

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA DE PÓS GRADUAÇÃO  
DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

**GUSTAVO ANDRÉ DOS SANTOS**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:** republicanism em uma sociedade aberta de intérpretes – uma análise do discurso a partir de casos concretos

São Luís  
2015

**GUSTAVO ANDRÉ DOS SANTOS**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:** republicanism em uma sociedade aberta de intérpretes – uma análise do discurso a partir de casos concretos

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

São Luís

2015

Santos, Gustavo André dos

O controle de constitucionalidade no Brasil: republicanismo em uma sociedade aberta de intérpretes – uma análise do discurso a partir de casos concretos / Gustavo André dos Santos. \_ São Luís, 2015.

118 f.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai.

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Direito Constitucional – Democracia. 2. Controle de constitucionalidade – Brasil. I. Título.

CDU 342.34

**GUSTAVO ANDRÉ DOS SANTOS**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:** republicanism em uma sociedade aberta de intérpretes – uma análise do discurso a partir de casos concretos

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Aprovada em:09/01/2015.

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Dr. Cassius Guimaraes Chai** (Orientador)  
Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto**  
Universidade Federal do Maranhão

---

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Teresa Silva de Freitas**  
Universidade Federal do Maranhão

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o diálogo interinstitucional a partir da complexa relação entre direito e política. Parte-se de uma compreensão de democracia deliberativa no cerne da tensão entre soberania popular e direitos fundamentais, tal qual proposta pelo filósofo Jürgen Habermas. Diante disso, busca-se reconstruir a história constitucional brasileira e o reforço do papel do Poder Judiciário ao longo do tempo, apontando os problemas que essa postura produziu nas relações entre os poderes e na assunção das responsabilidades por parte do Executivo, do Legislativo e pela sociedade civil, quanto à eficácia da Constituição. A retórica do “guardião da constituição” é objeto de análise no contexto mais amplo da redemocratização e da expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal. Aponta-se como o modelo reforçado de controle de constitucionalidade em vigor acentua um dos polos da tensão entre autonomia pública e privada. Por fim, busca-se demonstrar que o reconhecimento de uma perspectiva dialógica na leitura da constituição pode contribuir para o aumento da legitimação do controle de constitucionalidade vigente, sobretudo no âmbito da complexa relação entre constitucionalismo e democracia, além de fomentar o desenvolvimento de um sentimento constitucional na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Democracia. Deliberação. Separação de poderes. Constitucionalismo

## **ABSTRACT**

This theses aims to analyze the inter-institutional dialogue from the complex relationship between law and politics. It starts with an understanding of deliberative democracy from the tension between popular sovereignty and fundamental rights, as is proposed by the philosopher Jürgen Habermas. Therefore, it is sought to reconstruct the Brazilian constitutional history and strengthening the role of the judiciary over time, pointing out the problems that this stance produced in relations between the powers and the assumption of responsibilities by the Executive and the Legislature and the civil society, about the effectiveness of the Constitution. The rhetoric of "guardian of the Constitution" of the Supreme Court is analyzed in the broader context of democracy and the expansion of this apex body of the Judiciary. It points out how the enhanced model of judicial review into force accentuates one pole of the tension between public and private autonomy. Finally, it is sought to demonstrate that the recognition of a dialogical perspective in the constitution reading can contribute to increasing the legitimacy of the current judicial review, particularly in the complex relationship between constitutionalism and democracy, and foster the development of a feeling constitutional in Brazilian society.

Keywords: Democracy. Deliberation. Separation of powers. Constitutionalism

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ABI - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA
- ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
- ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
- CF - CONSTITUIÇÃO FEDERAL
- CNBB - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL
- EC - EMENDA CONSTITUCIONAL
- IPTU - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO
- MI - MANDADO DE INJUNÇÃO
- OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
- RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
- STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- SBPC - SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA
- TSE - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 RAZÃO COMUNICATIVA, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO</b> .....	12
2.1 Linguagem e discurso .....	12
2.2 A razão comunicativa.....	16
<b>3 BREVE HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA</b> .....	26
3.1 A constituição no Império (1822-1889).....	26
3.2 O constitucionalismo e a República Velha .....	30
3.3 O constitucionalismo social.....	32
3.4 O poder judiciário brasileiro e o controle de constitucionalidade.....	46
3.4.1 O controle abstrato.....	51
3.4.2 Controle difuso .....	53
<b>4 LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL</b> .....	55
4.1 A legitimidade do controle de constitucionalidade.....	55
4.2 A retórica do guardião da constituição .....	59
4.3 Para além da última palavra .....	73
4.4 Exemplos de diálogo.....	74
4.4.1 ADI 3772 .....	74
4.4.2 A progressividade do IPTU e a EC 29/2000.....	79
4.4.3 O teto remuneratório do funcionalismo público .....	82
4.4.4 O caso da proporcionalidade no número de cadeiras nas Câmaras Municipais .....	82
4.4.5 A cláusula de barreira.....	84
4.4.6 A Lei da Ficha Limpa.....	88
4.5 O diálogo institucional e democracia deliberativa .....	96
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	108



## 1 INTRODUÇÃO

Após o advento da Constituição Federal de 1988 e sobretudo nos últimos anos, tem sido possível observar um progressivo fenômeno brasileiro de reforço e radicalização da adjudicação constitucional pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de maneira que o desenho institucional, demandas sociais e políticas e a própria autoafirmação do poder judicial têm levado a um controle de constitucionalidade fortíssimo no seio no regime político nacional.

Nesse contexto, formou-se um tipo de pano de fundo conceitual, isto é, um senso comum jurídico, social e político que atribui, sobretudo ao STF, o monopólio da interpretação da Constituição em detrimento dos demais atores políticos e sociais, no que pode ser chamado de retórica do “guardião da Constituição”.

Essa concepção, reproduzida no sistema jurídico, no sistema político e na sociedade civil se manifesta pelo reforço e intensificação de um modelo jurídico-formal de controle de constitucionalidade, mas também se manifesta pelas próprias expectativas e demandas dos poderes instituídos e da sociedade civil em torno do papel do Poder Judiciário na interpretação e concretização da Constituição de 1988.

Ocorre que essa opção por tal radicalização jurídica, em torno da leitura da Constituição, produz um quadro que merece maior atenção, na medida em que a experiência brasileira parece ter optado pelo reforço de um dos lados da tensão existente entre soberania popular e direitos fundamentais.

Além disso, o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro pode ser caracterizado como fortíssimo, visto que autoriza uma ampla fiscalização, por meio de vasto rol de legitimados para a provocação da via concentrada, mas também pela possibilidade, na via difusa, de qualquer juiz ou tribunal do país poder declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Em verdade, a legitimidade democrática e a extensão do controle de constitucionalidade têm sido alvo de intensa discussão política, filosófica e jurídica no âmbito dos Estados Unidos<sup>1</sup> e da Europa<sup>2</sup>, mas parece carecer de uma maior discussão no seio da sociedade brasileira, onde a retórica do guardião da Constituição, que concebe o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal em especial como intérpretes definitivos da Constituição, vigora de modo hegemônico e com reduzido questionamento.

Nesse contexto, a hipótese levantada considera que a concepção de um monopólio judicial das discussões constitucionais carece de suficiente legitimidade democrática, sobretudo no âmbito de uma sociedade complexa e multicultural como a brasileira.

Com base na hipótese acima apresentada, foi estabelecido, como objetivo geral do trabalho, a análise da legitimidade democrática da perspectiva que atribui ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição e detentor da última palavra em questões constitucionais.

Assim sendo, procurou-se definir como primeiro objetivo específico a necessidade de descrição e contextualização do constitucionalismo brasileiro e do modelo de controle de constitucionalidade vigente. Tal objetivo reside na busca das causas históricas para a formatação do atual modelo fortíssimo de adjudicação constitucional, além da necessidade de uma contextualização que permita entender-se, diacrônica e sincronicamente, a afirmação do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade em nosso país.

Fixou-se, ainda, como segundo objetivo específico, a necessidade de se compreender o diálogo constitucional como instrumento de legitimação do controle de constitucionalidade brasileiro capaz de desconstruir o dogma do guardião da Constituição.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, exemplificadamente, são as obras de Alexander Bickel, John Hart Ely, Andrei Marmor, Jerery Waldron e Cass R. Sustein.

<sup>2</sup> Os próprios desenhos institucionais diferenciados em cada país da Europa ocidental ensejam uma intuição forte sobre tal polêmica, visto que países como a França e Inglaterra, por exemplo, apresentam um controle de constitucionalidade do tipo fraco. Na França inexistente controle repressivo, onde a adjudicação constitucional dá-se de forma prévia por órgão ligado ao Parlamento, enquanto na Inglaterra, que apenas recentemente criou um mecanismo de controle de normas, uma norma julgada incompatível com a Convenção Europeia não será retirada do ordenamento, mas apenas devolvida à apreciação do Parlamento. Esses exemplos europeus demonstram que a extensão do controle varia conforme o país e que a adjudicação constitucional não é uma decorrência necessária de um regime de governo limitado.

Atribuiu-se, como terceiro objetivo específico, o desafio de identificação e análise de casos concretos onde ocorreu o diálogo constitucional na leitura da Constituição Federal de 1988. Esse objetivo visa demonstrar como tal fenômeno já existe na experiência constitucional brasileira, estando ligado à prática constitucional atual, não se tratando de um ideal utópico de difícil realização, mas uma atividade cuja melhor identificação e difusão permitirá um exercício consciente e maduro de uma alternativa capaz de reequilibrar a dicotomia entre soberania popular e direitos fundamentais.

O método de abordagem pretendido é o dedutivo, visto que foram estabelecidas premissas gerais que servem de critério para se chegar às conclusões formais acerca da hipótese levantada. A escolha de tal método se deu pelo fato de que o presente trabalho é eminentemente teórico e argumentativo, uma vez que procura analisar a nível filosófico e jurídico a hipótese colocada. A título auxiliar, será utilizado o método histórico-evolutivo para melhor compreensão do modelo de controle de constitucionalidade sob estudo.

Para tanto, utiliza-se, como marco teórico, a teoria discursiva do direito em Habermas. Essa teoria fornece um modelo contrafactual de democracia que pretende compatibilizar duas tradições rivais da filosofia política, o Liberalismo e o Republicanismo, por meio de um procedimento capaz de garantir uma decisão política elaborada discursivamente entre iguais. Esse modelo baseia-se no papel essencial que a razão comunicativa pode exercer na tarefa de interpretação da constituição, para além de uma razão tradicional que encapsula o texto constitucional sob a retórica do guardião da Constituição.

Além disso, tal teoria esclarece como é possível perceber a relação entre soberania popular e direitos fundamentais, por meio da demonstração de seu caráter equiprimordial na reconstrução dos momentos iniciais de uma prática constitucional.

É esse o marco teórico a partir do qual se procurou entender a legitimidade do controle de constitucionalidade, a retórica do guardião da Constituição e o diálogo constitucional na realidade brasileira.

O trabalho divide-se em três capítulos, cada um correspondendo a cada objetivo específico traçado.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar o pensamento de Habermas em torno da razão comunicativa e da perspectiva procedimental do direito e da política, para tanto adentrar-se-á em considerações necessárias em torno da virada

linguística ocorrida a partir do início do século XX, a fim de que seja possível compreender melhor a razão comunicativa habermasiana, para daí adentrar-se em sua concepção discursiva e procedimentalista do direito, de modo a apreender-se como a própria tensão entre autonomia privada e autonomia pública revela a real dimensão do antagonismo entre republicanismo e liberalismo.

No referido capítulo é demonstrado como Habermas percebe, na própria estrutura da comunicação, os elementos fundamentais de uma racionalidade que opera por meio de pretensões de validade (pretensão de intelegibilidade, pretensão de veracidade, pretensão de correção normativa, pretensão de sinceridade), que normalmente são implícitas, mas que podem ser apresentadas discursivamente quando são contestadas pelos demais participantes da comunicação. Demonstrado, também nesse capítulo, como a partir dessa razão comunicativa, Habermas concebe uma ética discursiva que se preocupa como a verdade, valores, regras e decisões são constituídos legitimamente.

Em seguida, no segundo capítulo, recorre-se à História constitucional brasileira, bem como à descrição do modelo atual de controle de constitucionalidade, para se atingir uma compreensão das condições de formação do regime de adjudicação constitucional vigente, bem como para se demonstrar o grau de radicalismo jurídico de tal modelo. Para tanto, retrocede-se ao início de nossa História republicana para verificar-se a formação do controle de constitucionalidade brasileiro e seu progressivo reforço e intensificação ao longo do tempo. Além disso, tal contextualização histórica permite a percepção das demandas sociais e as vicissitudes políticas que certamente contribuíram para o atual modelo fortíssimo de controle de constitucionalidade.

Ainda no segundo capítulo, procura-se demonstrar como o reforço do papel político do Poder Judiciário nacional se deu como resposta ao problema crônico de efetividade dos direitos, diante de uma crise constituinte que se revela na presença de dois poderes constituintes paralelos, pela contradição persistente entre o poder de fato e o poder de direito, cuja origem se encontra nos primórdios da História brasileira.

Demonstra-se, também, o modelo fortíssimo estruturado em torno de um regime híbrido, onde se tem um controle difuso nos moldes americanos, e um controle abstrato distinto do modelo europeu, mas com acentuada concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, onde um Poder Judiciário estrutural e

culturalmente vinculado à tradição romano-germânica interpreta uma Constituição analítica com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade.

Contextualizado formal e materialmente o controle de constitucionalidade brasileiro, em seguida, no quarto capítulo, será estudado como o modelo de controle de constitucionalidade reforçado se relaciona com a co-originalidade entre autonomia pública e privada ou, expressa de outro modo, entre a co-originalidade entre soberania popular e direitos fundamentais, acentuando um dos polos dessa tensão sob a ótica da retórica do guardião da Constituição.

Procura-se, portanto, demonstrar como a dicotomia entre autonomia privada e pública é apenas aparente e foi superada no Estado Democrático de Direito, onde se encontram em relação de implicação recíproca, de maneira que não há hierarquia entre direitos fundamentais e soberania popular.

Nessa perspectiva, procura-se revelar como a retórica do guardião da Constituição é questionável em uma sociedade plural e complexa, onde há reduzido consenso acerca do alcance das decisões políticas presentes nas constituições, uma vez que tal visão produz uma cultura adversarial entre os poderes, além do que afasta a cidadania da atividade de interpretação do texto constitucional.

No mesmo capítulo, procura-se apresentar experiências estrangeiras e técnicas de decisão que abrem espaço para o diálogo constitucional. Além disso, também são apresentados exemplos desse diálogo na experiência nacional que demonstram como tal fenômeno é viável e já existente na interpretação da Constituição brasileira. Os casos estudados foram escolhidos a partir de exemplos encontrados na literatura nacional sobre o assunto, servindo ao presente trabalho apenas como ilustrações, na prática constitucional brasileira, da viabilidade de uma perspectiva que democratize a interpretação da Constituição.

Por fim, busca-se dar a dimensão de que, como uma postura mais aberta do controle de constitucionalidade no Brasil, poder-se-á aumentar seu grau de legitimidade, por meio da apresentação de uma perspectiva que, sem abrir mão da necessidade de valorização do controle de constitucionalidade em uma democracia ainda em consolidação como a brasileira, abra caminho para leituras que equilibrem a tensão entre a soberania popular e os direitos humanos dentro de nossa realidade.

## 2 RAZÃO COMUNICATIVA, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

### 2.1 Linguagem e discurso

Antes de adentrar-se o estudo da tensão entre facticidade e validade na teoria discursiva do direito, é preciso um entendimento prévio acerca da linguagem tal como trabalhada por Habermas. Trata-se de uma opção de redução do alcance da abordagem, tendo em vista os limites do presente trabalho, além do que, para Habermas, a referida tensão está presente como elemento estrutural na linguagem, sendo decisiva para compreensão moderna do direito. (SEGATTO, 2008, p. 37)

No ponto, é importante abordar-se a virada linguística capitaneada pela filosofia analítica, expressão reivindicada por escolas bastante diferentes, mas que têm em comum a percepção de que a Filosofia é análise, isto é, análise do significado dos enunciados. (JERPHAGNON, 1992, p. 333)

Contudo, diante da diversidade das correntes inseridas nesse contexto, reduz-se a presente abordagem para o estudo das noções básicas da análise da linguagem de Gottlob Frege e a análise semiótica de Charles Sanders Peirce, uma vez que a teoria da linguagem de Habermas pode ser lida como uma radicalização dessas duas perspectivas complementares sobre a linguagem. (SEGATTO, 2008, p. 38)

Segundo Russel (2001, p. 220), Frege destaca fatos da linguagem que estabelecem uma distinção entre abstrações escolásticas expressas nos termos essência e existência. Essa distinção é feita entre sentido e referência, de maneira que o significado de uma palavra levanta uma questão; mas se há ou não um objeto a qual a palavra se aplique, é outro problema.

Desse modo, Frege (2009, p. 85) realiza uma distinção fundamental sobre a construção do significado por meio da diferença entre sentido e referência:

A referência e o sentido de um sinal devem ser distinguidos da representação associada a este sinal. Se a referência de um sinal é um objeto sensorialmente perceptível, minha representação é uma imagem interna, emersa das lembranças de impressões sensíveis passadas e das atividades, internas e externas, que realizei. Esta imagem interna está frequentemente saturada de emoções; a claridade de suas diversas partes varia e oscila. Até num mesmo homem, nem sempre a mesma representação está associada ao mesmo sentido. A representação é

subjetiva: a representação de um homem não é a mesma de outro. Disto resulta uma variedade de diferenças nas representações associadas ao mesmo sentido. Um pintor, um cavaleiro e um zoólogo provavelmente associarão representações muito diferentes ao nome *Bucephalus*. A representação, por tal razão, difere essencialmente do sentido de um sinal, o qual pode ser a propriedade comum de muitos, e portanto não é uma parte ou modo da mente individual; pois dificilmente se poderá negar que a humanidade possui um tesouro comum de pensamentos, que é transmitido de uma geração para outra.

Tais considerações permitem a observação que existe uma tensão entre facticidade e validade no domínio da linguagem, na medida em que as proposições, que enunciam pensamentos, são realizadas por sujeitos situados no tempo e no espaço, mas cujas condições de verdade transcendem o espaço, o tempo e as representações subjetivas. A causa disso, para Habermas, residiria na constatação de que esta abordagem apenas vê a dimensão da verdade no uso da linguagem e ignora suas demais dimensões, além do que acaba por estabelecer uma relação ontológica entre linguagem e mundo, que, desse modo, acaba por forçar a criação de “um terceiro reino” de pensamentos e verdades imutáveis alheios à percepção e à realidade. (SEGATTO, 2008, p. 41).

