderar os princípios da iniciativa privada e livre concorrência. Há argumentos políticos nos dois lados. No voto vencedor ao determinar que a Constituição em seu texto contém a ideia de um Estado forte e interventor no sentido de prestador de serviços a sociedade civil e no voto vencido ao determinar a sociedade atual via no Estado uma função mais liberal. Por fim, no caráter político da decisão, além da visão de Estado, há o interesse

¹⁶³ Ibidem, p.27-35.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, Julgado: 05 ago. 2009. Publicado: 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>> Acesso em: 13 nov. 2018, p.92.

¹⁶⁵ Ibidem, p.97-98.

administrativo ao se verificar até que medida a União poderia abarcar todos os serviços postais e por isso buscou-se delimitar a exclusividade dos Correios por um interesse administrativo do Estado.

e) Habeas Corpus 124.306 – Aborto até 3 meses

Este caso trata do julgamento de um Habeas Corpus contra prisão preventiva de médicos por provocarem quatro abortos com consentimento das gestantes. O habeas corpus foi concedido por dois motivos: o primeiro em razão dos critérios da prisão preventiva, o segundo em função da criminalização do aborto. É declarada a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre¹⁶⁶.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, concede o Habeas, mas não entra na questão material, apenas argumenta a questão dos critérios da prisão preventiva não se encaixarem ao caso¹⁶⁷. O destaque do caso é para o voto do Ministro Barroso. Há uma série de argumentos em favor de não aplicar o tipo penal do aborto ao caso. Eis alguns: (i) violação de direitos fundamentais da mulher, especialmente os direitos sexuais, reprodutivos, de autonomia e igualdade; (ii) violação do princípio da proporcionalidade; (iii) impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. Em relação à proporcionalidade entende-se que é questionável a criminalização como meio efetivo para proteger a vida do nascituro, afirma-se que há outras medidas menos gravosas como a educação sexual e gera mais prejuízo do que benefício por causa do custo social envolvendo a saúde pública e as mortes. Outro argumento é de direito comparado, ou seja, afirma-se que os países mais desenvolvidos do mundo não criminalizam a interrupção da gestação até três meses¹⁶⁸. O Ministro Fachin para afastar a prisão preventiva também vota pela concessão concordando com os argumentos do Ministro Barroso¹⁶⁹. Por fim, a Ministra Rosa Weber concede de ofício o habeas também pelas duas razões apresentadas¹⁷⁰.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124306/RJ. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/Acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado: 09 ago. 2016. Publicado: 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 13 nov. 2018, p.1-2.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 7-8.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 9-28.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 30.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 31.

A politização deste caso se apresenta de maneira clara. Não era necessário, mas o Ministro Barroso realiza todo o seu argumento questionando a criminalidade do aborto até três meses de gestação. Questiona sua efetividade, apresenta sugestões melhores como a educação sexual e ainda cita medidas governamentais adotadas por outros países.

Este discurso não se trata de justiça. A justiça está em não prender preventivamente os médicos porque não se encaixam nos critérios deste tipo de prisão. Questionar o tipo penal da forma como foi questionado é tratar de segurança. O Ministro Barroso está votando pela inconstitucionalidade almejando trazer mais segurança a sociedade, no sentido de entender que isso não contribui para a sobrevivência do ser humano e nem cumpre com o dever do Estado se fornecer meios para que o ser humano se desenvolva e tenha uma boa vida. Mais uma vez, o STF atua de maneira política ao invalidar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, porém neste caso tem efeito *inter partes*, mas que serve de argumento jurisprudencial para futuros casos.

f) VAQUEJADAS DO CEARÁ – ADI 4.983

O caso lida com o tema da Vaquejada, considerada uma típica manifestação cultural que foi questionada pela AGU por entender ser uma prática que submete os animais à crueldade. Pede-se que seja declarada inconstitucional a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará. O resultado foi pela procedência da ação e declaração pela inconstitucionalidade por voto da maioria dos Ministros junto com o relator do caso, Ministro Marco Aurélio¹⁷¹. Há um conflito entre o art. 225, par. 1º, inciso VII, que trata da proteção da fauna e flora, contra o art. 215, cujo conteúdo envolve as manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade. Há um embate entre os direitos individuais e o direito ao meio ambiente sendo este um interesse da coletividade¹⁷².