Aqui, são importantes as considerações de Peirce no sentido de que qualquer entendimento entre dois participantes é relativo, porém, caso haja um acordo universal, será possível que tal relatividade seja superada. Contudo, considerando que já houve *consensus catholicus* errôneo no passado, esse consenso geral precisa ser projetado, ao menos conceitualmente, para o futuro, nos termos de uma comunidade indefinida de todos os seres inteligentes, onde a verdade seria uma ideia reguladora e o consenso a concretização da razão dessa comunidade de seres que possuem algum tipo de sentido e podem se comunicar por meio de sinais. (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 23-24)

Segundo Habermas (1997a, p. 31-32), no lugar do conceito bipolar de um mundo representado linguisticamente, Peirce concebe um conceito tripolar da representação linguística a partir da noção de diálogo como modelo da prática de entendimento, de modo a explicar o momento da formação dos conceitos e dos juízos verdadeiros, que ultrapassam o tempo. Para tanto, o “real” é o que poderá ser representado em proposições verdadeiras, enquanto o “verdadeiro” poderá ser explicado por meio da pretensão que se levanta diante de um terceiro no momento em que se afirma uma proposição, onde a pretensão de verdade dependerá de superar as críticas e oposições até, ao final, poder ser aceita em um acordo racional

da comunidade de intérpretes.

Contudo, Habermas (1997a, p. 32), seguindo Peirce, explica que essa comunidade de interpretação não é particular, tendo em vista que apesar de não se ter como sair da dimensão linguística e estar-se condicionado a compreender a realidade como tudo que é passível de representação em termos de proposições verdadeiras, ainda assim não é possível ignorar que algo existe de forma independente dos sujeitos, sendo, portanto, transcendente. Diante desse desafio, Peirce vai em busca desse mundo transcendente sem sair de dentro da linguagem, de modo a expandir, de modo ilimitado, a comunidade de intérpretes, contrafactualmente, no espaço e no tempo, de maneira que tal projeção faz a tensão entre facticidade e validade imigrar para pressupostos comunicativos, os quais, ainda que com conteúdo ideal, que só pode ser preenchido por aproximação, têm que ser admitidos factualmente por todos os participantes, todas as vezes que entrarem em uma discussão sobre uma pretensão de validade.

Com efeito, Habermas considera que os enunciados, no âmbito da ação comunicativa, jazem em um “consenso de fundo”. Ao emitir um enunciado, um falante deverá preencher quatro requisitos, isto é, demandar quatro pretensões de validade junto ao seu interlocutor: falar de maneira inteligível (pretensão de inteligibilidade), deve querer falar sobre algo existente no mundo (pretensão de verdade quanto ao conteúdo veiculado), querer compartilhar esse entendimento por meio de um compromisso (pretensão de justeza normativa – compromisso do falante com o que enuncia) e expressar-se de maneira sincera (pretensão de veracidade – quanto às intenções do falante). (SEGATTO, 2008, p. 44)

De acordo com Medina (2007, p. 14), Habermas ressalta que, no dia-a-dia, a maioria das pretensões de validade não são explícitas e articuladas, o que exigiria um processo de argumentação no qual essas demandas poderiam ser refutadas e justificadas. Assim, quando as razões que justificam ou refutam uma demanda não são explicitadas e problematizadas, sua validade será simplesmente aceita, ocorrendo o contrário quando tais demandas são desafiadas e razões a favor ou contra são mobilizadas, discutidas e balanceadas. Para Habermas (apud MEDINA, 2007, p.14), essas reivindicações e desafios são fundamentais à dinâmica da comunicação, de maneira que as discrepâncias entre as demandas dos falantes e as respostas “sim/não” dos ouvintes são solucionadas por meio da argumentação racional voltada para compreensão.



Segundo Segatto (2008), a comunicação entre as pessoas será realizada a partir dessas pretensões, cuja compreensão dependerá da aceitação de suas condições de validade, isto é, da aceitação de tais pretensões em um diálogo, de modo que a compreensão de um ato de fala significa discriminar as condições para que ele seja considerado verdadeiro, justo e sincero. Dependerá, também, da distinção entre o conteúdo do enunciado e sua força ilocucionária, ou seja: entre o que é dito e a ênfase dada pelo falante sobre qual pretensão ganha prioridade sobre as demais, o que provocará reações no ouvinte por meio do questionamento da inteligibilidade do enunciado (o que você quer dizer?), quanto à verdade do enunciado (as coisas se relacionam com o que você diz?), quanto à justeza normativa do ato de fala (você pode fazer isso?) ou sobre a sinceridade do enunciado (estou sendo enganado?).

Esse procedimento conduz, no caso de pretensões de validade discutíveis, à transição da ação comunicativa para o discurso, onde na primeira as pretensões de validade normalmente aceitas sem questionamentos, ao passo que no discurso passam a ser problematizadas, de modo que passam a ser questionadas tanto a existência real dos fatos referidos, quanto as condições de sua enunciação. Portanto, concebe-se uma situação ideal de fala, repleta de pressupostos contrafactuais encontrados na própria linguagem, para que racionalmente seja possível a fundamentação das pretensões de validade: 1) Todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, de tal modo que possam colocar questões e oferecer respostas livremente. 2) Todos deverão possuir igual chance de fazer interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações e problematizar as pretensões de validade das mesmas, de modo que nenhum preconceito permaneça imune a críticas. 3) Serão admitidos no discurso apenas os falantes, que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções. 4) Serão admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala regulativos, ou seja, dar e recusar ordens, permitir e proibir, prometer e negar promessas etc. (SEGATTO, 2008, p. 46-47)

Assim, a teoria da ação comunicativa e a conceituação de atos de fala e do discurso em Habermas são fundamentais para se entender como o estudo da

linguagem perpassa a concepção da razão comunicativa:

Para traçar o esboço da sua teoria do agir comunicativo, Habermas se utiliza, em primeiro lugar, de um postulado de George Mead, em virtude do qual a linguagem é ao mesmo tempo o fundo e a forma da sociabilidade. Graças à linguagem, o “com-viver” se torna possível: a linguagem cumpre com efeito uma tríplice função de atualizar as tradições (reprodução cultural), de coordenação dos planos propostos pelos diferentes atores na interação social (integração social) e de interpretação cultural das necessidades (socialização). De Ludwig Wittgenstein Habermas conserva o casamento original entre razão e linguagem. Mas, em assim fazendo, ele abandona o estatuto transcendental que Horkheimer e Adorno atribuíam à razão para rebaixar esta última à simples condição de instrumento. Habermas propõe então uma nova leitura do agir humano distinguindo, como Weber, o agir teleológico (com a vista a um fim), o agir regulado por normas (que se referem aos membros de um grupo social que orienta as suas ações segundo valores), o agir dramático (interação analisada de um ponto de vista goffmaniano como representação de si mesmo) e o agir comunicativo. Habermas dá o nome de comunicativas às interações em que os participantes se põem de acordo para coordenar em bom entendimento seus planos de ação: o acordo obtido se acha então determinado à medida do reconhecimento intersubjetivo das exigências de validade. (LALLEMENT, 2004, p. 220-221)

Por conseguinte, segundo ainda Habermas (2004, p. 233), nosso conhecimento do mundo é dominado pela linguagem, a qual não pode ser contornada como *médium* entre a representação e a comunicação do conhecimento, visto que não há experiência interna não-interpretada e exterior à linguagem, mas é por meio da própria linguagem que a realidade é acessada através do entendimento mútuo compartilhado no espaço público que estabiliza o mundo objetivo. (HABERMAS, 2004, p. 244-245)

## 2.2 A razão comunicativa

O entendimento do que seria razão comunicativa é fundamental para que seja percebido o caminho seguido por Habermas na superação da racionalidade instrumental típica da modernidade e de como tal razão acabou por se voltar contra o próprio homem.

Desse modo, para ele, a racionalidade instrumental acabou por dominar a própria filosofia e a ciência, de modo que essa razão técnica impediu que a filosofia deixasse de exercer seu papel crítico, ao passo que a ciência contribuiu para o desenvolvimento cada vez mais complexo e sofisticado do Capitalismo. Enfim, a razão instrumental mostrou-se cada vez mais voltada contra os seres humanos, na medida em que exacerba fenômenos patológicos novos diante de um

apaziguamento relativo dos conflitos de classe no capitalismo administrado. (LECHTE, 2002 p. 209)

Diante desse cenário e na percepção de que essa razão proposital exerce um papel ideológico, Habermas (1968), forte nas promessas emancipatórias da modernidade, parte para uma análise crítica da própria racionalidade moderna para daí perceber que é possível perceber lógicas distintas operando nos sistema econômico e no mundo da vida, onde o segundo se vê colonizado pelo primeiro de modo a patologicamente ter seu funcionamento alterado pela racionalidade instrumental, de modo que o filósofo tedesco extrai, a partir da teoria da linguagem, a existência de modos de ação típicos da comunicação e diferenciados em relação à ação econômica ou burocrática e que, por isso, poderiam ser utilizados para, de modo contrafactual, se tornarem ferramentas emancipatórias do homem em face do beco sem saída em que se colocou a razão moderna clássica:

A modernização capitalista impõe um padrão seletivo dos potenciais de racionalidade inscritos na cultura moderna, privilegiando o aspecto cognitivo-instrumental e enfraquecendo as demais dimensões da racionalidade no mundo da vida. Ou seja, o que é mais incentivado e explorado pela modernização capitalista não é a arte moderna ou as formas de saber que abarcam a moral e o direito, mas muito mais a ciência e suas possibilidades tecnológicas.

Em correspondência com isso, os potenciais cognitivos dados com o desenvolvimento estético e com o prático (no sentido moral, jurídico e político) são encapsulados em culturas de especialistas, cada vez mais afastados do mundo da vida como um todo. (REPA, 2008, p. 174)

Em vista do exposto, a percepção de que toda relação entre seres racionais está envolvida pela linguagem traz consigo a possibilidade, a partir dos estudos linguísticos, da constituição de um mundo da vida reproduzido por meio de interações comunicativas, cuja lógica seria governada pela racionalidade comunicativa:

O M. da vida, em seus componentes (cultura, sociedade e estrutura da personalidade), representa 1) o horizonte contextual difuso dentro do qual se desenvolvem e se reproduzem as comunicações intersubjetivas destinadas ao entendimento e à compreensão e no qual se forma espontaneamente as convicções fundamentais aceitas e compartilhadas; 2) o “reservatório” no qual se conservam e se transmitem os resultados da interpretações realizadas nos processos do agir por parte das gerações precedentes e o conjunto das formas de mediação simbólica através das quais se reproduzem as tradições culturais e onde se estabiliza a integração social e se confirmam as identidades individuais. Sempre que se criam tensões entre “M. da vida” e “sistema” social criam-se condições de crise que nas sociedades modernas e complexas desembocam em formas

(objetivas e subjetivas) de reificação e colonização da *práxis* comunicativa cotidiana. (ABBAGNANO, 2007, p.801-802)

Portanto, essa racionalidade comunicativa se apresenta implicitamente na *práxis* social cotidiana por meio das pretensões de validade, onde todos, ao interagir, concordarão ou discordarão tácita ou expressamente acerca dos proferimentos dados na comunicação, quer quando narramos fatos ou coisas, quer quando expressamos sentimentos ou juízos normativos sobre algo, de maneira que a comunicação se dá normalmente por meio dessa aceitação ou rejeição tácita desses proferimentos, a compreensão, portanto, do significado do ato de fala pressupõe a compreensão da pretensão de validade e é nessa atividade que se mostra a razão comunicativa:

Não à linguagem *per se*, mas à aplicação comunicativa de expressões linguísticas é inerente uma racionalidade de um tipo peculiar, irreduzível tanto à racionalidade epistêmica do saber (como pensa a semântica clássica da verdade) como à racionalidade orientada a fins do agir (como supõe a semântica intencionalista). Essa racionalidade comunicativa exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivo partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a único e mesmo mundo objetivo. (HABERMAS, 2004, p. 107)

Assim, ocorre a superação da razão solitária de uma dicotomia sujeito-objeto em prol da valorização da intersubjetividade, bem como a percepção de que tanto a fala como o pensamento são resultado dessa interação. É no estudo dessas trocas e experiências comunicativas que será possível verificar a ação comunicativa que se manifesta no mundo da vida:

A situação de fala é um recorte, delimitado em função de um determinado tema, de um mundo da vida que tanto constitui um *contexto* para os processos de entendimento como coloca *recursos* a sua disposição. O mundo da vida constitui um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece um acervo de evidências culturais do qual os participantes da comunicação tiram, em seus esforços de interpretação, padrões exegéticos consentidos. Do mesmo modo a solidariedade dos grupos integrados por valores e as competências de indivíduos socializados pertencem – tal como as suposições de pano de fundo culturalmente adquiridas – aos componentes do mundo da vida. (HABERMAS, 2000, p. 416-417)

Com efeito, a reconstrução das condições de comunicação é base da teoria da ação comunicativa, que, por sua vez, abre espaço para uma ética

discursiva preocupada com as condições de validade dos diversos discursos (morais, jurídicos, políticos), sem se prender na busca de fundamentos metafísicos e critérios normativos substanciais, mas pela preocupação dos modos pelos quais certos valores, regras e decisões são constituídos legitimamente em uma dada comunidade, sendo construída, portanto, de forma reflexiva. (HABERMAS, 1989, p. 148-149)

Nessa perspectiva, a concepção de um direito legítimo, a partir dos critérios definidos por essa ética discursiva, não irá mais basear-se na razão tradicional, mas será aferido por meio do uso de uma razão discursiva, teórica ou prática, que se realiza publicamente na comunicação intersubjetiva, onde são deliberadas regras comuns no espaço público.

Destarte, a superação pela crítica, já destacada aqui anteriormente, da razão instrumental, cuja dimensão foi hipertrofiada na modernidade e no desenvolvimento do Capitalismo, poderá ocorrer por meio das possibilidades trazidas por uma leitura ético-procedimental do direito que permitem ultrapassar uma dicotomia clássica na história do pensamento jurídico em torno do problema da validade e da facticidade do direito.

Efetivamente, ao observarem-se as diversas correntes do pensamento jurídico pode-se perceber um persistente debate sobre o dilema em torno da relação entre ser e dever-ser, entre a realidade material e o direito, tal como aponta a visão normativista de Kelsen com acento radical no aspecto lógico-formal do direito ou, por sua vez, como sugerem visões mais sociológicas em detrimento da dimensão normativa:

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada têm a dizer umas às outras. A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social e princípios objetivistas, que deixam de fora qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.). (HABERMAS, 1997a, p. 23)

Desse modo, a teoria do agir comunicativo pretende abrir espaço para que essa tensão possa ser trabalhada no interior da própria criação e legitimação do

direito, na medida em que Habermas pretende reconstruir a teoria do direito a partir de um diálogo da teoria sociológica do direito com a teoria filosófica da justiça, por meio de uma teoria integrativa e interdisciplinar que acaba por se mostrar uma teoria da democracia deliberativa e da sociedade civil. (REESE- SCHÄFER, 2012, p.84)

Nesse sentido, cumpre reconstruir o sistema de direitos como instrumento de garantia da “institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito” (HABERMAS, 1997a, p. 146), permitindo-se assim a formação de uma democracia deliberativa por meio das possibilidades concretas fornecidas pelo direito aos diversos modos de ação social.

Portanto, a democracia deliberativa é viável em um sistema de direitos “que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros caso queiram regular legitimamente sua conviência com meios do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p. 168). Contudo, aqui vêm à tona a questão em torno de como esse sistema de direitos vai ser estruturado sem que haja um comprometimento da própria razão comunicativa em sua formação, de modo a evitar o predomínio de uma razão subjetiva, garantindo-se, assim, um compromisso argumentativo de todos os cidadãos na elaboração das normas jurídicas. Tal perspectiva permite deixar ativa a tensão existente entre a facticidade e validade do direito, por meio do enfrentamento da relação entre o predomínio da soberania popular, no que se relaciona com Republicanismo<sup>3</sup>, e o Liberalismo<sup>4</sup> definidor de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, Habermas destaca o caráter equiprimordial da soberania popular e dos direitos fundamentais, a partir da percepção de que a autonomia política dos indivíduos depende da preservação dos direitos fundamentais e vice-versa, isto é, que a legitimidade do direito não se baseia apenas na proteção da individualidade, mas que essa individualidade também é causa e resultado de uma soberania popular, onde ambas dimensões se realizam por meio da comunicação sob o princípio do discurso:

---

<sup>3</sup> Nessa visão, segundo Habermas (2003,p.159), “a substância da constituição tem que emergir de um processo inclusivo de formulação da opinião e vontade dos cidadãos; caso contrário ela entraria em confronto com a soberania do povo”.

<sup>4</sup> Essa leitura concebe condições formais prévias para a realização da democracia, Habermas (2003, p. 159) explica que a constituição “é introduzida como condição necessária e suficiente para o processo democrático, não como resultado deste, pois a democracia não pode ser definida pela própria democracia”.

Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originais, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da “co-originariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade” (como *Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor” (HABERMAS, 2003, p. 155)

Então, essa tensão entre soberania popular, valorizada pelo republicanismo, e os direitos individuais, acentuados pelo Liberalismo, é trabalhada por meio da mediação comunicativa, de maneira que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 142).