Destaca-se o voto pela inconstitucionalidade do relator Ministro Marco Aurélio e os votos pela constitucionalidade dos ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes. Marco Aurélio compreende que não há como considerar constitucional a prática

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator. Marco Aurélio. Brasília, Julgado: 06 out. 2016. Publicado: 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>> Acesso em: 15 nov. 2018, p.1.

¹⁷² Ibidem, p. 3-7.

porque ela ameaça a saúde do animal, citando as pesquisas levantadas pela AGU. Considera cruel a forma atual como é desenvolvida a vaquejada afirmando que não merece receber este nome mas da verdade de maus tratos¹⁷³. E ainda:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. [...] No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente¹⁷⁴.

Em oposição, o ministro Fachin entende que a vaquejada é uma manifestação cultural abarcada pela Constituição. Quanto às provas, afirma que são insuficientes para comprovar a crueldade existente. Ressalta que prevalece a promoção da pluralidade cultural em relação ao meio ambiente neste caso¹⁷⁵. Vale reproduzir trecho esclarecedor de seu voto:

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade¹⁷⁶.

Consoante a este entendimento, Gilmar Mendes afirma a importância de se respeitar a pluralidade cultural:

A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional – esses números são impactantes -, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia¹⁷⁷.

O Ministro Teori Zavascki tenta levar a discussão para a legalidade da lei e evitar julgar a própria prática da vaquejada:

(...) me parece que se deve fazer uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator. Marco Aurélio. Brasília, Julgado: 06 out. 2016. Publicado: 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>> Acesso em: 15 nov. 2018, p. 9-11.

¹⁷⁴ Ibidem, p.13.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 14.

¹⁷⁶ Ibidem, p.15.

¹⁷⁷ Ibidem, p.19.

vaquejada no referido Estado. Nós estamos, aqui, numa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, o objeto da análise da Constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal¹⁷⁸.

Por fim, vale ressaltar que o Ministro Barroso afirmou em seu voto que entende a prática da vaquejada como intrinsecamente cruel e deveria ser criminalizada¹⁷⁹. O caso termina pela inconstitucionalidade da lei.

Esta Ação Direta demonstra novamente o caráter jus-político do STF. Há argumentos jurídicos baseados em analogia e jurisprudência ao considerar a prática da vaquejada semelhante a “briga de galo” e a “farra do boi”. Há argumentos que buscam ponderar o pluralismo cultural com a proteção ao meio ambiente e é nesta área que se manifesta os argumentos políticos. Tanto aqueles que entendem a vaquejada como prática cruel que deveria ser encerrada quanto aqueles que entendem que ela deveria ser regularizada para respeitar as manifestações culturais estão se preocupando com a Segurança e não com a Justiça. Os ministros, que consideram cruel a vaquejada, entendem que não é seguro o Estado permitir esta prática que não desenvolve o ser humano, mas, ao contrário, o torna incivilizado. Os ministros consideram a vaquejada como um lazer desportivo das áreas rurais e entendem que é seguro o Estado permitir esta prática porque é uma forma do ser humano se desenvolver.

4.1.2. Consequências para a Separação de Poderes

DWORKIN afirma que há duas razões para o Judiciário não agir de forma originária em suas decisões, ou seja, de forma a criar normas. A primeira razão é que a comunidade deve ser governada por eleitos que são responsáveis perante ela, e o Judiciário em sua maioria não é¹⁸⁰.

Quanto ao problema da democracia, Dworkin afirma que a deferência judicial seria exigida porque as instituições políticas como o Executivo e o Legislativo, tendem a tomar decisões, mais bem fundamentadas que os tribunais em relação a

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator. Marco Aurélio. Brasília, Julgado: 06 out. 2016. Publicado: 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>> Acesso em: 15 nov. 2018, p.59.

¹⁷⁹ Ibidem, p.60.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.132.

problemas derivados de casos constitucionais onde se discute os direitos morais do indivíduo contra o Estado. Outro argumento seria que por alguma razão, que Dworkin não explica, é mais justo uma instituição democrática e, conseqüentemente, mais política decidir sobre essas questões de direitos morais, ainda que não seja melhor fundamentada em relação aos tribunais¹⁸¹.

Dworkin rebate o argumento sobre ser mais justo, ao afirmar que na verdade isso seria injusto. Parte do princípio que é injusto quem julga seu próprio direito ou advoga em causa própria. O Poder Legislativo estaria decidindo injustamente porque seria juiz de uma lei que ele mesmo elaborou e seria contra ele que o indivíduo afirma ter direito. Os parlamentares seriam advogados e juízes no mesmo caso¹⁸².

A reação a este contra argumento seria que os parlamentares mudam com o tempo, logo aqueles que elaboraram a lei na época podem não ser os mesmos que vão tratar destes problemas de direitos morais. Mas neste caso, Dworkin afirma que a maioria é fixa, pois as instituições tendem a ter o mesmo entendimento quanto aos direitos morais individuais¹⁸³. Entendemos que isto não ficou claro. Quais instituições ele está falando? Se forem entre os três poderes, é comum haver discordância justamente pela própria organização de seus mandatos que evitam uma hegemonia política no Executivo, Legislativo e Judiciário. É muito comum haver uma troca de governo de um viés progressista para um conservador mas o judiciário de manter ainda progressista visto que seus cargos são vitalícios ou pelo menos tenham um mandato mais longo que do Executivo. Do mesmo modo no Legislativo, os senadores ficam oito anos enquanto os deputados ficam quatro anos e isso já é uma forma de evitar uma hegemonia.

Sobre a chance das instituições políticas terem um resultado melhor fundamentado, Dworkin, novamente rebate este argumento. A segurança que traz a decisão pelo processo político é a verdadeira razão e não porque é melhor fundamentado. Há uma maior segurança porque o acordo política seria uma prova da moralidade política e isso seria superior à decisão dos juízes com argumentos embasados em princípios¹⁸⁴. Outros dois argumentos envolvem a aceitação da sociedade e a interferência artificial do judiciário. O argumento fraco é que é

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 222.

¹⁸² Ibidem, p. 223.

¹⁸³ Ibidem, p. 224.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 226.

necessária a aceitação social em longo prazo e isso não importa o quão bem seja argumentado com base em princípios políticos estabelecendo direitos¹⁸⁵. O argumento forte é que há uma crença que o processo político possa assegurar direitos humanos genuínos sem a necessidade de intervenção artificial dos tribunais. Dworkin afirma quanto a estes argumentos que eles só são benéficos em longo prazo e que na verdade dificilmente são produzidos os direitos das minorias e direitos contra o Estado sem que ninguém fique incomodado com isso¹⁸⁶.

Mas quem seriam os incomodados? Existem diversas minorias, mas apenas uma maioria. Se a maioria decide que uma minoria tem direitos, sempre haverá outra minoria insatisfeita quanto a isso, mas quem decide é a maioria. Os radicais sempre formam minorias, não importa o espectro político.

Sobre todo esse debate, fica a conclusão para este estudo que o ativismo judicial ocorre em decisões dos tribunais em que há argumentação de princípios para problemas políticos. O debate sobre esse ativismo envolve três valores: Justiça, Legalidade e Democracia. Vale lembrar que aqui o problema é a existência ou não de um direito ou obrigação de caráter moral ou econômico que não está previsto em lei, ou seja, não se trata de retirar direitos ou obrigações que já estão no ordenamento brasileiro, tratam-se da criação de novos direitos ou obrigações.