Sob esse fundamento, Habermas traz a crítica de que o legado da Revolução Francesa não pode se resumir à sociedade de consumo e ao Estado nacional, de maneira que a ideia de soberania, idealizada inicialmente por Jean Bodin (CHEVALLIER, 1980, p. 54), é reelaborada por Rousseau na vontade do povo unido corporificada, a qual teve seu ímpeto e sua força domesticados sob a égide do constitucionalismo. (HABERMAS, 1997b, p. 255)

Ocorre que a ideia de direitos individuais, a fim de evitar a formação de uma *res total* (MOUFFE, 1994), cuja ameaça se fez presente desde o início da Revolução francesa na fase do Terror, não é desconsiderada por Habermas, de maneira que o filósofo procura manter o ímpeto e o potencial perdido da Revolução sem abrir mão do constitucionalismo, sendo o meio para isso o exercício do poder comunicativo que exprime uma soberania diluída, que se apresenta como um processo (NEVES, 2006, p. 163), ao invés de uma ficção como o povo, e que assedia o sistema administrativo nas esferas públicas, sendo que tal poder comunicativo é garantido pela institucionalização de um Estado democrático de direito, onde o direito garante essa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual, reciprocamente, produz a criação legítima do direito. (HABERMAS, 1997b, p. 181)

Desse modo, Habermas apresenta uma teoria normativa de uma democracia deliberativa cuja procedimento seja capaz de garantir uma decisão

política elaborada discursivamente entre iguais que se realiza por meio da valorização da sociedade civil em face do mercado e da administração, onde a sociedade civil, através do poder comunicativo, procura assediar e conquistar as esferas formais onde são tomadas a decisão. Forte no ímpeto revolucionário francês, mas sem desconsiderar a crítica correta do Liberalismo em face de uma soberania popular totalitária, procura-se aperfeiçoar a Democracia representativa liberal compensando seu elitismo através de sua ética do discurso, a qual permitiria que a soberania do povo se exercesse como procedimento de formação discursiva da opinião e da vontade, mas que permaneceria limitada por carecer de poder de decisão, a qual ainda estaria nas instâncias tradicionais de decisão como o Parlamento. (HABERMAS, 1997b, p. 272)

Aqui, é através da esfera pública que se poderá aprofundar o espaço de participação política em todos os setores onde ocorre a interação social, de maneira que a esfera pública não é um sistema, mas uma rede de feixes comunicacionais, uma estrutura comunicacional do agir orientado para o entendimento (HABERMAS, 1997b, p. 272), sendo um espaço aberto, democrático, indeterminado e plural onde grupos, instituições e partidos buscam a hegemonia da influência, mas cuja configuração está liberta de pressupostos totalizantes. (HABERMAS, 1997b, p. 95)

A esfera pública se espraia a partir do centro jurídico-formal representado pelo Estado no sentido da periferia através de círculos concêntricos de progressiva informalização e desagregação, onde a esfera formal parlamentar é cercada pela esfera pública organizada de partidos, meios de comunicação, sindicatos e associações que são circundados por interesses e grupos menos organizados em grau decrescente de organização. (HABERMAS, 1997b, p. 86-87)

### **2.3 A teoria discursiva do direito em Habermas**

Após essa breve descrição acerca da importância da análise da linguagem, além do estudo da razão comunicativa, a abordagem do problema em torno da legitimidade do controle de constitucionalidade, em face da tensão entre o princípio liberal e o princípio republicano, será enfrentada a partir da teoria discursiva do direito de Habermas; para tanto, tal concepção procedimentalista permite uma peculiar abordagem do tema:



A diferença decisiva consiste na compreensão do papel do processo democrático. Segundo a visão “liberal” – eu seguirei essa terminologia simplificadora, que se introduziu na discussão americana -, o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos), tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privadas contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos. Na interpretação republicana, porém, a política não se esgota em tal função mediadora, uma vez que é constitutiva para o processo de socialização em seu todo. “Política” é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *médium* no qual os membros das comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes. (HABERMAS, 1997a, p. 332-333)

Aliado a isso, Habermas percebe a possibilidade de se analisar a história do Direito por meio de paradigmas (HABERMAS, 1997b, p. 127) capazes de dar conta do discurso justificador e legitimador das práticas jurídicas em determinados períodos. A percepção do paradigma do estado democrático de direito em Habermas supera criticamente os paradigmas anteriores, quais sejam os paradigmas do estado liberal e o paradigma do estado social. O primeiro caracterizado pela preponderância da ideia de proteção da liberdade individual a nível pré-político (HABERMAS, 1997b, p. 138), sendo tal autonomia individual um pressuposto para a autonomia pública, enquanto temos no segundo a caracterização por uma autonomia pública condicionadora da autonomia individual a partir da ideia de bem-comum (HABERMAS, 1997b, p. 144).

Com efeito, o Estado liberal absenteísta mostrou-se insuficiente em garantir o mínimo de igualdade, ao passo que o Estado social comprometeu os direitos individuais clássicos, como a propriedade, a liberdade, os direitos políticos de participação e comunicação, reduzindo a autonomia privada em prol dos direitos sociais.

Ocorre que nenhum desses padrões será capaz de responder, de forma legítima, à complexidade e pluralidade da sociedade brasileira contemporânea, o que implica no *deficit* de legitimidade de tais modelos, emergindo o terceiro paradigma jurídico ao absorver e superar os dois anteriores.

No ponto, a erosão do Estado moderno se dá na plethora de leis casuístas e assistemáticas, onde a inflação legislativa demanda o inchaço do aparelho estatal

e o fortalecimento da tecnocracia e da magistratura, de maneira que o princípio da legalidade e a separação entre os poderes são enfraquecidos e as regras deixam de corresponder às aspirações democráticas. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 318)

No que diz respeito ao paradigma do Estado democrático de direito, verifica-se a preocupação em Habermas de solucionar o aparente antagonismo entre liberdade e igualdade por meio da percepção da co-originalidade dos direitos individuais e dos direitos sociais:

A exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os "cidadãos da sociedade" cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos "cidadãos da sociedade", assegurada, pode capacitar os "cidadãos do Estado" a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra. (HABERMAS 2003, p. 173)

No Estado Democrático de Direito, os sistemas jurídico e político adquirem legitimidade na comunicação realizada no espaço público, o qual tem como centro as instituições estatais criadas na formação das democracias liberais ocidentais, como as casas legislativas, mas tal espaço público não se limita a isso, posto que se espalha da burocracia e da representatividade democrática formal para sociedade civil, meios de comunicação de massa, organizações e movimentos sociais e etc., onde a disputa se dará em busca da hegemonia da capacidade de influência. (HABERMAS, 1997b, p. 273)

Assim, faz-se necessária uma análise mais apurada do controle de constitucionalidade na democracia brasileira, sobretudo no que diz respeito à permeabilidade ao princípio do discurso, o qual preside a capacidade de entendimento da sociedade civil impondo trocas entre os atores sociais em prol do consenso.

Com base nesse arcabouço teórico será analisada a estrutura do controle de constitucionalidade brasileiro sob o crivo do modelo de democracia deliberativa da teoria do discurso.

Para tanto, no próximo capítulo, investigar-se-á a história constitucional brasileira para se entender melhor o modelo atualmente vigente e a ênfase dada ao forte de controle de constitucionalidade em vigor.

Em seguida, será estudado como o modelo de controle de constitucionalidade reforçado existente se relaciona com a co-originalidade entre

autonomia pública e privada ou, expressa de outro modo, entre a co-originalidade entre soberania popular e direitos fundamentais, acentuando um dos polos dessa tensão e comprometendo a legitimidade do controle de constitucionalidade.

### **3 BREVE HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Refletir sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, exige uma necessidade de contextualização de sua própria trajetória até hoje, percebendo como a sociedade brasileira tem enfrentado seus desafios históricos em sua experiência constitucional.

Portanto, pretende-se contextualizar o atual período constitucional brasileiro, a partir de uma perspectiva histórica, para verificar possíveis causas para a formação do modelo de controle de constitucionalidade atualmente em vigor, o qual parece ter sido idealizado, no contexto do reforço do papel político do Poder Judiciário em geral, como resposta ao problema crônico de efetividade dos direitos sociais, diante de uma crise constituinte, cuja origem parece remeter-se aos primórdios da história constitucional brasileira.

Segundo Bonavides (2003, p. 361), ao se realizar uma análise mais profunda da evolução constitucional brasileira, será possível perceber três fases históricas claramente distintas no que diz respeito aos seus valores políticos, jurídicos e ideológicos. Cada fase jamais foi superada por completo sendo incorporada ou levada em conta de modo cumulativo na fase subsequente.

#### **3.1 A constituição no Império (1822-1889)**

A primeira Constituição brasileira, gestada a partir do processo de independência e formação de um Estado nacional autônomo, surgiu no bojo de intensas disputas entre brasileiros e portugueses, tendo em vista o complexo arranjo político em que se constituiu a independência brasileira.

A formação constitucional do Brasil, a partir de sua Independência, não pode ser entendida sem a percepção desse difícil arranjo, o qual sempre se caracterizou por intensas disputas entre nativistas e portugueses, sob a ameaça da recolonização. (PRADO JÚNIOR, 1999, p. 60)

Cabe destacar que a ideia de convocação de uma assembleia nacional constituinte foi ventilada nos círculos mais libertários da revolução e estava longe de ser unânime. Tratava-se de uma visão excessivamente liberal que era vista com receio pelos setores mais próximos da realeza, sendo uma importação do ideário

libertário francês por parte de liberais radicais, liberais moderados e republicanos, sobretudo porque a independência ocorreria pela paradoxal manutenção da unidade luso-brasileira. A independência seria gradual. (LOPEZ; MOTA, 2012)

Diante da ideia de um colégio de Procuradores-Gerais das Províncias como instrumento de unidade das províncias e de garantia da liberdade, a qual acabou sendo superada no próprio conselho pela ala liberal moderada, formada por Gonçalves Ledo, Clemente Pereira, Cunha Barbosa e outros, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte se tornou inevitável. (LOPEZ; MOTA, 2012, p. 372)

Assim, D. Pedro I, por meio do Decreto de 03 de junho de 1822, convocou a Constituinte em um texto que reproduzia a ambiguidade e tergiversação do nosso processo de independência:

Havendo-Me representado os Procuradores Geraes de algumas Provincias do Brazil já reunidos nesta Côrte, e differentes Camaras, e Povo de outras, o quanto era necesario, e urgente para a manutença da Integridade da MonarchiaPortugueza, e justo decoro do Brazil, a Convocação de uma Assembléa Luso-Braziliense, que investida daquella porção de Soberania, que essencialmente reside no Povo deste grande, e riquissimo Continente, Constitua as bases sobre que se devam erigir a sua independencia, que a Natureza marcou, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integrantes da Grande Familia Portugueza, que cordialmente deseja: E Reconhecendo Eu a verdade e a força das razões, que Me foram ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade deste Reino, manter uma justa igualdade de direitos entre elle e o de Portugal, sem perturbar a paz, que tanto convem a ambos, e tão propria é de Povos irmãos: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Mandar convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Provincias do Brazil novamente eleitos na fórma das instrucções, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade. José Bonifacio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, e do Conselho de Sua Magestade Fidelissem a El-Rei o Senhor D. JoãoVI, e Meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino do Brazil e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necesarios. Paço 3 de Junho de 1822 (BRASIL, 1822).

Tal ideia conciliatória, expressa no decreto supra citado, foi reforçada na abertura dos trabalhos constitucionais, onde Pedro I adverte sobre os “limites” do poder constituinte:

Como Imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste Império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano passado, em que fui coroado e sagrado, que com minha espada defenderia a pátria, a nação e a constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. (LOPEZ; MOTA, 2012, p. 378)

As tendências políticas no âmbito da Assembleia Constituinte se dividiam entre aqueles que apoiavam o monarca, o fortalecimento do Poder Executivo e a centralização política com a união de todos os territórios americanos de colonização portuguesa e, de outro lado, os grupos não ligados à Corte, particularmente os grupos regionais que buscavam um amplo sistema representativo, o reforço do Legislativo e um maior controle sobre o Executivo, bem como uma maior autonomia das províncias. (SLEMIAN, 2006, p. 78)

O difícil equilíbrio entre interesses dos grandes proprietários de terra, funcionários públicos e os interesses dos comerciantes portugueses, já anunciado na convocação da Assembleia não foi mantido. Na Constituinte predominou o intuito revolucionário liberal de inspiração francesa em detrimento da visão constitucional da Restauração, além disso, a Assembleia pretendeu fortalecer-se em detrimento da coroa, bem como garantir a efetiva separação com Portugal.

Entre as principais proposições da Assembleia Constituinte de 1823, o imperador, chefe do Poder Executivo, teria seus poderes limitados pela Constituição. O Poder Legislativo seria exercido pela Câmara dos Deputados, e esta não poderia ser dissolvida pelo imperador. O Exército ficaria submetido ao Parlamento.

Além disso, os grandes proprietários rurais seriam os únicos que exerceriam seus direitos políticos. A liberdade econômica ampla seria assegurada pela Constituição, e a escravidão seria mantida: a Constituição garantiria e reconheceria os *contratos* entre os senhores e seus escravos...(LOPEZ; MOTA, 2012, p. 381)

Um projeto de Constituição excessivamente liberal para Pedro I, bem como prejudicial aos interesses econômicos dos comerciantes lusitanos, e também rejeitado por grupos que queriam mudanças mais radicais, acabaram abrindo espaço para o primeiro golpe de Estado da nova nação em formação. (VILLA, 2011, p. 13)

O início do Império se caracteriza, portanto, no conflito entre “brasileiros” e “portugueses”, posteriormente substituído pela disputa entre os Partidos Liberal e Conservador, de maneira que a dissolução da Assembleia Constituinte representou uma vitória dos “portugueses”, ao passo que a posterior renúncia de D. Pedro I, uma vitória dos “brasileiros”. (SCHWARTZMAN, 2007, p. 172)

Segundo Alencar, Ramalho e Ribeiro (1985, p. 102), a ameaça de reunião das duas coroas era verdadeira, já havia uma missão portuguesa nesse sentido, o

que provocou mais reação entre os brasileiros com protestos e reunião de uma massa popular na Assembleia, a qual se declarou em sessão permanente. Em 12 de novembro, a Assembleia foi dissolvida por ordem do imperador, contudo os deputados tentam resistir no edifício da Assembleia, o qual acabou sendo cercado pelo próprio imperador, com o apoio de tropas. Vários deputados são presos e desterrados, inclusive José Bonifácio.

Em verdade, a Constituição imposta pelo imperador em 1824, após a dissolução da Assembleia Constituinte, mostra-se como uma reação absolutista, além de ser uma retomada do poder pelo Partido Português. Ainda que tenha se utilizado do projeto elaborado no bojo da Assembleia Constituinte dissolvida, não deixava de ser uma vitória do imperador sobre os grandes proprietários de terra, do executivo sobre o legislativo. (ALENCAR; RAMALHO; RIBEIRO, 1985, p. 102)

Optou-se, portanto, por uma monarquia representativa, com base no modelo francês, onde o Imperador garantia a unidade política e a ordem social no país. A Constituição de 1824 reconhecia todos os direitos individuais e políticos em voga no constitucionalismo europeu, tendo sobrevivido, com apenas uma modificação, até o advento da República em 1891, apesar da realidade política estar divorciada dos dispositivos constitucionais, onde as eleições eram forjadas sob a pressão dos grandes proprietários rurais e das autoridades locais. (CARVALHO, 2004, p. 27-28)

A Constituição outorgada caracterizou-se pelo estabelecimento do Poder Moderador como chave da organização política do Império, o qual era cumulado com o Poder Executivo pelo imperador, sendo o eixo da centralização do governo que, pela carência de autonomia provincial, acabou provocando a desintegração política do regime em 1889. Garantiu, ainda, a divisão de poderes e direitos individuais e políticos em um sistema parlamentarista de influência inglesa e francesa. (BONAVIDES, 2003, p. 364)

Desse modo, a Constituição de 1824 foi a lei fundamental mais duradoura da História política brasileira e garantiu uma unidade nacional que se foi consolidando ao longo do tempo. (SILVA, 2011, p. 51).

Contudo, para além do texto da Constituição, estabeleceu-se uma prática política, isto é, uma constituição não escrita que apenas aparentava ter forma parlamentar, pois a formação dos ministérios não dependia das maiorias parlamentares, onde o Imperador supostamente estava afetado à soberania popular,

mas as eleições não eram universais e legítimas, além do que permitia ao monarca a dissolução das Câmaras e convocação de eleições sem qualquer voto de confiança, mas fazia crer que o regime se apoiava nos partidos. (CARDOSO et al., 2006, p. 32-31)

Nesse primeiro momento da histórica constitucional brasileira já é possível observar-se as amarras que impedem o exercício de um verdadeiro poder constituinte como uma característica marcante da história constitucional brasileira. O exercício de um verdadeiro poder constituinte restou tolhido desde o início pela força do arbítrio.

### **3.2 O constitucionalismo e a República Velha**

Duas forças devem ser destacadas como responsáveis pela derrubada da monarquia, o Exército e um setor expressivo da burguesia cafeeira paulista. Além disso, o regime perdeu sua base social pelo descontentamento dos grandes proprietários de terra em decorrência do fim da escravatura. (FAUSTO, 1995, p. 235-236):

O movimento republicano, portanto, resultou da pressão de três forças: do Exército, das camadas médias urbanas e principalmente da burguesia paulista. A abolição foi um golpe no sistema de poder dos senhores de terras e de escravos, que insistiam em manter intacta uma estrutura colonial de produção, ignorando as transformações sociais que ocorriam desde 1850. A República não foi apenas uma mudança nas instituições, que de monárquicas passaram a republicanas, mas uma mudança de bases, nas forças sociais sob as quais se assentava o sistema de dominação no Brasil. (ALENCAR; RAMALHO; RIBEIRO, 1985, p. 172)

Com a República, o Brasil superou um modelo político mais ligado à Restauração que ao Constitucionalismo liberal revolucionário e, por meio da Constituição de 1891, adentrou de modo definitivo o Estado liberal, ainda que por meio de um liberalismo clássico que ignora as profundas disparidades sociais de uma sociedade fundada sob um regime escravocrata. Optou-se, por um regime liberal, mas conservador e aristocrático inspirado no federalismo estadunidense, sobretudo a partir do modelo elaborado por Ruy Barbosa que regeu o país do governo provisório até a promulgação da Constituição. (BONAVIDES, 2003, p. 364-365)

Os traços essenciais da Constituição de 1891 são descritos por



Bonavides (2003, p.365) assim:

Com efeito, os princípios chaves que faziam a estrutura do novo Estado diametralmente oposta àquela vigente no Império eram doravante: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder; enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.

A “chave da organização política” desse período foi recriada no presidencialismo como contraponto ao federalismo de fato que já existia desde o Império e que foi oficializado em 1891, de maneira que o presidente reassume uma espécie de poder moderador que gravita em torno de um pacto informal de reconhecimento da preexistência de uma organização natural do poder na sociedade brasileira, mais precisamente a admissão de que o poder estava nos estados, e um componente normativo definidor das bases da política nacional, qual seja o desenho de uma comunidade política despolitizada e voltada para a *obra nacional*. (LESSA, 2002, p. 09)

O advento da República se deu sem participação da população; foi um rearranjo das elites, talvez a clássica afirmação de que o povo tenha assistido bestificado seja verdadeira não pelo sentido de que foi um simples golpe militar, já que os militares tinham apoio civil de uma elite republicana (LEAL, 1915, p. 199), mas na constatação de que as massas foram totalmente excluídas do processo. (CARVALHO, 2006, p. 81)

Segundo Alencar, Ramalho e Ribeiro (1985, p. 181), o Congresso Constituinte foi eleito num pleito considerado fraudulento, de modo que a Assembleia era dominada pelos chamados “republicanos objetivos” em detrimento da minoria de “idealistas”, que eram os militares e positivistas, bem como monarquistas adesistas.

O próprio início desse período constitucional já se deu com o primeiro presidente eleito dissolvendo o Congresso. Deodoro da Fonseca não tinha apoio das oligarquias mais poderosas dos Estados e, após diversas derrotas legislativas, “dizendo não poder ‘por mais tempo suportar esse Congresso’, o marechal o dissolveu e prendeu os principais líderes oposicionistas”. (ALENCAR; RAMALHO; RIBEIRO, 1985, p. 182)

Em verdade, sob a égide da Constituição de 1891, o predomínio do Poder Executivo era inegável, o qual se valeu do autoritarismo e da arbitrariedade como forma de conter as oposições; por onze vezes foi decretado estado de sítio, diversas vezes eram decretadas intervenções federais, tudo sob a aceitação passiva de um Judiciário que apenas formalmente poderia conter os abusos do Executivo. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 113).

Esse período constitucional também ignorou as profundas questões sociais derivadas da escravidão instituindo um liberalismo tardio de matiz conservadora e puramente econômica. A República não trouxe qualquer mudança substancial na situação dos libertos. Caída a monarquia um ano depois da Abolição; o grande latifúndio, a ausência de ensino público abrangente e a ausência de trabalho implicaram no quase total abandono dos ex-escravos, de modo que ao lado da pobreza, os libertos e seus descendentes tiveram de enfrentar estigmas consagrados em leis e instituições que os transformavam em subcidadãos, sem qualquer direito de participação na vida nacional. (DEL PRIORE; VENÂNCIO, 2001, p. 269)

A República Velha, segundo Alencar, Ramalho e Ribeiro (1985, p. 227) funcionou sob comando paulista e mineiro em seus primeiros 30 anos de forma incólume, por meio de um sistema de dominação baseado no mandonismo dos coronéis, na política dos governadores e no emprego da força do Estado quando era necessário.

### **3.3 O constitucionalismo social**

O país da República Velha foi rapidamente mudando pelo crescimento cada vez maior da urbanização, pela industrialização retardatária realizada de 1880-1930 e que foi originada da importação de máquinas modernas custeadas pelos fazendeiros tradicionais, sobretudo em São Paulo. (DEL PRIORE; VENÂNCIO, 2001, p. 293)

Concomitantemente, formaram-se sindicatos, associações mutualistas, jornais e partidos ligados ao socialismo, anarquismo e à causa operária, sobretudo após a imigração de europeus.

No começo do século XX, as maiores cidades brasileiras, sobretudo Rio

de Janeiro e São Paulo, já apresentavam uma parcela significativa de operários, em empresas de serviços urbanos (cocheiros, ferroviários, estivadores, condutores de bondes, etc.), bem como nas indústrias de tecidos, sendo grande parte desses operários de origem estrangeira, a maioria italianos. Além disso, ampliavam-se os setores médios urbanos, aumentando o número de pequenos comerciantes, funcionários públicos e profissionais liberais. (LOPEZ; MOTA 2012, p.596)

O Brasil já não era um país exclusivamente agrícola. É nesse contexto que se irá formar o Constitucionalismo social brasileiro.

Para Baracho (1986, p. 46), as Constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial não se satisfazem em apenas organizar politicamente o Estado, mas objetivam promover uma nova estrutura demandada pela sociedade. O individualismo das liberdades públicas e direitos consagrados na declaração francesa de 1789, cuja marca é o absentismo estatal, é limitado por essas demandas sociais, pelo interesse da coletividade, nos termos do artigo 151 da Constituição de Weimar que prescreve no sentido de que a vida econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça, objetivando garantir a todos uma existência digna. (BARACHO, 1986, p. 46).

Na esteira do conflito político e social maximizado pela revolução russa no início do Século XX, o Estado passou a assumir um papel transformador, superando o formalismo da ordem liberal para assumir em seu interior a conflituosidade como característica essencial da sociedade, quer em uma perspectiva reformadora do capitalismo em Keynes, quer no âmbito da social-democracia alemã em Weimar:

Neste contexto de ebulição social, a manifestação do poder constituinte não vai poder ser bloqueada e o resultado será uma alteração profunda nas estruturas constitucionais e estatais. As constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdo políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática. Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdo concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista, como em Weimar. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais. O conflito é incorporado aos textos constitucionais, que não representam mais apenas as concepções de classe dominante: pelo contrário, tornam-se um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica. (BERCOVICI, 2008, p.294-295)

No Brasil, o constitucionalismo social ocorreu por meio de um lento processo de superação do formalismo jurídico que concebia um Estado liberal

completamente divorciado da realidade social do país, um processo que ainda não foi encerrado, ao qual, a Constituição Federal de 88 ainda é pertencente:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho. (BONAVIDES, 2003, p. 368)

Esse processo foi interrompido pelos regimes de exceção de 1937, 1967 e 1969, só retomando sua marcha com o advento da Constituição de 1988.

Para Bonavides (2003, p. 367), nesse terceiro e longo período constitucional, apenas as Constituições de 34, 46 e 88 representam a manifestação de um regime normal de governo, onde se respeitou o regime representativo e o Estado de direito.

Portanto, o início do processo de implementação do Constitucionalismo social no Brasil ocorreu por meio da revolução de 30, responsável pela superação da República Velha, a partir da insatisfação de diversos setores que foram progressivamente tornando-se insatisfeitos com o regime, onde a causa mais profunda residia na estrutura atrasada da economia, o surgimento de uma classe média urbana, bem como a crise mundial de 1929 (SILVA, 2011, p. 21). Contudo, foi uma dissidência interna entre as oligarquias que deu início ao processo.

O presidente Washington Luís, contrariando o que era esperado para as eleições de 1930, não indicou um mineiro para sucedê-lo, mas, sim, seu conterrâneo Júlio Prestes. Os grupos dominantes de Minas Gerais reagiram e se aliaram com grupos políticos fortes do Rio Grande do Sul e da Paraíba, na chamada “Aliança Liberal”, em torno da candidatura do gaúcho Getúlio Vargas. As eleições acabaram sendo fraudadas em favor do candidato governista, bem como os deputados federais de oposição eleitos não tiveram seus mandatos reconhecidos pelo Congresso. Por fim, o candidato à vice-presidente na chapa aliancista foi assassinado por motivos políticos. Apoiados em setores dissidentes do Exército, as oligarquias derrotadas conseguiram depor o presidente. Assim foi feita a Revolução de 30. (DEL PRIORE; VENÂNCIO, 2001, p. 309-310)

O operariado formado já no final do séc. XIX pela industrialização ocorrida em São Paulo e no Rio de Janeiro, as classes médias formadas por profissionais liberais, funcionários públicos e pequenos comerciantes, os oficiais jovens das Forças Armadas, bem como, ao final, oligarquias dissidentes dos Estados que se encontravam fora do sudeste, formaram o conjunto de forças cujas reivindicações se dirigiam em prol de reformas modernizantes (FAORO, 2001, p. 825-826):

O ano de 1930 foi um divisor de águas na história do país. A partir desta data, houve aceleração das mudanças sociais e políticas, a história começou andar mais rápido. No campo que aqui nos interessa, a mudança mais espetacular verificou-se no avanço dos direitos sociais. Uma das primeiras medidas do governo revolucionário foi criar um Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. A seguir, veio vasta legislação trabalhista e previdenciária, completada em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho. A partir desse forte impulso, a legislação social não parou de ampliar seu alcance, apesar dos grandes problemas financeiros e gerenciais que até hoje afligem sua implementação. (CARVALHO, 2006, p. 87)

Nesse primeiro momento, a alternativa para o enfretamento do déficit representativo do liberalismo clássico da República Velha foi o corporativismo, onde a vontade coletiva não é mais formada pela soma das vontades particulares dos indivíduos através do voto, mas pelo somatório das vontades de pessoas que pertencem à mesma corporação, em geral um sindicato. (LOPEZ; MOTA, 2012, p. 522)

Desse modo, as agitações e reivindicações sociais passaram a ser tuteladas por meio de um modelo autoritário, corporativista, de modo que o elitismo da República Velha foi substituído por uma elite intelectual de técnicos, políticos e militares capazes de verificar quais seriam os “legítimos” interesses nacionais. As classes populares passariam a ser reconhecidas, mas o Estado não abriria mão de seu controle elas. (ALENCAR; RAMALHO; RIBEIRO, 1985, p. 251)

A promulgação da Constituição de 1934, após o período de governo provisório (1930-1934), representou a inauguração do novo período constitucional de nossa história, fase marcada por crises, golpes de Estado, impedimentos, suicídios de presidentes e sucessões de constituições, sendo que a Constituição Federal de 1988 é sua última manifestação formal. (BONAVIDES, 2003, p. 366)

Inaugurou-se o constitucionalismo social no Brasil inspirado, sobretudo na Constituição de Weimar:

A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto das constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como “caso de polícia”, como se dizia na República Velha. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 117)

Contudo, a Constituição de 1934, mesmo com seu perfil democrático e social, não conseguiu afastar a grande polarização da política brasileira, onde a esquerda mais radical representada pela Aliança Nacional Libertadora - ANL e pelo Partido Comunista Brasileiro – PCB ganhavam força, sem prejuízo do fortalecimento da direita radical representada pelo Integralismo de inspiração fascista. (VILLA, 2011, p. 57)

Entre 1930 e 1937, o Brasil viveu uma fase de grande agitação política. Anteriormente, só a regência, um século antes, e os anos iniciais da República tinham vivido situação parecida. Mas o período de 30 superou os anteriores pela amplitude e pelo grau de organização dos movimentos políticos. Quanto à amplitude, a mobilização atingiu vários estados da federação, além da capital da República; envolveu vários grupos sociais: operários, classe média, militares, oligarquias, industriais. Quanto à organização, multiplicaram-se os sindicatos e outras associações de classe; surgiram vários partidos políticos; e pela primeira vez foram criados movimentos políticos de âmbito nacional. (CARVALHO, 2006, p. 98)

A partir dessa radicalização em ambos os lados do espectro político, Vargas ganhou apoio para realizar expurgos e perseguições, quer na direita, quer na esquerda, que culminaram com o golpe de 1937, o qual instalou um regime<sup>5</sup> sob uma Constituição outorgada, de cunho autoritário e de inspiração na constituição polonesa de Pilsudsky, que sequer foi respeitada, tendo sido emendada por 21 leis constitucionais editadas de acordo com as conveniências governamentais, além do que não foi submetida ao referendo popular, conforme previa o seu Art. 187, tendo ocorrido, na prática, uma ditadura pela concentração dos Poderes Legislativo e Executivo nas mãos do presidente da República e pela eliminação do Federalismo. (SILVA, 2011, p. 71)

Segundo Skidmore (1982), o período da ditadura Vargas é superado pelo término da Segunda Guerra Mundial e pela derrota do Fascismo na Europa, fatores

---

<sup>5</sup> O chamado Estado Novo ou Estado Nacional.

que provocaram um ambiente propício para retomada da Democracia, o que acabou ocorrendo por um movimento, sobretudo entre os militares, pela saída de Vargas do poder e pela convocação de uma nova Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1946:

A Constituição de 1946 vigorou formalmente por mais de 20 anos, sendo derogada em janeiro de 1967 por nova Carta. Houve, sob sua égide, momentos de democracia e estabilidade institucional, e outros, extremamente conturbados, em que a Constituição teve pouca importância. O primeiro momento se estende até setembro de 1961, quando, no contexto de séria crise política, foi aprovada a Emenda nº 4, que instituiu o parlamentarismo. O segundo momento vai de 1961 até o golpe militar de 1964, e passa pela volta ao presidencialismo, com a edição da Emenda nº 6, em janeiro de 1963. E o terceiro momento corresponde ao período em que a Constituição conviveu com o arbítrio militar, estendendo-se de abril de 1964 até sua revogação, em janeiro de 1967. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 135)

De acordo com Villa (2011, p. 80), a Constituição de 1946 possuía 218 artigos, tendo sido, até aquela altura, a Constituição mais extensa e democrática no período republicano. Nesta Carta houve grande atenção em relação ao Poder Legislativo, tendo o Congresso Nacional sido dividido em 2 casas; houve alteração na representação proporcional na Câmara dos Deputados. Fixou-se o número mínimo de sete deputados por estado, o que repercutiu no futuro da representação popular. Aumentou-se o número de senadores por Estado para três e foi criado o suplente de senador. Recriou-se o cargo de vice-presidente, que exerceria a função de presidente do Senado onde tinha voto de qualidade.

Para Bonavides (2000, p. 174), a Constituição de 1946 foi uma solução de compromisso entre as forças conservadoras da República Velha com as forças restantes do radicalismo liberal de 30, sobretudo em face do poder ainda presente dos herdeiros do Estado Novo. Assim, a Constituição de 1946, após o arrefecimento das questões ideológicas do período anterior, acabou por refletir um certo equilíbrio capaz de manter adormecida a crise constituinte pela manutenção de um Estado social de cunho meramente programático.

Ocorre que o advento da guerra fria após a Segunda Guerra Mundial e a oposição entre Capitalismo e Comunismo acentuaram as profundas divisões internas em torno do modelo de desenvolvimento nacional, onde um grupo, dito nacionalista, valorizava a ação do Estado como provedor da industrialização, enquanto outro grupo, dito antinacionalista, defendia o desenvolvimento a partir da associação da iniciativa privada nacional com o capital internacional. (DEL PRIORE;

VENÂNCIO, 2001, p. 347)

A vinculação dessa acirrada discussão econômica com uma ferrenha luta ideológica entre a esquerda e direita no contexto brasileiro, aliada ao histórico problema social, gerou uma grave crise política no governo de João Goulart e produziu o Golpe Militar de 1964 (SILVA, 2011, p. 76), cujo regime de exceção foi encerrado com a Constituição da República de 1988.

Segundo Silva (2011, p. 76-77), diversos conflitos constitucionais ocorridos sob o domínio da Constituição de 1946 encontraram um laboratório na Escola Superior de Guerra, onde foi formulado, sob influência norte-americana, o Golpe de 1964 e seu regime constitucional, o princípio da segurança nacional, que se tornou o norte do regime e se caracterizou pela guerra total à ameaça comunista sobre o chamado “mundo livre”. Tal arcabouço ideológico serviu de fundamento para que as elites civis e militares realizassem o Golpe de 1964, por meio de Ato Institucional em 09.04.1964, que manteve formalmente a ordem constitucional, mas efetuou vários expurgos por meio da cassação de mandados parlamentares e inúmeras suspensões dos direitos políticos.

Os militares, pela primeira vez na História, ocuparam o poder diretamente, mas nunca formaram um grupo monolítico, mas se dividiram entre castelistas, a linha-dura, e nacionalistas. A força de cada um dos grupos variou nesse período, além do que os militares não governavam sozinhos e partilhavam o poder com civis, sendo o regime marcado pelo autoritarismo, onde o poder de mando esteve concentrado na cúpula militar, nos órgãos de informação e repressão e na burocracia técnica do Estado. (FAUSTO, 1995, p. 512-513)

A duração do regime militar não pode jamais ser subestimada. O período de exceção e arbítrio foi longo e representou um hiato democrático e social. Contudo, e sem reduzir a nocividade do período, não podemos olvidar que, após a queda da República Velha, as crises institucionais foram mais comuns que excepcionais na história brasileira. Apesar disso, o período pós-67 representa um intervalo sem precedentes em nossa história, no que diz respeito à duração da intervenção militar na política do país:

O golpe político-militar de 31 de março de 1964 deu início ao mais longo período de governo ditatorial da história do Brasil. Ou, melhor dizendo, explicitamente ditatorial. Ainda uma vez, a contrarrevolução preventiva – recurso costumeiramente aplicado pelas classes e estamentos dominantes ao longo da nossa vida político-social – alterava os rumos do processo



histórico.

“Segurança e Desenvolvimento” foi o lema do regime; instaurado em 1964, duraria mais de vinte anos. Embora não inscritas na bandeira nacional, tais palavras agora se sobrepunham ao lema da República, de 1889, “Ordem e Progresso”, incorporado à bandeira por pressão dos militares positivistas. O golpe de 1964 mantinha o velho modelo de exclusão política e social, gestado desde a época da fundação do regime republicano. Agora, a ruptura institucional – deflagrada por militares (entre eles, alguns ex-integralistas e ex-tenentes) com apoio de setores sociais conservadores -, pretendia manter afastada das decisões políticas a maioria da população, que, desde a morte de Vargas, vinha se politizando. (LOPEZ; MOTA, 2012, p. 797)

Contudo, é importante frisar que o golpe não foi exclusivamente militar, mas também civil, tendo contado com a adesão de amplos setores civis como latifundiários do Nordeste e do Sudeste, o empresariado industrial, magnatas do capital financeiro e setores das classes médias asfixiadas pela inflação. (LOPEZ; MOTA, 2012, 799)

Além disso, segundo Del Priore e Venâncio (2001), havia um modelo de desenvolvimento elaborado na Escola Superior de Guerra e no Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais, isto é, já havia um projeto, encampado sobretudo pela “linha dura”, para que os “revolucionários” definissem e liderassem os rumos do país, o qual ganhou força a partir dos expurgos realizados após 31 de março de 64 sobre milhares de oficiais, soldados e deputados, de modo que a intenção inicial de uma intervenção militar “defensiva” acabou por perder espaço para a visão que alimentava um projeto político duradouro, pensamento inclusive compartilhado pela maioria do empresariado nacional.

Para efetivação do referido projeto, procedeu-se a repressão ao movimento sindical e à oposição política, sobretudo depois da derrota política que a “revolução” sofreu nas urnas em 1965, onde candidatos oposicionistas venceram em estados e cidades importantes como Guanabara, Minas Gerais e na capital paulista. Reagiu-se, assim, por meio da imposição dos Atos Institucionais nº 2 e nº 3 que extinguíam os partidos existentes e as eleições diretas para presidente, governador e prefeitos das capitais.