Há o problema da legitimidade democrática. É o povo quem elabora a Constituição, logo é ele que poderia alterá-la. Sabe-se que é pelo Poder Constituinte e pelo Legislativo que o povo atua de maneira indireta. Entretanto, isso não ocorre com o Judiciário. Os juízes, desembargadores e ministros não são os representantes do povo porque não são eleitos pelos mesmos. São cargos técnicos de carreira e os integram os tribunais são nomeados por outros órgãos estatais. Esse ativismo jurídico é contrário à legitimidade democrática. Ele ocorre tanto quando o caso é jurídico e o Judiciário decide de maneira política disfarçada de princípios, tanto quando o caso é político e não deveria ser julgado pelo Judiciário, mas ele julga de maneira jus-política, ou seja, baseada em princípios e técnicas de interpretação¹⁸⁷.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 228.

¹⁸⁶ Idem, p. 230.

¹⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.448.

Quando o direito abarca toda a política, os juízes tornam-se os governantes, segundo SOUZA JUNIOR. Mas o judiciário é um governante ilegítimo porque lhe carece legitimidade democrática e ainda perda a imparcialidade para dizer o direito¹⁸⁸.

A lei e o costume têm suas especificidades em cada modelo. No *common-law*, há uma preocupação em resolver o caso concreto e a formação de precedentes. Os juízes tendem também a ser eleitos. No *civil law* os juízes tendem a ser concursados e o Tribunal Constitucional leva critérios jus-políticos para a sua composição. Por essa razão o sugerido por REVERBEL é uma formação ideológica, por exemplo, conservadores e progressivas, e jurídica heterônoma, por exemplo, advogados, promotores e juízes¹⁸⁹.

Dworkin afirma que existem dois modos como os tribunais decidem problemas constitucionais difíceis ou controversos. O primeiro seria o ativismo judicial onde os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas. Devem ser desenvolvidos princípios de legalidade, igualdade e assim por diante. Esses princípios devem ser revistos de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, do Estado e do presidente de acordo com isso¹⁹⁰.

A segunda razão de DWORKIN para que o Judiciário não aja de forma originária nas decisões é que um juiz que cria uma nova regra e aplica retroativamente ao caso que esta decidindo, acaba por punir umas das partes ao violar uma regra que foi criada posteriormente ao fato¹⁹¹.

O segundo modo é o da Moderação Judicial. Neste caso, os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendem a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas. Mas há uma exceção. Nos casos que esse tipo de decisão seja tão ofensivo à moralidade política a ponto de violar as

¹⁸⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002, p.40-41.

¹⁸⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 81.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 215.

¹⁹¹ Ibidem, p. 216.

estipulações de qualquer interpretação plausível, ou talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco¹⁹².

Se aprofundando ainda mais na Moderação Judicial, haveria duas formas de executá-la com base em dois fundamentos diversos. A primeira forma é baseada na Teoria do Ceticismo Político: ela ataca o ativismo em suas raízes, argumentando que, de fato, os indivíduos não têm tais direitos morais contra o Estado. Eles teriam apenas os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura, e estes direitos se restringiriam às violações claras e inquestionáveis da moralidade pública. Essa violação seria baseada na moralidade pública que os constituintes conceberam ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes. A segunda forma é embasada na Teoria de Deferência Judicial. Ela supõe que os cidadãos tenham direitos morais contra o Estado além daqueles expressamente garantidos. Mas o caráter e a força deles são contestáveis e as instituições políticas, menos os tribunais, são responsáveis pela decisão sobre quais direitos deverão de ser reconhecidos¹⁹³.

REVERBEL atenta que tornar constitucional o Direito Ordinário e tornar ordinário o Direito Constitucional causa a perda de noção dos fins últimos e dos fins próximos. O Direito Ordinário passa a ser resolvido pela ponderação de princípios e o Direito Constitucional passa a ser resolvido pela subsunção de normas aos fatos¹⁹⁴.

REVERBEL atenta para o aumento da subjetividade no sistema cumulado se cada juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O Direito passa a ser o que o juiz diz e não o que foi deliberado e decidido previamente pelo legislador. O juiz começa a afastar a aplicação da lei ao realizar a ponderação de princípios¹⁹⁵.

¹⁹² Ibidem, p. 217.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 218.