Em seguida, na linha de uma autodenominada visão “revolucionária”, procurou-se a institucionalização dos ideais e princípios da “Revolução” sem a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, uma vez que àquela altura o regime já havia se tornado impopular, razão pela qual expediu-se o Ato Institucional 4, de 07.12.1966 que convocou o próprio Congresso Nacional para discutir e votar o

projeto da Constituição já elaborado pelo Poder Executivo, o qual foi aprovado em 24.1.1966 e se caracterizou pela consagração da doutrina da segurança nacional, pelo fortalecimento da União e do Presidente, pela reformulação do Sistema Financeiro Nacional e da discriminação das rendas tributárias entre os entes federados, além do que reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. (SILVA, 2011)

Todavia, a ala mais “ilustrada” dos militares, formada por oficiais como Golbery, Bizarria Mamede, Silva Muricy, Castelo Branco e Geisel, não conseguiu fazer o sucessor de Castelo Branco, de modo que, em março de 1967, assumiu a presidência o general Costa e Silva, que, diante de manifestações de rua reunindo milhares de pessoas contra o regime, promulgou o Ato Institucional n° 5, de 13 de dezembro de 1968, no que seria um golpe dentro do golpe, com a vitória da direita e dos setores mais radicais das Forças Armadas, que prevaleceram no poder até 1974, quando negociações complexas entre as referidas tendências permitiram a ocupação da presidência pelo general Ernesto Geisel, o qual, já em seu discurso de posse, propunha uma abertura “lenta, gradual e segura” do regime, cuja implementação foi permanentemente contestada pelas forças da extrema direita. (LOPEZ; MOTA, 2012, p. 801-802)

Segundo Carvalho (2006), o período de 21 anos de governo militar apresentou uma repetição da tática do Estado Novo quanto à ampliação dos direitos sociais acompanhada pela restrição dos direitos políticos, onde a falta de liberdade política era compensada pelo paternalismo social. Contudo, a eficácia dessa tática foi menor no regime militar quer pelo fato de que a mobilização política que antecedeu o golpe foi maior que a precedeu em 1930, quer pelo fato de que ambiente internacional não era favorável ao arbítrio, em comparação com a década de 30, de maneira que o apoio aos governos militares foi passageiro e não continuou após o término do “milagre econômico”, sendo que, por volta de 1975, o crédito do regime se esgotou rapidamente.

A superação desse regime de exceção se deu por uma abertura lenta e paulatina, sobretudo após a chegada da linha militar moderada ao poder com Geisel, cuja aceleração se deu no final da década de 70 pelo clamor popular estimulado por diversas instituições da sociedade civil como OAB, ABI, SBPC, CNBB e parte da imprensa, que teve a mobilização derrotada na campanha diretas-já, mas possibilitou a eleição indireta de civis para presidência, processo de abertura que

culminou com a Constituição de 1988. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013)

A Constituição da República de 1988 sofreu críticas por ter sido uma constituinte congressual. De acordo com Bonavides (2003, p. 386), as constituintes de 1967 e 1987-1988, por terem sido Constituintes congressuais, apresentaram, em face da teoria constitucional, graves vícios que tornaram contraditória ou criticável sua legitimidade, na medida em que o Congresso Nacional não pôde ser considerado um poder constituinte, mas constituído, de modo que apenas tem competência para reformar a Constituição, não dispondo da capacidade de criar uma nova ordem constitucional.

Todavia, a Carta de 1988 acabou sendo gestada em contexto de ampla mobilização nacional em tempos, segundo Alves (apud BARBOSA, 2012, p. 183):

A própria força popular do movimento pelas eleições diretas que, em cada estado do Brasil, conseguiu realizar as maiores manifestações públicas da história de cada local, tende a transformar as relações políticas, colocando em xeque não somente o processo sucessório do presidente Figueiredo como também as estruturas do Estado de Segurança Nacional, fundado com o golpe militar de 1964. Pois a popularidade demonstrada nas praças públicas do país pelas eleições diretas revelou uma imensa vontade de ruptura com os mecanismos de transferência de poder e de controle social nos quais se baseava o próprio Estado de Segurança Nacional.

Efetivamente, o fato da Assembleia Constituinte ter surgido por meio da Emenda Constitucional n° 26, de 27 de novembro de 1985, não afasta sua legitimidade, posto que, como ensina Baracho (1982, p. 45), o poder constituinte “não se acha limitado em seus alcances e modo de exercício, por regra preexistente de direito positivo”, uma vez que houve efetivamente, uma manifestação da soberania popular, que foi fundamental para aprovação de uma Lei Fundamental comprometida com os direitos humanos, com a eliminação das injustiças históricas e com a estruturação democrática do país (LOPEZ; MOTA; 2012, p. 907-908).

Além disso, a Constituição de 1988 possui um caráter compromissório, já que, para além das categorias estanques da política tradicional, não aceitou o predomínio de uma filosofia, corrente política, classe ou ideologia, mas abriu espaço para diversidade e heterogeneidade, sendo profundamente pluralista:

Por outro lado, a Constituição de 1988 qualifica-se como *compromissória*, já que seu texto não representa a cristalização de uma ideologia política pura e ortodoxa, resultando antes do compromisso possível entre diversas forças políticas e grupos de interesse que se fizeram representar na Assembleia Constituinte. O pluralismo social existente na sociedade brasileira transplantou-se para o seio da sua Constituição, que abriga preceitos

inspirados em visões de mundo nem sempre convergentes. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 171)

No que diz respeito à sua identidade, precisas são as lições de Santana (2007, p. 9):

Nossa Constituição é concebida sobre os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. São princípios, compreendidos dentro de sua dimensão substancial, como verdades, valores, ideais, convencimentos eleitos como viga de uma estrutura. Sem ela (a estrutura) desaba o edifício constitucional.

Desse modo, seu caráter dirigente e analítico visa promover os direitos sociais, econômicos e culturais tendo em vista a síndrome de inefetividade das constituições sociais anteriores:

A alegação de que ela é demasiado longa e minuciosa esconde, na realidade, a resistência dos que não querem perder privilégios tradicionais e dos que desejam eliminar da Constituição os direitos econômicos, sociais e culturais, pois tais direitos exigem do Estado um papel positivo, de planejador e realizador, deixando para trás o Estado-Polícia, mero garantidor de privilégios, antes protegidos como direitos. Quanto à minúcias, elas eram e são necessárias para impedir que sob pretexto da necessidade de esperar por leis regulamentadoras, muitos direitos fiquem apenas na declaração formal, sem efetividade. (DALLARI apud LOPEZ; MOTA, p. 912, 2012)

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 teve notável preocupação com efetividade dos direitos sociais, tendo criado diversas ações constitucionais (mandado de injunção, mandado de segurança coletiva, arguição de descumprimento fundamental, por exemplo), bem como fortaleceu o Ministério Público, dotando-o de uma autonomia sem precedentes e atribuindo-lhe um papel de fiscal geral na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, o Poder Judiciário foi colocado como instituição central na efetivação dos direitos e na guarda da constituição, sendo municiado também com ampla independência e diversas garantias para tal mister.

A Constituição de 1988 foi a mais democrática e aberta de nossas constituições, mas não tem escapado dos problemas estruturais históricos que têm marcado a sociedade brasileira, a qual fundada na desigualdade da escravatura, têm tido sérias dificuldades para superação do profundo abismo social existente em nosso país.

A história do constitucionalismo social no Brasil é a manifestação, na órbita jurídico-política, dos anseios e das necessidades elementares para a instituição de uma cidadania efetiva para grande parcela da população, historicamente alijada do processo decisório.

Para Bonavides (2003), a história das constituições brasileiras reflete a história das crises constituintes, na medida em que é possível observar a existência de dois poderes constitucionais paralelos, pela contradição histórica entre a esfera formal e a esfera material de poder, onde o primeiro tem sido o mais sacrificado na perpetuação da crise constituinte que perpassa a história brasileira. A crise constituinte indica a inferioridade ou insuficiência de soberania de nossas constituintes, onde, ao contrário dos Estados Unidos, nossas instituições não nasceram livres pela verdadeira vontade do poder de fato se submeter ao poder de direito, bem como de verdadeiramente incorporar valores fundamentais do constitucionalismo.

A crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto. (BONAVIDES, 2003, p. 384)

Efetivamente, a História brasileira sempre tem sido marcada por quarteladas, impasses institucionais, convulsões políticas e mudanças de constituições que demonstram a perene crise constituinte de nossa sociedade, tendo em vista a incapacidade para a formação de um compromisso real em torno das questões fundamentais do país. Tal compromisso, assumido com sinceridade e vivenciado por todos setores de nossa sociedade, é a condição para a evolução, sem maiores traumas, da cidadania, da democracia e da justiça social:

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das “Constituições nominalistas” dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do status quo social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. (NEVES, 1996, p. 324)

A Constituição em vigor é a síntese de um processo dialético de forças progressistas e retrógradas, onde as forças da mudança obtiveram êxito na inclusão de avanços da mais alta relevância no plano da ordem social e dos direitos fundamentais, além de disposições de relevo na defesa da economia nacional, mas não conseguiram concluir a reforma do Estado, tendo permanecido a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizam a contrarreforma. (SILVA, 2011, p. 522).

A Constituição de 1988 avançou no plano dos direitos fundamentais, de modo que a dignidade da pessoa humana se impôs em diversas áreas, ainda que em ritmo mais lento que o esperado, tendo os direitos individuais, as liberdades públicas, além de direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência, se incorporado à paisagem política e jurídica do país. Contudo, os direitos sociais têm seguido uma trajetória mais complicada, apesar dos avanços na universalização do ensino e na maior proteção aos direitos difusos e coletivos. (BARROSO, 2012, p. 27)

A Carta de 1988 também garantiu um maior equilíbrio entre os poderes, tendo fortalecido a autonomia e independência do Judiciário e ampliado as competências do Poder Legislativo, ainda que tenha mantido a capacidade legislativa do Executivo por meio das medidas provisórias. (BARROSO, 2012, p. 27)

Para Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 182), os elementos negativos da Constituição de 1988 têm residido na sua incapacidade para efetivar o discurso constitucional republicano, ainda refutado por práticas arcaicas como patrimonialismo e a confusão entre o público e o privado. O acesso e a proteção aos direitos fundamentais estão longe da realidade das classes subalternas, bem como a desigualdade permanece como uma ferida que acentua a assimetria de poder político, econômico e social, além do que há um déficit de representatividade do Poder Legislativo que é visto com desconfiança pela população.

Além disso, o texto excessivamente detalhista com matérias, que poderiam ser deixadas para legislação ordinária, acabou por dificultar o exercício político das maiorias, o que ensejou forçar os diferentes governos a formar maiorias qualificadas para poder implementar seus programas, de maneira que a política ordinária é feita através de emendas constitucionais, com todas dificuldades daí decorrentes. (BARROSO, 2012, p. 29).

Por outro lado, apesar das grandes mudanças, nossa sociedade ainda é

marcada pela desigualdade. Apesar de estar entre as maiores economias do mundo, o Brasil também se encontra entre os mais desiguais. A desigualdade incide sobretudo sobre os grupos de população mais excluídos ao longo da história, quais sejam: os negros, trabalhadores do campo, mulheres e nordestinos, de modo que o grande teste da democracia brasileira reside na redução da desigualdade que divide e da violência que aterroriza<sup>6</sup>. (CARVALHO, 2004)

Apesar de tudo, o saldo da Constituição de 88 tem sido positivo, conforme retratam Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 182), a seguir:

Desde que a Constituição de 88 foi editada, o Brasil tem vivido um período de normalidade institucional, sem golpes ou quarteladas. As crises política que surgiram neste intervalo têm sido resolvidas com base nos instrumentos previstos pela própria Constituição. As instituições constitucionais têm funcionado regularmente – algumas melhores que outras, como é natural. As forças políticas importantes parecem aceitar as regras do jogo constitucional e não há atores relevantes que altem o projeto de subverter as regras em benefício de seus projetos particulares. Há eleições livres e regulares no país, um Poder Judiciário que funciona com independência e um razoável respeito às liberdades públicas. Aumentou, na sociedade, a consciência sobre os direitos e os movimentos reivindicatórios incorporaram a gramática constitucional à sua estratégia de luta. A Constituição passou a ser encarada como uma autêntica norma jurídica, e não mera enunciação de princípios retóricos, e tem sido cada vez mais frequentemente invocada na Justiça, inclusive contra os atos ou omissões inconstitucionais dos poderes majoritários. Uma análise histórica desapassionada concluiria que, se ainda estamos longe de atingir o ideário do Estado Democrático de Direito, a distância hoje é menor do que foi em qualquer outro momento da trajetória institucional do país.

Certo é que a Constituição de 1988 representa uma história que ultrapassa os limites da assembleia constituinte que a formulou, mas se projeta no passado de afirmação do constitucionalismo em terras brasileiras, na luta em face do arbítrio e da exclusão que infelizmente mancham nossa história.

Desse modo, a prática constitucional exsurge como condição necessária para o aprendizado de um povo, à medida que costumes se eternizam, que a estabilidade constitucional vai solidificando as instituições políticas, sociais e culturais de modo a se criar um verdadeiro sentimento constitucional<sup>7</sup> em nossa

---

<sup>6</sup> Some-se, ainda, o contingente indígena.

<sup>7</sup> A ideia de sentimento jurídico é concebida por Verdú (2004, p.69) como “[...] a convicção emocional, intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento jurídico vigente que motiva a adesão em relação a este e o rechaço ante sua transgressão” (2004, p. 69). Todavia, o sentimento constitucional é mais intenso, uma vez que “[...] é a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e igualdade, bem como o pluralismo jurídico” (VERDÚ, 2004, p. 70)

sociedade capaz de concretizar a Constituição:

Cuida-se de um processo de construção que não se confunde com a interpretação (embora com ela não seja incompatível) do texto normativo simplesmente, mas que busca oferecer como resultado a construção de uma norma que dá significado ao texto constitucional.

Nessa perspectiva, a concretização dá voz à linguagem, construindo o que se pode denominar de Constituição viva, figuração que possibilita idealizar uma norma efetivamente ajustada aos reclamos concretos de uma dada sociedade.

A Constituição estática, aquela que é produto do processo legislativo constituinte, necessita de substância que lhe dê utilidade concreta, portanto pragmática apta a ter eficácia e tornar-se dinâmica, bastante para dirimir os conflitos que buscam seu adorno.

É desse processo de concretização, dessa construção racional que se instiga o homem a ideia de sentimento constitucional de que falam com autoridade, Karl Loewenstein e Pablo Lucas Verdú, de que já se tratou sob enfoque jurídico com enfoque literário, como estágio necessário para a formulação da ideia de compromisso com a Constituição. (SANTANA, 2010, p 77)

A percepção desse sentimento no Brasil depende de condições que permitam a coincidência entre a constituição material e formal, as quais, estão relacionadas com a experiência democrática e com a efetiva assunção, pelos fatores reais de poder, dos valores do constitucionalismo

### **3.4 O poder judiciário brasileiro e o controle de constitucionalidade**

Após uma breve descrição da história constitucional brasileira, cujo maior objetivo foi contextualizar as contingências por meio das quais se desenvolveu o Constitucionalismo e a Democracia em nosso país, passaremos a uma abordagem mais específica sobre a estruturação do controle de constitucionalidade e do Poder Judiciário no Brasil. Já introduzidos nas vicissitudes históricas do constitucionalismo brasileiro, conseguiremos compreender melhor a construção do modelo de Poder Judiciário e de fiscalização de constitucionalidade existente.

O modelo brasileiro de fiscalização judicial de constitucionalidade é inaugurado com a queda da monarquia e instauração da república, tendo sido gestado a partir de influências notadamente norte-americanas (BARROSO, 2012, p. 85). O Supremo Tribunal Federal é criado como órgão semelhante à Corte Suprema americana, mas também se baseou na Corte sucedida, o Supremo Tribunal de Justiça. (BALEEIRO, 1968, p. 21)

Ocorre que o exercício dessa fiscalização não se deu de forma



automática, tendo os juízes se mantido reservados sob o dogma da separação de poderes, de maneira que o efetivo desenvolvimento da interpretação constitucional no início da primeira república deve ser atribuído aos trabalhos de juristas como Ruy Barbosa, o qual exerceu relevante influência na afirmação do poder judicial, quer por meio de artigos, quer por meio arrazoados em peças apresentadas perante o STF, no âmbito do que ficou conhecida como a doutrina brasileira do Habeas Corpus. (BALEEIRO, 1968, p. 58-60)

Para se ter ideia do grau de influência da experiência norte-americana, é importante destacar o seguinte trecho de peça apresentada pelo renomado jurista em processo judicial junto ao STF:

Nesta excursão pelas novidades de um re-gimen inteiramente sem passado entre nós, atravez dos artificios, com que as conveniencias e os infortunios de uma época anormal lhe vão sola pando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedencias, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha deite, e apropria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos organicos da justiça federal, que "os estatutos dos povos cultos, especialmente osque regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equily* serão subsidiarios da jurisprudencia e, processo federal." (BARBOSA, 1893, p. 15-16)

O trecho acima traz importantes percepções sobre o início da experiência brasileira no âmbito do controle de constitucionalidade. A primeira diz respeito ao caráter iminentemente inaugural dessa experiência, isto é, a inauguração de regime sem passado, constatação que se reforça mais adiante pela afirmação, aliás legalmente prevista, da vinculação subsidiária à *common law*, conforme Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 387, o qual foi inclusive editado anteriormente ao advento da constituição de 1891.

Além disso, não se pode olvidar a relevante influência, dentro do STF, realizada por meio de votos do Ministro Pedro Lessa, no sentido de consolidar o controle de constitucionalidade no Brasil, completando e reforçando a doutrina brasileira do Habeas Corpus para além de sua origem inglesa como instrumento de proteção das liberdades públicas<sup>8</sup>.

Assim, teve-se inicialmente um modelo de controle *a posteriori* e difuso da constitucionalidade dos atos e leis do poder público, que foi paulatinamente se

---

<sup>8</sup> Maiores detalhes podem ser obtidos em Nogueira (1968), o qual descreve a influência de Pedro Lessa na evolução constitucional do Brasil.

afirmando no âmbito das crises do início da República, passando pelo militarismo de Floriano Peixoto, da consolidação do poder civil em Prudente de Morais (1894-1898) e da maior estabilidade nos períodos presidenciais de Campos Sales e Rodrigues Alves. Merece destaque, ainda, a aposentadoria dos Ministros oriundos do monárquico Supremo Tribunal de Justiça e a renovação do STF republicano como fator propulsor da assunção efetiva do poder de revisão judicial das leis (BALEEIRO, 1968, p. 58-59).

Esse tipo de controle foi-se consolidando sob a égide da Constituição de 1891, tendo, a partir do advento da Constituição de 1934, se iniciado o processo de concentração da fiscalização judicial da constitucionalidade, por meio da previsão de provocação, realizada pelo Procurador-Geral da República, para que o STF analisasse a constitucionalidade de lei federal que decretasse intervenção federal, conforme Art. 12, §2º da Carta de 34.

A Constituição Federal de 1934 (...) trouxe três inovações importantes que se incorporam em definitivo ao direito brasileiro: (a) criou, no seu art. 12, §2º, um modo de exercício direto de controle de constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção em Estado por inobservância dos princípios constitucionais especificados nas letras “a” a “h” do art. 7º, I; (b) estabeleceu, em seu art. 179, que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; (c) a terceira inovação da importante consequência prática vinha no art. 91, IV, que atribuía ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Três inovações que, com pequena variação, se incorporação definitivamente no direito brasileiro. (SILVA, 2011, p. 127)

A Constituição de 1937, em seu artigo 96, parágrafo único, estabeleceu a possibilidade reexame, pelo Congresso, da lei declarada inconstitucional, após provocação pelo Presidente da República, caso este julgasse a lei “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, de maneira que a decisão judicial poderia ser afastada pela maioria de 2/3 dos votos de cada uma das Casas. (CAVALCANTI, 1966, p. 62)

Posteriormente, a Constituição de 1946 retomou os termos da Carta de 1934, prevendo, ainda em caráter germinal, a ação interventiva. (TOMAZETTE, 2010, p. 124). A referida ação permitia que o Procurador-Geral da República poderia submeter ao exame do Supremo um ato que ferisse princípios sensíveis da república e da federação, como causa da intervenção federal.

Tal previsão foi reforçada por meio da Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, a qual inaugurou na ordem jurídica nacional a chamada ação direta de inconstitucionalidade, ainda que o âmbito de incidência de tal ação fosse limitado tão-somente aos atos vinculados à hipótese de intervenção federal.

Talvez na vigência da Constituição de 1946 tenham ocorrido as mais expressivas modificações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. No tocante ao controle difuso, retomou-se a tradição de 1934. Já no tocante a representação interventiva, em 1946, há um aperfeiçoamento daquela de 1934, configurando-se aqui o germe da ação direta. Todavia, a inovação mais importante decorreu da EC 16/1965, que introduziu no Brasil o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, como um processo objetivo, sem partes, tendo a decisão do Supremo nesses casos eficácia *erga omnes* de imediato independente de intervenção do Senado Federal. Portanto, no regime de 1946, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade se consagrou sob esse tríplice aspecto. (TOMAZETTE, 2010, p. 124)

Todavia, apenas com a Emenda Constitucional 16/65, que alterou o Art. 101, I, k da Carta de 46, já sob regime militar, podemos falar na adoção de um real controle de constitucionalidade abstrato no direito brasileiro, ocasião em que se tornou possível o ajuizamento, exclusivamente por parte do Procurador-Geral da República, de ação genérica em face de lei federal. (BARROSO, 2012, p. 86)

Posteriormente, as modificações constitucionais de destaque residiram na Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, à Constituição de 1969, onde restou reconhecida a possibilidade de liminar em representação de inconstitucionalidade, bem como a representação para interpretação de ato normativo federal e estadual. (BARROSO, 2012, p. 87)

Com a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988, houve expressiva ampliação da competência do Poder Judiciário na fiscalização da constituição das leis e atos do poder público, mantendo-se o controle difuso e controle concentrado, bem como, ao mesmo tempo, atribuindo-se o papel ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, conforme prevê o art. 102 da constituição vigente.

O rol de legitimados para provocação do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, foi radicalmente estendido sem paralelo mundo afora, de maneira que além da descentralização típica do controle difuso, também tornou-se altamente acessível na via abstrata, de maneira que são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do Art. 103 da C.F.: o Presidente da

República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (ARANTES, 2004, p. 93)

A omissão inconstitucional teve, na ação direta (Art.103, §2º) e no mandado de injunção, importantes instrumentos de controle. Previu-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento alternativo capaz de veicular impugnações de atos estatais concretos e até não estatais (TAVARES, 2001, p.235). O recurso extraordinário passou a ser limitado para questões constitucionais.

Além disso, sucessivas revisões do texto originário e leis regulamentadoras promoveram acréscimos consideráveis nos poderes e competências do Supremo Tribunal Federal, iniciando-se uma progressiva concentração de competências na Corte Suprema por meio do reforço do controle direto, em uma espécie de relativa aproximação com o modelo continental europeu. A emenda constitucional n. 03, de 18 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, a qual, em resumo, tem um objetivo oposto ao da tradicional ação direta, posto que visa à declaração da constitucionalidade de um ato normativo. A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, previu expressamente o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade, assim como modalidades vinculantes de interpretação.

Ao mesmo tempo, o controle difuso passou a ser cada vez mais concentrado no âmbito do STF, além do que se tornou cada vez mais objetivo. A EC n. 45, de 2004, instituiu a súmula vinculante (Art. 103-A), bem como previu novo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário na repercussão geral das questões constitucionais discutidas (Art. 102, § 3º).

Para Dino et al. (2005, p. 84), o período de dez anos, compreendido entre as Emendas Constitucionais n° 03 e 45, alterou profundamente o controle de constitucionalidade brasileiro por meio de um redirecionamento radical da jurisdição constitucional, o qual implicou na preponderância do controle de constitucionalidade pela via da ação, além da redefinição da guarda da constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Destacam-se, ainda, diversas ações constitucionais, tais como o mandado de segurança, o habeas corpus, o já citado mandado de injunção, além do instituto da reclamação, predominantemente concentrados no STF, quer em nível originário, quer em nível recursal, que reforçam os poderes da Corte de dizer a última palavra em assuntos constitucionais:

Mudanças profundas ocorreram também no âmbito do Poder Judiciário. A Constituição reforçou sua autonomia administrativa e financeira e ampliou sua importância política. Promoveu o acesso à justiça, criando ou ampliando ações individuais e coletivas voltadas à tutela de direitos, e conferindo um novo perfil a instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Por outro lado, ela consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política. Pelo arranjo adotado, que combina uma Constituição extensa e invasiva, com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade, tornou-se difícil que alguma decisão política mais relevante deixe de ser submetida ao Judiciário, que muitas vezes decide contra a vontade dos demais poderes do Estado. Tal fenômeno, que tem se tornado mais agudo nos últimos anos, vem suscitando questões complexas sobre os limites da legitimidade democrática da atuação do Judiciário, uma vez que os seus membros não são eleitos, nem podem ser destituídos pelo voto popular, e muitas vezes decidem questões altamente controversas com base na exegese de cláusulas constitucionais vagas e abertas, que se sujeitam a diferentes interpretações. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 175)

Efetivamente, houve um expressivo crescimento do papel do Poder Judiciário após a Constituição de 1988, o qual acabou por se tornar o principal árbitro das questões políticas, institucionais e sociais no Brasil, as prováveis razões para tal opção se encontram na própria história constitucional brasileira, tal como retratada anteriormente, a qual apresenta uma persistente síndrome de ineficácia de suas constituições, além de uma visão elitista e tecnicista acerca da democracia e do Estado.

#### 3.4.1 O controle abstrato

Como já discorrido, a ação direta interventiva foi, progressivamente, tornando-se um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que preocupado com a proteção de princípios constitucionais sensíveis na questão federativa, sendo que, somente com o advento da Emenda Constitucional 16/65 foi adotado um mecanismo de fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos de caráter sucessivo e concentrado, superando-se a representação

interventiva ainda presa ao caso concreto. Tal modelo de fiscalização sucessiva, abstrata e concentrada, é elemento típico do modelo austríaco e é reproduzido em todos os países com Tribunal Constitucional, sendo o Brasil um exemplo típico de país desprovido de Tribunal Constitucional que adota, embora junto com o lado difuso, o controle abstrato. (CLÉVE, 2000, p. 139-141)

As características dessa modalidade de fiscalização de constitucionalidade pouco se assemelham aos pressupostos surgidos em *Marbury v. Madison*<sup>9</sup>, posto que estão desvinculados da aplicação contenciosa do direito, competência típica do Poder Judiciário:

A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou via principal, conquanto também seja, é um exercício atípico de jurisdição, porque nela não há litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. No caso específico da inconstitucionalidade por omissão, a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento. (BARROSO, 2012, p. 179-180)

No âmbito brasileiro, o controle de constitucionalidade abstrato realiza-se mediante: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade, Art. 102, I a CF; b) Ação Declaratória de Constitucionalidade, Art. 102, I, a, CF; c) Arguição de Preceito Fundamental, Art. 102, § 1º CF; d) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Art. 102, §2º, CF.

As ações diretas de inconstitucionalidade, as ações declaratórias de constitucionalidade e as arguições por descumprimento de preceito fundamental possuem efeitos vinculantes sobre todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo:

---

<sup>9</sup> Segundo Wolfe (199, p. 119), em *Marbury v. Madison*, Marshal considerou que as leis contrárias à constituição são nulas em um regime de governo limitado, de modo que os Tribunais não podem tratar um ato nulo como se fosse uma lei. Assim, o argumento central do poder judicial diz que aqueles que aplicam a regra em casos particulares devem necessariamente explicá-la e interpretá-la. Portanto, quando há conflito entre a Constituição e a lei devem os Tribunais basear-se na Constituição.

Com a emenda 45/04 a pretexto de se alcançar aquela tão querida celeridade foram constitucionalizados, em sede de controle concentrado, os efeitos das decisões definitivas de méritos nos autos de Ações Diretas e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Os efeitos que antes eram regulados pelas leis 9882/99 e 9868/99, passaram a gozar de efeitos vinculantes e de eficácia contra todos. – Leia-se *eficácia* enquanto aplicabilidade *erga omnes* imediata. – Na prática com uma única decisão atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a soberania para desconhecer de plano um sem número de casos, irrepetíveis por sua natureza, que embora protocolizados nas secretarias judiciais país afora, viram-se prejudicados ante os efeitos vinculantes. (CHAI, 2004, p. 81)

No que diz respeito à jurisdição constitucional concentrada, é importante destacar que se refere a um “processo objetivo” destinado a solução de uma questão constitucional, de modo que tal processo não constitui um meio para composição de uma lide, posto que é “objetivo”, onde as categorias processuais tradicionais não se aplicam adequadamente a sua natureza, enquanto que os legitimados não buscam, precipuamente, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico da coletividade). (CLÉVE, 2000, p. 142)

#### 3.4.2 Controle difuso

Aliado ao controle por via de ação, o Direito brasileiro traz o controle por via de exceção, também conhecido por controle concreto ou difuso, já que todo juiz ou Tribunal no Brasil está autorizado a afastar, na decisão de um caso concreto, a aplicação de uma lei ou ato que considere inconstitucional.

Trata-se do primeiro regime de controle de constitucionalidade instituído no Brasil, sobretudo após a primeira Constituição republicana, sob clara influência do direito norte-americano:

A proclamação da República e a instituição da Federação, sob nítida influência do sistema constitucional norte-americano, deram lugar à incorporação de regras básicas sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Recorreu-se ao velho *writ of error* do Direito Anglo-Americano, segundo a formulação do Judiciary Act, traduzido quase literalmente no art. 59, §1º, do Decreto 510, d 22.6.2890, de onde passou para o art. 59, n. 2, e seu §1º, da Constituição Federal de 25.2.1891, pelos quais competia ao STF julgar, em grau de recurso, as questões decididas pelos juízes e tribunais federais pelas Justiças dos Estados quando: (a) se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão fosse contra ela; (b) quando se contestasse a validade de lei ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, e a decisão do Tribunal considerasse válidos os atos ou essas leis impugnadas. (SILVA,

2011, p. 126)

O controle incidental ou difuso traz consigo um menor atrito institucional na medida em que não ocorre anulação da lei, a qual tão-somente deixa de ser aplicada na lide deduzida em juízo, razão pela qual existe o Art. 52, X, da C.F, o qual existe em razão de um suposto equilíbrio entre os poderes, a partir da consideração de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, apenas no caso concreto, pela mais alta corte, recomendaria um novo juízo legislativo sobre a permanência no ordenamento jurídico daquela norma.

Contudo, é importante frisar que o reforço da importância política do STF após 1988, quer por meio da ampliação do controle concentrado, quer por meio do processo de objetivação do recurso extraordinário<sup>10</sup>, acabaram por questionar a eficácia do Art. 52, X, da C.F. e sua pertinência nos dias de hoje.

---

<sup>10</sup> Segundo Mendes (2012, p. 371), o Supremo Tribunal Federal, diante da previsão do Art. 52, X, da Constituição Federal e o volume crescente de processos, acabou por reforçar “[...] uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.



## 4 LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

Após uma breve descrição da história constitucional brasileira e da estrutura e organização do Poder Judiciário e de seu modelo de *judicial review* já é possível perceber como o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade exacerba a adjudicação constitucional, praticamente retirando o espaço de atuação dos demais órgãos e poderes do Estado na leitura e afirmação da constituição federal.

Com efeito, a natureza intensiva do nosso controle a partir de uma opção radical por mecanismos jurídicos de adjudicação constitucional, implicaram, sobretudo após 1988, em um fortalecimento do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, produzindo intensa judicialização da política e das relações sociais<sup>11</sup>.

Em seguida, será estudado como o modelo de controle de constitucionalidade reforçado existente se relaciona com a co-originalidade entre autonomia pública e privada ou, expressa de outro modo, entre a co-originalidade entre soberania popular e direitos fundamentais, acentuando um dos polos dessa tensão. Portanto, peculiaridade da experiência brasileira, no âmbito do controle de constitucionalidade, traz à tona a importância da construção de um diálogo interinstitucional como fator de legitimação democrática no âmbito de uma democracia deliberativa.

### 4.1 A legitimidade do controle de constitucionalidade

Na esteira do pensamento habermasiano insta questionar-se de que forma o controle de constitucionalidade poderá ser compatível com uma democracia deliberativa, o que passa necessariamente pelo desafio de saber se o processo de

---

<sup>11</sup> Barroso (2012, p. 368) aponta como causas para tal fenômeno a importância de um Judiciário forte e independente como elemento fundamental das democracias modernas, a desilusão com a política majoritária e o déficit de representatividade e funcionamento das casas legislativas, bem como a omissão intencional da classe política diante de questões polêmicas como união homoafetiva, aborto e demarcação de terras indígenas. Para o referido autor, no Brasil, o fenômeno assume dimensão maior diante de uma Constituição analítica e abrangente e do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas.

controle de constitucionalidade poderá ser visto como um espaço aberto à cidadania, de modo a garantir participação efetiva de todos na busca pela melhor interpretação do texto constitucional, onde tal leitura se dará de forma compartilhada e aberta nos termos da ética discursiva.

Diante desse dilema aparente, Habermas (2003, p. 153-154) analisa a oposição existente entre a visão liberal e republicana acerca da democracia:

Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o *ethos* da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse *ethos* não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites a autodeterminação soberana do povo, pois o "poder das leis" exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. Ora, do Estado democrático de direito surgem, concorrendo uma contra a outra. O liberalismo e o republicanismo discutem, entre si, para saber qual das seguintes liberdades deve ter prioridade: a "liberdade dos modernos" ou a "liberdade dos antigos"? O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos?

Habermas (1997a, p. 331) sintetiza a visão liberal como sendo aquela em que o processo democrático programa o Estado no interesse da sociedade, de modo que a política tem a função de conduzir os interesses sociais privados para o Estado, de maneira a vincular o poder administrativo ao interesse próprio individual, enquanto para a visão republicana, a política não teria apenas essa função mediadora, mas também de promover solidariedade e a orientação pelo bem comum como terceira fonte de integração social.

Assim, a política, na visão liberal, é uma disputa por lugares mais favoráveis no poder administrativo, os quais são alcançados através da concorrência democrática para o poder, por meio do voto, dos partidos e das disputas políticas, onde o sucesso é aferido pela adesão da maioria a pessoas e programas. Por outro lado, na visão republicana, a política não se baseia nessa concorrência, de maneira que a formação da opinião e da vontade é estruturada dialogicamente, por meio de uma comunicação pública voltada para o entendimento. (HABERMAS, 1997a, p. 337-338)

Assim, o aparente antagonismo liberdade em face da igualdade, que hierarquiza os direitos humanos em face da soberania popular ou instrumentaliza os direitos fundamentais em face da vontade democrática, é superado por Habermas ao

conceber a co-originalidade de ambos e, por consequência, a autonomia pública e privada em relação de implicação recíproca:

Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da "co-originalidade" também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (Gesellschaftsbürger) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (Staatsbürger), fizerem uso adequado de sua autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o "mesmo valor". (HABERMAS, 2003, p. 155)

Desse modo, o exercício da autonomia pública não poderá implicar na arbitrariedade, uma vez que a vontade democrática se realiza racional e discursivamente pelo reconhecimento de que todos devem ser consultados a dizer "sim" ou "não".

Ocorre que é preciso descer ao momento inicial da constituição política de uma sociedade para que se possa efetivamente demonstrar o raciocínio de Habermas, uma vez que não basta afirmar essa co-originalidade, é necessário demonstrá-la.

Para tanto, o filósofo germano supõe um momento inicial da formação de uma comunidade política e faz a seguinte pergunta: Que direitos devem ser atribuídos, reciprocamente, caso se queira regular legitimamente a convivência com os meios do direito positivo?. (HABERMAS, 2003, p.162).