¹⁹⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p.54.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 56.

4.2. Sugestão de Alteração das Atribuições do STF

4.2.1. *Atribuição Originária*

O Supremo Tribunal Federal conforme previsto na Constituição de 1988 tem determinadas atribuições que são originárias. Podemos dividir essas atribuições em função da matéria e da ação utilizada e por outro lado pelos sujeitos envolvidos. Com base no art. 102, pelo tipo de ação e de matéria tratada têm-se os seguintes: i) ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade ii) extradição solicitada por Estado estrangeiro iii) revisão criminal e ação rescisória de seus próprios julgados; iv) reclamação em função de garantir sua competência e autoridade das decisões v) execução de sentença em matéria de competência originária; vi) ação em membros da magistratura tenha interesse ou a maior parte esteja impedido vii) pedido de medida cautelar das ações direta de inconstitucionalidade. Em relação a competência em função dos sujeitos envolvidos são os seguintes: i) Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República em infrações penais comuns; ii) Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e diplomatas em infrações penais comuns além de crimes de responsabilidade e habeas corpus; iii) Presidente da República, Mesas da Câmara dos Deputado, Mesas do Senado Federal, Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República e o próprio STF para atos que ensejam Mandado de Segurança e habeas data; iv) Litígios entre Estado ou organização estrangeira e as unidades federativa nacionais; v) conflitos da União com Estados e Distrito Federal, entre Estado e Distrito Federal; vi) Habeas Corpus cujo coator seja o Tribunal Superior ou autoridade ou funcionário cujos atos estejam sob jurisdição do STF; vii) conflitos de competência entre STJ e qualquer tribunal; viii) conflitos entre os Tribunais Superiores ou com qualquer outro tribunal; ix) mandado de injunção cuja elaboração da norma seja competência do Presidente, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesas das Casas Legislativas, Tribunal de Contas da

União, Tribunais Superiores e o próprio STF; x) ações contra o Conselho Nacional do Ministério Público¹⁹⁶.

Percebe-se como o STF é poluído de atribuições. O objetivo da alteração da alçada é para que o STF cumpra melhor e seja de fato um Tribunal Constitucional. É necessário que ele seja mais guarda da Constituição nos seus julgamentos originários e haja menos como um Tribunal Ordinário.

A alteração que sugerimos é em relação às atribuições em função dos sujeitos envolvidos. Infrações penais comuns são diferentes de crimes políticos e de responsabilidade. É puramente caráter jurídico e por isso o STF pode ser dispensado de julgá-los independente do sujeito.

As ações que tenham todos os membros da magistratura interesse não deveriam ser julgadas nem pelo STF, pois este faz parte do Judiciário. Entendemos que neste caso o STF deve pedir auxílio do Legislativo para realizar o julgamento, sendo o papel do STF unicamente o de certificar o cumprimento das formalidades.

4.2.2. Competência em Recurso Ordinário e Extraordinário

Apesar da vasta atribuição originária, a poluição que torna o STF um Tribunal Constitucional muito impuro é causada pela competência em sede de recurso. Como recurso ordinário o STF julga habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção que foram decididos em única instância pelos Tribunais Superiores quando estes são negados. Há também o julgamento de recurso de crime político. Em sede de recurso extraordinário, conforme o art. 102 é julgado as causas julgadas em única ou última instância quando decisão recorrida: i) viola dispositivo da Constituição; ii) declara um tratado ou lei federal inconstitucional; iii) julga válida lei ou ato de governo local contestado pela sua inconstitucionalidade; iv) julga válida lei local contestada em face de lei federal¹⁹⁷.

É necessário lembrar que a nossa constituição é analítica e possui diversas matérias infraconstitucionais em seu texto, sendo esta a grande causa de acúmulo de ações no STF. A sugestão de alteração é para que o STF julgue decisões, leis ou

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

atos de governo que tenham relação com aquilo que é o mais essencial de uma Constituição: direitos e garantias fundamentais, estrutura e organização do Estado. Além disso, os conflitos com lei federal deveriam encerrar sua discussão nos Tribunais Superiores. É claro que isso não é simples, pois é necessário respeitar o duplo grau de jurisdição em casos que são julgados em única instância pelos Tribunais Superiores por exemplo. Seria necessária uma mudança de atribuições nesses Tribunais que não entraremos em detalhes nesta pesquisa.