A resposta reside no pressuposto de que somente é legítimo aquilo que encontra o assentimento fundamentado de todos, sob as condições de um discurso racional, além do que os cidadãos aceitam que sua convivência será mediada pelo direito. (HABERMAS, 2003, p. 162)

Ocorre que essa concepção de um início procedimental da constituição política de uma comunidade corre o risco de produzir uma regressão infinita de procedimentos deliberativos que não se sustentam em nenhum fundamento último. (HABERMAS, 2003, p. 162)

Em face desse problema, Habermas procura interromper esse regresso por meio de ideias morais últimas que, na verdade, mostram-se como um projeto

aberto que é atualizado pelas gerações ao longo da história, em um aprendizado de longo prazo, que se mostra, panoramicamente, como uma atualização do evento fundador que cria as bases de uma associação de cidadãos, livres e iguais, que criam para si mesmos as leis que precisam. (HABERMAS, 2003, p. 165)

Após essa perspectiva “histórica”, procura-se demonstrar, filosoficamente, como os direitos fundamentais, como um todo, são formados no processo de autolegislação, de maneira que não há relação paradoxal entre soberania popular e constitucionalismo. Para tanto, simula-se um estado inicial, tal como é feito nas teorias contratuais, onde pessoas se reúnem em uma prática constitucional inicial, as quais se colocam em uma condição igualdade originária sob três condições: 1. Concordam em regular legitimamente sua futura convivência por meio do direito positivo; 2. Estão dispostas a construir posições a partir da razão comunicativa, isto é, estão dispostos a discutir pragmaticamente; 3 – Os constituintes também se dispõem a fixar conceitualmente um sentido para o projeto em questão. (HABERMAS, 2003, p. 168)

Ora, para a realização de tais condições pelo meios do Direito faz-se necessária a atribuição, de uma só vez, de direitos subjetivos abstratos<sup>12</sup> que lhes permitam agir performativamente em prol do objetivo definido, ocorre que tais direitos abstratos, fixados na posição originária, após o levantamento do véu da ignorância, precisarão ganhar concretude para realização das condições fixadas abstratamente em momento anterior, daí porque a realidade e as vicissitudes desses constituintes irão influenciar na concretização de tais direitos, por meio das proteções à intimidade, ao sigilo, à associação, é informação e etc. (HABERMAS, 2003, p. 170)

Assim, esse processo de concretização já deriva, na verdade, das condições democráticas fixadas inicialmente que as pessoas possam pragmaticamente criar, em conjunto, suas próprias leis, de maneira que a soberania popular se realiza por meio do Estado de Direito, ou seja, o princípio democrático e

---

<sup>12</sup> Habermas (2003, p. 169) elenca o seguintes direitos subjetivos abstratos: “(i) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do direito, que prevê a maior medida possível de liberdades subjetivas de ação para cada um. (ii) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do status de membro de uma associação livre de parceiros do direito. (iii) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos; (iv) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política”.

os direitos fundamentais se encontram em relação de implicação recíproca. (HABERMAS, 2003, p. 170-171)

Dessa forma, a resolução empreendida por Habermas (1997a, p. 347) em torno da dicotomia soberania popular e direitos humanos é projetada na forma como é encarada a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, senão vejamos:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre o seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temo que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade de intérpretes da constituição” -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Portanto, o controle de constitucionalidade não pode criar uma oposição entre a soberania popular e os direitos fundamentais, transformando-se em meio de proteção da democracia contra si mesma, o que acaba por comprometer a co-originalidade entre autonomia pública e privada da cidadania.

Nessa perspectiva, a legitimidade do controle de constitucionalidade não pode ser confundida com o retorno ao juiz boca-de-lei do superado Estado liberal, o que poderia também comprometer a relação de implicação recíproca mencionada, mas sim pela percepção de que sua legitimidade reside na abertura dos discursos de aplicação da constituição à sociedade aberta de intérpretes.

## **4.2 A retórica do guardião da constituição**

O quadro retratado anteriormente demonstra que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é extremamente intensivo, na medida em que permite uma constante fiscalização, quer abstrata, quer concreta, da constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Além disso, cabe repisar que o direito constitucional brasileiro permite um acesso considerável à Corte Suprema pela estipulação de um rol vasto de legitimados para a provocação do controle concentrado (Art. 103 da C.F.).

Por outro lado, qualquer juiz ou tribunal no Brasil poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Essa ampla possibilidade de controle de constitucionalidade traz, de modo exacerbada, claramente a dificuldade contramajoritária<sup>13</sup>, sendo uma preocupação relevante justamente em função da percepção de que o próprio desenho institucional parece estimular a formação de conflitos jurídico-constitucionais e a prevalência do Poder Judiciário, por consequência.

A importância dessa abordagem institucional reside na possibilidade de uma observação panorâmica do modo como se dá a adjudicação institucional, bem como o modo como os órgãos estão vocacionados para lidar com a tarefa de interpretação da constituição.

Por mais que a criação de cortes ou tribunais constitucionais esteja ligada ao constitucionalismo como alternativa adotada por grande parte das democracias ocidentais<sup>14</sup>. A particularidade brasileira reside no modelo “fortíssimo” de controle de constitucionalidade, tal como se percebe a partir da leitura panorâmica realizada acerca da história e do modelo atual:

A forma forte de controle corresponde à dinâmica da adjudicação constitucional hoje consolidada, em que uma instituição – usualmente, o judiciário, por meio de seu órgão de cúpula, ou o tribunal constitucional – assume e é reconhecida como detentora da palavra final em relação à interpretação constitucional. Ela se afirma e é vista como a defensora primeira da constituição, aquela em que a ordem constitucional depositou a guarda de seus bens e valores em face das outras instituições políticas. Suas decisões sobre matéria constitucional são, por isso, vinculantes para as demais instâncias – exceção feita, em geral, ao legislativo –, e têm a pretensão de encerrar o debate. Qualquer ato ou comportamento contrário à decisão dessa instituição de última palavra por parte das outras instituições políticas pode ser vista como uma afronta à sua autoridade e à própria constituição, uma insubordinação que deveria ser coibida em favor da efetividade da constituição, daí o recurso a institutos como o efeito vinculante e as súmulas vinculantes. Trata-se, em suma, da forma pela qual o senso comum, no Brasil e na maioria dos países democráticos de tradição jurídica romano-germânica, entende o controle jurisdicional de constitucionalidade. (ALARCON, 2013, p. 07)

---

<sup>13</sup> Friedman (1998, p. 334-335) esclarece que essa expressão, cunhada em 1962 por Alexander Bickel sintetiza o problema da conciliação entre o controle de constitucionalidade com o governo popular em um sociedade democrática pelo seguinte questionamento: Em um regime democrático que pretente dar resposta à vontade popular, como se pode conceber que funcionários públicos não eleitos tenham poder de anular decisões populares?

<sup>14</sup> De acordo com Arantes (2004, p. 87) “ao longo do século XX, o Judiciário passará por um significativo processo de expansão em suas duas funções principais, tanto a de prestação da justiça comum quanto a de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Evidentemente, essa dupla expansão não será linear nem homogênea, considerando a diversidade de regimes democráticos existentes e as grandes fases políticas que marcaram o século XX”.

Esse modelo altamente intensivo existente no Brasil traz consigo séria desconfiança em relação ao grau de equilíbrio necessário entre a tensão existente entre democracia popular e liberalismo:

Tudo isso apenas reforça o óbvio: qualquer que seja a explicação, e feitas as devidas ressalvas, o governo de acordo com o consentimento da maioria dos governados é o cerne do sistema norte-americano. No entanto, também é óbvio que a história não termina aí, já que uma maioria com poder ilimitado para determinar a política governamental tem todas as condições para conceder benefícios em detrimento da minoria restante, mesmo que não haja nenhuma grande diferença entre os dois grupos. Isso também é dado como certo desde o início, e, de fato, a Constituição contém vários tipos de dispositivos para combater tal prática, os quais examinaremos mais tarde. A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário: no direito, como na lógica, qualquer coisa pode ser inferida de uma contradição, e não adianta simplesmente afirmar que “a maioria governa mas a maioria não governa”. (ELY, 2010, p. 12).

Obviamente, a própria estruturação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos esteve sempre marcada por esse dilema, sendo que o controle difuso estadunidense foi moldado na própria tradição do direito anglo-saxônico levando em consideração o dilema liberdade x igualdade:

Desde que Suprema Corte foi colocada na condição de poder proferir a última palavra sobre questões gerais da sociedade americana, as possibilidades e limites desse arranjo institucional têm sido objeto de polêmica, justamente pela delicada interface que esse sistema estabelece entre o direito e a política, entre a perspectiva liberal que impõe freios à vontade majoritária e a perspectiva democrática que reivindica a legitimidade das decisões políticas como exclusividade dos órgãos representativos da soberania popular. (ARANTES, 2004, p. 90)

Portanto, a importação pelo Brasil das experiências norte-americana e europeia continental, alienada de seu contexto de origem, acabou por produzir um sistema de controle constitucional através da elaboração de um modelo híbrido, onde um Poder Judiciário inserido na tradição romano-germânica exerce um *judicial review* por via de exceção e também por via de ação, com ampla gama de legitimados para a provocação do incidente de constitucionalidade e também com ampla gama de órgãos judiciais com poderes para exercer tal controle.

Silva (2009, p. 216-217) esclarece que o caminho para a concentração não implicou em uma aproximação do modelo europeu, já que quem imagina que tal

evolução está transformando o Supremo Tribunal Federal em um tribunal constitucional nos moldes europeus considera equivocadamente os binômios prévio-posterior e difuso concentrado; como o modelo brasileiro já era *a posteriori* como o regime europeu, poder-se-ia pensar que a única diferença residiria na maior concentração dos tribunais constitucionais europeus, de modo que a concentração de competências no STF o transformaria em tribunal constitucional.

Para o referido autor, as únicas semelhanças encontram-se nas ações diretas e algum modos de vinculação das decisões do STF, uma vez que a forma de composição do tribunal, a vitaliciedade dos ministros, as sessões públicas, as sustentações orais, a publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma decisão individualizada e não-articulada demonstra que nosso modelo acaba por ser uma cópia, algumas vezes mal feita, outras vezes bem feita, do modelo norte-americano.

Ainda que seja difícil estabelecer uma medida ótima ou um critério fixo para se aferir o grau de equilíbrio entre os imperativos democráticos e liberais, é possível perceber que o modelo brasileiro se distancia dos parâmetros europeu e norte-americano em prol de um acentuado reforço do papel do Poder Judiciário na tarefa de interpretação jurídico-política da constituição:

Além disso, na contraposição entre modelos *fracos* e modelos *fortes* de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior e menor diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro poderia ser considerado como *ultra-forte*. Isso porque, além de reunir as características típicas dos modelos fortes, o Brasil tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as chamadas "cláusulas pétreas". Ou seja, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em muitos casos, não pode nem mesmo exercer o papel de indicador de via alternativa, ou, para usar a metáfora usada por Favoreu, de "guarda-chaves" (*guarda-chaves*, nas ferrovias, é o empregado encarregado de manobrar as chaves nos desvios ou entroncamentos das linhas). Assim, ainda que o STF já tenha desempenhado essa tarefa em algumas oportunidades, quando, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, de certa forma indicou que o caminho para a mudança pretendida deveria ser o da emenda constitucional, esse jogo de ação-reação, típico da idéia de diálogo, fica limitado, entre nós, não apenas pelos ônus político e deliberativo mencionados acima, mas também – e fortemente – pela previsão de imutabilidade de algumas disposições constitucionais (as "cláusulas pétreas"). (SILVA, 2009, p. 218)

As razões para tal opção poderão ser buscadas na constituinte de 1988, bem como na história política nacional repleta de rupturas institucionais e que traz um constitucionalismo de difícil aceitação pela elite local, além da presença



histórica do bacharelismo<sup>15</sup>, como elemento que reforça o papel das elites burocráticas no estado brasileiro. Contudo, tal opção não pode ser isenta de críticas, nem pode ser encarada como um dado imutável, como se o próprio controle de constitucionalidade e o poder judiciário no Brasil permanecessem imunes a qualquer tipo de crítica ou de mudança institucional após 1988.

Desse modo, procura-se apresentar uma perspectiva que, sem abrir mão do aspecto positivo do controle de constitucionalidade em uma democracia ainda em consolidação como a brasileira, abra caminho para leituras que equilibrem a tensão entre a soberania popular e os direitos humanos dentro de nossa realidade.

A fé quase cega<sup>16</sup> que se tem na capacidade do Poder Judiciário procurar a melhor resposta substantiva para conflitos constitucionais, merece ser questionada quando se percebe que tal crença se baseia apenas em um cálculo probabilístico:

Sem dúvida, mesmo que a Constituição fosse perfeita e a maioria não se preocupasse com ela, disso não se seguiria que a Suprema Corte pudesse garantir direitos individuais dos cidadãos. Uma decisão da Suprema Corte continua sendo uma decisão jurídica e deve levar em conta os precedentes e as considerações institucionais, como as relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade. E nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta. (DWORKIN, 2010, p. 287)

Desse modo, tal probabilidade é admitida no seio de uma visão que demanda a necessidade de requisitos substanciais na democracia, a qual reconhece que a busca da “melhor resposta” tem maior probabilidade de ser encontrada no foro judicial, mas não exclui a possibilidade de ser encontrada na decisão legislativa ou mesmo na opinião pública.

Desse modo, a arena legislativa da política ordinária, sobretudo no parlamento, mas não apenas nele, também poderá ser capaz de apresentar melhores respostas aos conflitos constitucionais. Frise-se que a maior vocação do Poder Judiciário, para o exercício da razão pública, não exclui outros foros de tal

---

<sup>15</sup> Kozima esclarece que se entende por bacharelismo “a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país”, para o referido autor trata-se de um fenômeno histórico que deita raízes históricas desde a estruturação do Estado português, de maneira que a exemplo de outros países, também no Brasil os bacharéis exerceram papel de destaque na organização do Estado, pela ocupação de importantes de cargos públicos em toda história brasileira.

<sup>16</sup> Analisando a realidade alemã, Maus (2000, p. 185) acredita que o reforço do papel do Poder Judiciário no Século XX ganha uma dimensão de veneração quase religiosa na população, de maneira que qualquer discussão em torno da jurisdição constitucional acaba por atrair a suspeita de se encontrar fora do Estado de Direito e da democracia.

exercício, além do que a afirmação de Rawls (2000a, p. 288) quanto a isso é meramente exemplificativa:

Finalmente, o papel do tribunal como instituição exemplar da razão pública tem um terceiro aspecto: dar força e vitalidade à razão pública no fórum público; isso o tribunal faz por meio de seus julgamentos autorizados sobre questões políticas fundamentais. O tribunal desempenha esse papel quanto interpreta clara e efetivamente a constituição de uma forma razoável; e, quando falha nessa tarefa, como já ocorreu várias vezes com a Suprema Corte, coloca-se no centro de uma controvérsia política que só pode ser solucionada por valores públicos.

Nesta altura, cabe destacar que a exacerbação do controle de constitucionalidade acaba por produzir uma profecia que se autorealiza<sup>17</sup>, na medida em que a retirada dos ônus argumentativos dos demais poderes e da sociedade civil nas decisões difíceis em matéria constitucional acaba por infantilizar a política, que se vê tutelada por uma instância supostamente agregadora e unificadora nos moldes de uma instituição sucessora da figura moderadora do Monarca:

A ideia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindicava Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que,

---

<sup>17</sup> Ely (2010, p. 93), esclarece que os juízes da Suprema Corte americana, ao proferizarem o futuro, sob o fundamento de que estão prescutando uma intenção popular, acabam por tornar essa profecia realidade não pelo fato de que prescutaram corretamente a evolução da sociedade, mas porque as profecias de quem tem poder tendem a se realizar, sendo muito possível que a Suprema Corte esteja impondo seus valores sobre o futuro, de maneira que “o fato de tudo ocorrer conforme a Suprema Corte previra pode ser apenas uma prova de que a Suprema Corte é a Suprema Corte” isto é, os juízes colaboraram para a formatação do futuro nos termos de suas “profecias”.

no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o status supremocrático do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista. (VIEIRA, 2008, p. 445)

Além disso, Habermas (1997a, p. 329) concorda com o ceticismo de Ely ao discordar de uma visão paternalista do controle judicial de constitucionalidade que se baseia numa desconfiança existente entre os juristas acerca da irracionalidade de legislador que decide em disputa de poder e votações emocionais da maioria.

Analisando a experiência alemã, Maus (2000, p 190) destaca o infantilismo da sociedade ao aguardar uma postura retificadora da cidadania pela Justiça, de maneira que há uma expectativa de que o Tribunal Constituição Federal realize a distribuição de justiça social e ambiental, apesar da distribuição desses bens aparecer com pouca frequência nos comportamentos eleitorais e nos debates não institucionalizados de formação do consenso.

Essa função infantilizante acima retratada ganha contornos mais preocupantes quando nos deparamos com a intensidade da fiscalização judicial de constitucionalidade no Brasil aliada ao perfil técnico-burocrático acentuado do Poder Judiciário nacional:

O modelo brasileiro apresenta uma longa tradição de ingresso e promoção por concurso, estabelecida na época do “Estado Novo”, correspondendo à coerência política desta quanto à criação de uma burocracia judiciária de corte bonapartista, mas que, definitivamente, tem tido como resultado um judiciário semelhante aos modelos europeus da segunda metade do século passado e primeiras décadas do presente. O sistema de seleção “forte” (concurso) está constitucionalmente consagrado, enquanto que a “carreirização” se encontra apenas atenuada mediante a incorporação lateral de um quinto dos juízes que devem provir, nos tribunais colegiados, do ministério público ou dos advogados. A designação política é limitada aos juízes do Supremo Tribunal Federal, embora não faltem delimitações impostas pela tradição. (ZAFFARONI, 1995, p. 125)

Por outro lado, Barroso (2012, p. 2012 grifo do autor) retrata a crítica quanto à capacidade institucional do Poder Judiciário de, isoladamente, dar conta da complexidade e vastidão dos conflitos constitucionais:

*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no

juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação do serviço público.

Ocorre que a tradição jurídica nacional tem, de modo predominante, visto as decisões proferidas em sede de *judicial review* como manifestações jurídicas da supremacia da constituição, na medida em que se baseiam na constituição como documento legal:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis. (BONAVIDES, 2003, p. 301)

Prevalece, portanto, um entendimento que acaba por gerar uma supremacia judicial, por meio de uma relação adversarial com os demais poderes através da cultura do guardião entrincheirado:

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Atribui ao tribunal, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. A armadura procedimental da Constituição possibilita diferentes tipos de interação, uns mais, outros menos legítimos, como vimos (simplificados na dicotomia entre “deliberativo” e “adversarial”). A “retórica do guardião entrincheirado”, porém, incentiva um tipo distante do ideal de diálogo desenvolvido neste trabalho.