Realizando as alterações apresentadas acima o STF torna-se menos impuro e mais próximo de um Tribunal Constitucional, ainda que integrado ao judiciário. A vantagem é a redução de demandas e a menor politização de ações que podem ser resolvidas de maneira jurídica e a menor judicialização de demandas que devem ser levadas para o Executivo ou o Legislativo.

5. CONCLUSÃO:

O presente trabalho buscou esclarecer a dúvida de qual seria o tipo de decisão que o STF elabora. Para chegar a essa resposta buscamos traçar um esclarecimento de algumas questões prévias necessárias para entender o papel do STF e o conteúdo de suas decisões.

Buscamos mostrar que existem três tipos de decisões. A primeira é a política que tem como fim garantir a Segurança. Este termo é entendido da forma mais abrangente possível que abarca todas as funções políticas do Estado. A premissa básica é construir uma sociedade que garanta a sobrevivência do ser humano e propicie o seu autodesenvolvimento. A decisão vai tratar dos mais diversos assuntos que permeiam o ser humano: moralidade, economia, segurança externa e interna, educação, etc. O meio para se chegar a uma decisão política é através do debate até se chegar a um consenso e para isto argumentos éticos, filosóficos, econômicos ou científicos poderão ser utilizados de acordo com a matéria. O sujeito desta decisão é o próprio povo que ao longo da história escolheu ser representado especialmente pelo Parlamento e pelo Governo. No Brasil, eles fazem parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo, respectivamente.

O segundo tipo de decisão é a jurídica que tem como objetivo garantir a Justiça na sociedade. O povo elabora as regras nas quais decide se submeter para garantir a convivência humana. A partir disso, a justiça visa tratar a cada um como é devido segundo as normas da sociedade. Quando ocorre uma situação de injustiça, isto é, quando o sujeito A não trata da forma como é devido o sujeito B, a decisão jurídica busca tornar esta relação a mais justa possível. O principal sujeito que toma esta decisão é o Poder Judiciário através dos tribunais e dos juízes, ao analisar o caso concreto onde a regra estabelecida pela sociedade se aplica. Os meios para chegar a essa decisão são os mais diversos instrumentos de aplicação e interpretação de direito. Apresentamos alguns instrumentos como lei, analogia, jurisprudência, costumes e doutrina. Também apresentamos algumas formas de interpretação como a que busca seguir a vontade do legislador, a baseada na harmonia do sistema jurídico, aquela que analisa o contexto social e outra o contexto histórico.

O terceiro tipo de decisão é a decisão jus-política e como o nome demonstra é onde a Justiça e a Segurança se entrelaçam. Sua função está relacionada aos fins

últimos do Estado e a manutenção da norma mais politizada que é a norma constitucional. Mostramos como o instituto da Constituição foi alterando-se com o tempo. Sua função básica é estruturar o Estado e definir os direitos e garantias fundamentais que embasaram as demais regras do ordenamento. Entretanto, foi visto que sua função cresceu para abranger normas de matéria infraconstitucional que o Parlamento e o Governo entendam que precisam de maior proteção. As normas de direitos e garantias fundamentais tratam-se de princípios.

A forma clássica de resolução de conflitos dos princípios é a ponderação. Esta forma busca não excluir nenhum dos princípios que incidem no caso concreto, mas a partir de um critério objetivo escolher qual é a mais preponderante no caso. Os casos levados para a decisão jus-política afetam toda a sociedade e por isso que não podem ser pautados somente num objetivo de levar a Justiça para todos os casos, mas um equilíbrio em Segurança e Justiça. Por fim, foi apresentado os sujeitos das decisões jus-políticas que variam conforme o modelo de controle de constitucionalidade. Podem ser os juízes, os tribunais e órgãos específicos como o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Apresentados os três tipos de decisões, passamos para as principais características do controle de constitucionalidade. Apresentamos uma síntese da teoria geral do controle. O objeto de controle são leis, atos administrativos, regulamentos e tratados internacionais diretamente relacionados ou derivados da Constituição. Foi visto que as premissas deste controle são sempre em favor de julgar pela constitucionalidade. Seu critério é além da legalidade, é estar de acordo com a Constituição seja na forma quanto na matéria. Em seguida apresentamos uma síntese da doutrina brasileira sobre o controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil desde a Constituição de 88. O nosso controle de constitucionalidade possui diversos remédios, ou seja, diversas formas de ação para questionar a constitucionalidade. Exemplificamos algumas críticas a estas ações como o excesso de legitimados e matérias abrangidas. Concluímos que na prática o STF atua como um legislador negativo ao invalidar leis, atos, regulamentos e tratados. Também concluímos que a atuação como legislador positivo tem crescido.

Na segunda parte da pesquisa tratamos das atribuições do STF e de seus tipos de decisões que não condizem com sua estrutura. Para isso primeiro apresentamos o modelo de controle de constitucionalidade cumulativo, pela doutrina de Ferreres Comella, no qual há no mesmo órgão o controle de legalidade, da

jurisdição ordinária, e controle de constitucionalidade. Mostramos que este é um modelo que funciona nos ordenamentos jurídicos de origem *common Law* por suas características de autogoverno e baseado na força dos precedentes. Mostramos que mesmo neste modelo que todos os juízes fazem o controle, a Corte Suprema possui a função de dar a última palavra a uma questão constitucional que não foi resolvida pelos juízes ordinários. Vimos as razões as quais o Brasil não consegue implementar este modelo de forma correta ainda que tenha sido o primeiro modelo que o Brasil adotou. Algumas razões foram apresentadas e ressaltamos que não são as técnicas, mas a história jurídica e política das famílias *civil Law* e *common Law* que tornam este modelo incompatível com o nosso. Não somos uma sociedade de consenso, nem de autogoverno e os precedentes não tem a mesma força que no sistema americano.

Apresentamos em seguida o segundo grande modelo de controle de constitucionalidade que é controle separado. Apresentamos as premissas básicas de Kelsen que elaborou este modelo visando os países de *civil law*. Um único órgão independente do Judiciário deveria ser o guardião da constituição. Este órgão foi intitulado de Tribunal Constitucional e sua função seria de legislador negativo, ou seja, de invalidar leis e atos estatais. Demonstramos que as críticas ao sistema eram infundadas. Algumas eram de problemas que atingiam ambos os modelos: juízes nomeados pelo executivo e falta ou excesso de funções. As soluções apresentadas tratam de mecanismos para lidar com a carga política do órgão: nomeações diversificadas, ou seja, não somente pelo Executivo.

A doutrina não vê problemas em dar uma função ordinária para o Tribunal ao despachar para este a função de julgar crimes de Chefes de Estado e de Governo. Para evitar o excesso de demandas o Tribunal também pode criar mecanismos que reduzem as matérias tratadas assim como os legitimados. Por fim, percebemos os problemas do modelo brasileiro de Supremo Tribunal que nos últimos anos tem buscado se aproximar do modelo separado. As críticas de juristas brasileiros clareou o problema: o STF é um órgão que faz parte do Judiciário, exerce função de Jurisdição Ordinária e Constitucional ao mesmo tempo. Ainda que se busque fazer julgamentos baseados em princípios como deveria ser a decisão jus-política, concluímos que é feito uma mistura de tipos de decisões nas duas Jurisdições.

Esclarecido os modelos e a situação estrutural do STF demos como exemplos alguns casos de decisões políticas que o STF acabou elaborando numa tentativa de

julgar de maneira jus-política. Do mesmo modo exemplificamos com outros casos, decisões que o STF entendeu que deveriam ser jus-políticas, mas que na verdade deveriam ser apenas jurídicas. Entendemos que as consequências desta confusão atingem principalmente a separação de poderes ao tomar decisões pelo Legislativo e pelo Governo. Destacamos também o problema gerado para a democracia e as chances deste sistema culminar em uma “aristocracia de toga”.

Tendo apresentado os problemas da estrutura atual do STF e tendo exemplificado com decisões que judicializam a política e politizam a justiça, foi feita uma proposta de reforma. Esta reforma seria nas atribuições do STF para que ele se torne um órgão mais próximo do Tribunal Constitucional. Na atribuição originária foi sugerido que deixasse de julgar infrações comuns dos agentes políticos, o famoso foro privilegiado, pois trata-se de decisão puramente jurídica. Sugeriu-se também retirar das atribuições do STF julgamentos que interessem a toda magistratura, visto que o próprio faz parte do Judiciário, cabendo a ele apenas uma fiscalização das formalidades e deixando o mérito para o Legislativo. Nas atribuições em sede de recurso ordinário foi sugerida uma maior seletividade nos casos a serem julgados. Busca-se fazer com que se retorne o sentido original de Constituição: direitos e garantias fundamentais e a estruturação do Estado. A razão disso é pela vasta matéria infraconstitucional que consta formalmente na Constituição. Nas atribuições em sede de recurso extraordinário foi sugerido que o STF não julgasse casos envolvendo legalidade das leis federais, sendo necessária outra reforma envolvendo a próprio STJ para que isso ocorra.

Política e Justiça fazem parte dos fins e funções do Estado. Há momentos que se entrelaçam. Há momentos que precisam agir o mais separado possível. Sempre haverá uma linha tênue entre eles quanto mais abstrato for o embasamento das decisões e quanto mais elas surtirem efeito em toda a sociedade. Sabendo que o ser humano é imperfeito e com isso cria obra imperfeitas, cabe a ele buscar sempre aprimorar seus instrumentos e técnicas. Espera-se, ainda que lentamente, que a estrutura política e jurídica do Brasil possa avançar em direção a uma separação entre Jurisdição Constitucional e Jurisdição Ordinária. Sem isto, continuaremos a tender para um governo de aristocratas. Sejam estes parlamentares ou magistrados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado: 08 jun. 2017. Publicado: 17 ago. 2017. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>
 Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 123/DF. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, Julgado: 05 mai. 2011. Publicado: 14 out. 2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>
 Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, Julgado: 05 mai. 2011. Publicado: 14 out. 2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>
 Acesso em: 10 nov. 2018.

____ . Mandado de Segurança 26602/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, Julgado: 04 out. 2007. Publicado: 17 out. 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>
 Acesso em: 12 nov. 2018.

____ . Mandado de Segurança 26603/DF. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, Julgado: 04 out. 2007. Publicado: 19 dez. 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>
 Acesso em: 12 nov. 2018.

____ . Mandado de Segurança 26604/DF. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, Julgado: 04 out. 2007. Publicado: 03 out. 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>
 Acesso em: 12 nov. 2018.

____ . Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, Julgado: 05 ago. 2009. Publicado: 26 fev. 2010. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>
 Acesso em: 13 nov. 2018.

____ . Habeas Corpus 124306/RJ. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/Acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado: 09 ago. 2016. Publicado: 17 mar. 2017. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>
 Acesso em: 13 nov. 2018.

____ . Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Julgado: 06 out. 2016. Publicado: 27 abr. 2017. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>
 Acesso em: 15 nov. 2018

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Sistema constitucional brasileiro e as Recentes inovações no Controle de Constitucionalidade (Lei nº 9868, de 10 de novembro e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo – RDA –** Rio de Janeiro, nº 220, v. 220, abr.-jul. 2000.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo – RDA –** Rio de Janeiro, nº 198, v. 198, 1-17, out./dez. 1994.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 3ª. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern.** Indianapolis: Amagi/Liberty Fund, 2007.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa.** Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

Significado de Decisão. **Michaelis Dicionário**, [S.l., 2018?]. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/decis%C3%A3o/>>. Acesso em: 01. Out. 2018.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002.

_____. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.