Essa mentalidade não é difícil de ser diagnosticada em manuais de direito constitucional, em decisões do STF, ou no debate público em geral. Ela deve ser rejeitada não só porque pressupõe a superioridade do juízo moral feito pelo tribunal sobre o legislador, mas porque, ao atribuir ao tribunal um ônus dessa magnitude, corre o risco de produzir uma consequência talvez contraintuitiva – o guardião acanhado. Seria um fardo que inibe em vez de fortalecer.

Se há um ponto de vista claramente enraizado na cultura constitucional brasileira, este é a suposição de que o STF tem a última palavra sobre direitos fundamentais (e em questões constitucionais em geral). Nos arroubos de retórica messiânica, costuma-se dizer que ele é a “última trincheira” ou o “último guardião” do cidadão.

A defesa do tribunal como última palavra geralmente vem acompanhada de alguns elementos decorativos. Fala-se menos em supremacia do tribunal. Prefere-se valorizar a supremacia da constituição. O tribunal seria apenas o ator que, pelo exercício da hermenêutica emancipatória, põe em vigor o que

já estaria desenhado no texto constitucional. Técnicas hermenêuticas, entretanto, têm pouco a contribuir para o desenho institucional (a determinar “quem decide o que e como e quando e por que). Aplicam-se, igualmente, a qualquer poder.

A cultura do guardião não é prejudicial apenas porque rejeita a participação genuína do legislador na formulação do significado constitucional, mas também porque lhe confere uma isenção de responsabilidade. Numa posição cômoda, não precisa preocupar-se com a constitucionalidade de seus próprios atos. Não se lhe demanda prestação de contas argumentativa. (MENDES, 2011, p. 217)

Como se observa acima, essa visão prevalente sustenta a visão de que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, é o “guardião da Constituição” e, por isso, é o detentor da última palavra em matéria constitucional.

Ocorre que essa mentalidade predominante parece ignorar que a legitimidade moral da constituição não advém de sua faceta jurídica, de modo que a supremacia da constituição não implica necessariamente na supremacia do Poder Judiciário.

Segundo Marmor (2005, p. 149-150), no âmbito da experiência americana, os juristas têm dificuldade para entender como a justificativa normativa do controle de constitucionalidade é separada da questão envolvendo a legitimidade das constituições, de modo que, no meio jurídico, o caso *Marbury v. Madison* é apenas a expressão da supremacia jurídica da constituição. Contudo, em verdade, as questões constitucionais são eminentemente morais e políticas, de modo que é possível se questionar se as cortes constitucionais são as instituições mais adequadas para tais deliberações acerca dos direitos fundamentais, dos limites da autoridade política e da estrutura do processo democrático, mormente quando se observa que os Tribunais se baseiam em um consenso, na verdade inexistente, acerca das decisões políticas constantes nas constituições.

Para Marmor (2005, p. 153), a legitimidade em que se baseiam as cortes constitucionais em torno de um suposto consenso, que se visa proteger, não resiste a uma análise mais apurada:

If this account of the nature of rights discourse is basically correct, then it should become clear why the argument from consensus is bound to fail. It fails because it relies on a widespread consensus which is illusory. It is true that in pluralistic societies we do tend to agree on the rights enshrined in the bill of rights, but this is a very tenuous agreement which breaks down as soon as conflict comes to the surface. Since it is conflict between rights, or rights and other values, that gets litigated in the constitutional cases, we are bound to discover that there is not going to be any consensual basis on

which such conflicts can be resolved<sup>18</sup>.

Na verdade tais questionamentos, mais do que deslegitimarem o *judicial review*, servem para trazer à tona a necessidade de uma perspectiva que ultrapasse a lógica binária do tudo ou nada, no âmbito das decisões em sede de controle de constitucionalidade, além de servir para uma postura crítica acerca dos limites da adjudicação constitucional e da necessidade de uma maior abertura ao diálogo.

No âmbito brasileiro, é certo que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, foi colocado em posição de destaque na guarda da constituição. Contudo, isso não afasta a possibilidade de discussão em torno de uma leitura rígida sobre o tipo de guarda exercida pelo STF e sobre as reais vantagens de se decidir na esfera judicial sobre todo e qualquer assunto. (MENDES, 2011)

Ocorre que a visão tradicional traz consigo a perspectiva “da última palavra”, a qual atribui à Corte Suprema a tarefa de fixar em definitivo a interpretação correta da Constituição, sendo que tal tarefa se realiza dentro de categorias jurídico-processuais que procuram estabelecer a procedência ou improcedência da ação, onde a constitucionalidade e inconstitucionalidade restam configuradas a partir de limites processuais.

A Suprema Corte, copiada do modelo norte-americano, exerce um papel fundamental da democracia, ao *guardar* a Constituição. Na verdade, a expressão significa a missão de *defender e fazer valer* o pacto fundamental, que é a raiz da legitimidade de toda a normatividade infraconstitucional. O STF tem hoje essa função precípua e assumiu um protagonismo bastante significativo ao abandonar uma parcela de seu papel jurisdicional de verdadeira quarta instância, para reconhecer-se o *guardião da ordem constitucional*. (NALINI, 2012, p. 1095, grifo do autor)

Tais questionamentos são relevantíssimos para o modelo brasileiro, pelas razões já expostas acerca do “radicalismo jurídico” de nosso sistema, sobretudo porque estamos atrelados a uma tradição em que o Poder Judiciário possui uma formação muito mais técnica e com menor controle social e político.

---

<sup>18</sup> Em tradução livre: “Se análise da natureza do discurso dos direitos é basicamente correta, então deve tornar-se claro por que o argumento do consenso está fadado ao fracasso. Falha porque ele depende de um consenso generalizado de que é ilusório. É verdade que, em sociedades pluralistas nós tendemos a concordar com os direitos consagrados na declaração de direitos, mas este é um acordo muito tênue que cessa assim que o conflito vem à superfície. Uma vez que é o conflito entre direitos, ou entre direitos e outros valores, que será julgado nos casos constitucionais, somos obrigados a descobrir que não há qualquer base consensual em que esses conflitos podem ser resolvidos”.

Por outro lado, a forma de escolha do juiz constitucional na Europa é mais politizada, além de estar distribuída perante os poderes políticos, aumentando com isso o grau de negociação em uma possível indicação. O integrante da Corte Constitucional, uma vez indicado, permanece na Corte por tempo determinado. Ou seja, além de uma negociação mais difícil, pois não existe a exclusividade da escolha em uma pessoa, também existe a responsabilidade do escolhido para com o grupo, facção ou partido político que o indicou. Nos Estados Unidos, a vitaliciedade e a exclusividade da escolha pelo Presidente relativiza a influência política tornando a Corte Suprema menos propensa às pressões do mundo político. No entanto, a legislação que regula o ingresso e a atividade no tribunal obedece ao trâmite ordinário, facilitando com isso possíveis retaliações por parte dos poderes representativos. (CARVALHO, 2007, p. 174)

Além disso, tais considerações são importantes para desmistificar a retórica do “guardião da Constituição” tão presente no meio jurídico nacional e que gera distorções e problemas, a partir de uma perspectiva mais aberta e democrática.

Segundo Mendes (2011), a retórica messiânica da “última trincheira” é prejudicial porque afasta o legislador do processo de interpretação do significado da constituição, além de isentá-lo de responsabilidade por seus atos em face do texto constitucional, fazendo com que o poder legislativo permaneça protegido dos ônus políticos de certas decisões difíceis, bem como estimula sua passividade no âmbito das discussões constitucionais. O autor também destaca que tal concepção subestima a possibilidade e consequências do erro judicial.

Aqui, as contribuições do método hermenêutico concretista da constituição aberta parecem trazer essa perspectiva dialógica que nos referimos, uma vez que a comunidade de intérpretes pressupõe um diálogo interinstitucional:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ela coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ela atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição. (HÄRBELE, 1997, p. 29)

Desse modo, o diálogo apresenta-se como instrumento de legitimação das cortes constitucionais e também de concretização da Constituição, mormente

nas sociedades pluralistas e complexas da contemporaneidade, onde o consenso parece ser cada vez mais restrito e tênue, de modo que tal legitimidade é erigida quando as cortes se abrem à comunidade de intérpretes:

Essa diversidade de doutrinas – “o fato do pluralismo” – não é uma simples condição histórica que deve desaparecer rapidamente. Ao contrário, ela é, pelo menos assim penso, uma característica permanente da cultura pública das democracias modernas. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos fundamentais e pelas liberdades historicamente associadas a esses regimes, a diversidade das opiniões é chamada a durar ou até mesmo a se desenvolver. Um acordo público e efetivável, baseado numa única concepção geral e abrangente, só poderia ser mantido pelo uso tirânico do poder do Estado. Desde o momento em que procuramos assegurar a estabilidade do regime constitucional e desejamos efetivar um acordo livre e voluntário sobre uma concepção política de justiça que estabeleça pelo menos as exigências constitucionais essenciais, devemos descobrir uma base de acordo diferente daquela proveniente de uma doutrina geral e abrangente. Assim, como outro fundamento possível, procuramos uma concepção política da justiça que possa ser sustentada por um consenso por justaposição. (RAWLS, 2000a, p. 252)

Assim, na medida em que a corte constitucional democratiza sua atividade e compartilha o ônus e a responsabilidade da tomada de decisões em matéria constitucional, abre espaço para a concretização da constituição, uma vez que provoca o Legislativo, bem como incentiva o debate no âmbito da sociedade, fazendo que o processo de interpretação se confunda com sua concretização na medida em que governo, administração, parlamento e sociedade civil são instados a enfrentar tais questões, remetendo a norma constitucional para a realidade e tornando-a concreta:

A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. (BONAVIDES, 2003, p. 515)

Essa perspectiva concretizadora pretende trazer os demais atores sociais e políticos para enfrentamento da tarefa de garantir a normatividade da constituição. Habermas (1997a, p. 300) considera que o reexame da decisão parlamentar poderia se dar por uma postura de autocontrole legislativo pela instituição, por exemplo, uma comissão parlamentar organizada em forma de Tribunal e que inclui juristas especializados. Isso provocaria uma postura reflexiva do legislador sobre suas



próprias decisões mantendo presente o conteúdo normativo de princípios constitucionais. Segundo o referido autor, se o controle de constitucionalidade fosse inserido nas atribuições do parlamento, isso poderia aumentar a racionalidade do processo de tomada de decisão, sobretudo diante de suas análises no sentido de que a divisão de poderes visa submeter a administração ao poder gerado comunicativamente.

O direito comparado traz exemplos de práticas dialógicas entre cortes constitucionais e parlamentos, para tanto primeiramente nos valeremos da classificação utilizada por Waldron (2013, p. 1355) acerca dos sistemas fracos de revisão judicial, os quais são percebidos como sistemas em que as cortes podem até verificar a conformidade da legislação com os direitos constitucionais, contudo não podem deixar de aplicá-la. Aqui se trata de uma perspectiva exógena, isto é, decorrente do próprio desenho institucional e dos mecanismos formais de relacionamento entre os poderes.

Segundo o Waldron (2013), no Reino Unido é possível ocorrer uma declaração de incompatibilidade do direito interno em face da declaração europeia de direitos humanos, sem que ocorra a anulação da norma, a qual é submetida a nova apreciação do parlamento, inclusive havendo a possibilidade da utilização de um rito mais célere para que seja corrigida a incompatibilidade. Além disso, destaca a experiência canadense, onde a corte suprema tem poderes para anular a lei, mas há a previsão normativa autorizando a discordância do Legislativo, de maneira a revogar a decisão judicial, ainda que a utilização de tal instituto seja incomum.

Contudo, mesmo no âmbito de sistemas de revisão judicial forte, como o americano e brasileiro, onde as cortes têm poder para recusar a aplicação da lei por inconstitucionalidade ou mesmo alterar consideravelmente a intenção legislativa pela via interpretativa, existe a perspectiva dialógica endógena, isto é, no âmbito da própria atividade da Corte que abre espaço para o diálogo. (MENDES, 2011).

Alexander Bickel (1961-1962, p. 51) defende uma postura menos intervencionista voltada para o exercício das chamadas virtudes passivas, as quais decorrem da percepção de que as cortes são políticas, mas possuem uma dimensão jurídica que deve prevalecer, de modo que o exercício da tensão entre argumentos de princípio e de conveniência e oportunidade é trabalhado também pela Corte, contudo sob a predominância dos argumentos de princípio, de modo que a prudência é a recomendação fundamental para a garantia da dimensão

principiológica de sua atuação, evitando-se, assim, a imposição de regras à sociedade. Tais virtudes passivas são exercidas por meio de técnicas de não-decisão<sup>19</sup> que evitam o pronunciamento sobre o caso.

Trata-se de uma visão que procura superar a dimensão binária constitucionalidade/inconstitucionalidade, a partir uma posição intermediária de uma prática constitucional gradual de tentativa e erro, onde o tribunal funciona como um professor da cidadania que estimula o colóquio socrático dos temas constitucionais. Assim, a decisão deve somente ocorrer quando parecer uma consequência natural desse colóquio (BICKEL, 1962, p. 70-71).

Para Sustain (2008, p. 192), forte na defesa de uma democracia deliberativa<sup>20</sup>, o difícil controle em torno da faculdade de não decidir, pode ser superado pela obrigação de decidir o mínimo, deixando-se questões fundamentais abertas e analisando-se o caso concreto sem a utilização de raciocínios dedutivos.

Por outro lado, Katyal (1998, p. 1800-1801) defende que é possível uma postura ativa da corte, mas que ocorra de modo suave por conselhos e recomendações, uma vez que o silêncio decisório poderá não servir para todos os casos, mas a necessidade de uma proatividade judicial poderá permitir uma decisão restrita, mas que possa trazer uma fundamentação, a título de *obiter dicta*, veiculadora de conselho, exterior à *ratio decidendi*, que permite um maior enfretamento da questão, sem que isso afaste os demais poderes e a sociedade civil da questão constitucional, além de permitir uma maior adaptabilidade da visão da Corte sobre o assunto ao longo do tempo.

Segundo Mendes (2011), na experiência nacional, no âmbito do STF, podem ser detectadas técnicas de não-decisão que lidam com a variável temporal, tais como a definição da pauta de julgamento, o voto-vista e a decisão liminar em medida cautelar, as quais podem ser utilizadas para o amadurecimento do tema ou para devolvê-lo à discussão na arena pública, mas raramente são usadas na perspectiva do uso construtivo do silêncio, conforme ensina Sustain, sendo usadas

---

<sup>19</sup> Mendes (2011, p. 111) elenca diversos mecanismos de não-decisão existentes no direito americano como “a *political question doctrine, mootness, ripeness, standing, certiorari*, entre outros que podem ter equivalentes em outros sistemas”.

<sup>20</sup> Democracia deliberativa pode ser sintetizada como um regime político que valoriza a participação direta da sociedade civil nas decisões políticas, bem como atribui importância fundamental ao debate, à consulta e ao diálogo no processo de tomada de decisões. Sustain (2008, p. 171-172) entende que os desfechos políticos “devem ser produzidos por meio de um extenso processo de deliberação e discussão, durante o qual novas informações e novas perspectivas são colocadas em consideração”.

frequentemente para congelar o debate constitucional. Além disso, podemos incluir, como exercício de uma virtude ativa, a técnica da proporcionalidade, a qual pode fazer com que as demais instituições pensem em termos de proporcionalidade considerando as decisões da Corte.

### 4.3 Para além da última palavra

Como se considerou no item anterior, existem possibilidades de diálogo, quer de fora, quer de dentro da decisão judicial (MENDES, 2011), de maneira que a dificuldade contramajoritária pode ser enfrentada para além dos argumentos tradicionais que impõem uma supremacia judicial, sem prejuízo da natureza jurídica da Constituição, razão mesma de ser do constitucionalismo.

A desconstrução da supremacia judicial, cuja abordagem da “última palavra” aparenta ser uma decorrência, não implica necessariamente no enfraquecimento do controle de constitucionalidade e do Poder Judiciário. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de compatibilizar a tensão entre o princípio republicano democrático e o princípio liberal de contenção das maiorias:

Não se trata de pura subordinação do procedimento à substância, ou de negar dever de obediência a uma decisão judicial ou legislativa porque entendemos que elas violam um parâmetro moral. Os problemas de uma posição são bem conhecidos. Sustento, apenas, que é desejável que poderes desafiem uns aos outros (já que, como vimos no último capítulo, essa é sempre uma possibilidade em aberto ao longo do tempo) desde que articulem razões de melhor qualidade. Não dissolvo a autoridade: decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que delas discordemos. A democracia, contudo, tem a ganhar se um padrão como a razão pública estimular o desafio deliberativo entre os poderes. (MENDES, 2011, p. 195)

Portanto, é possível falar-se da inexistência de um monopólio do Poder Judiciário acerca do sentido da Constituição, sem que isso implique em prejuízo para sua autoridade sobre o assunto, de modo que a decisão judicial em matéria constitucional não encerra a discussão, podendo, em um ambiente democrático e aberto, inclusive reacendê-la, na medida em que nas democracias constitucionais as Corte Supremas possuem idêntica submissão à constituição e à opinião pública:

A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no caso do New Deal. (RAWLS, 2000b, p. 288)

Segundo Habermas (1997a, p. 340), ciente do nexo de implicação entre o sistema de direitos e autodeterminação pública dos cidadãos, a atividade do tribunal constitucional deve-se utilizar dos meios disponíveis para que a normatização jurídica seja legítima nos termos da democracia deliberativa, a qual se funda nos pressupostos comunicativos existentes nas arenas políticas tradicionais, mas que se estendem às esferas públicas políticas e ao contexto cultural e sua base social, de modo que autonomia deliberativa se exerça nesse jogo entre a formação da vontade no parlamento institucionalizado e a formação da opinião nos círculos informais de comunicação política.

#### **4.4 Exemplos de diálogo**

Diante da perspectiva de uma política deliberativa que assegure, simultaneamente, a autonomia privada e pública dos cidadãos, é possível identificar alguns casos de diálogo no seio da experiência de interpretação constitucional brasileira. Utilizaremos, para tanto, exemplos destacados por Souza Neto e Sarmiento (2013) e Mendes (2011), de experiências interativas entre os poderes na interpretação da constituição brasileira. Tais exemplos permitirão a identificação de que tal fenômeno é algo plenamente possível e já realizado na prática constitucional brasileira, ainda que a identificação de sua existência e das possibilidades democráticas daí decorrentes permaneçam incipientes na visão prevalente acerca da interpretação da constituição em vigor.

##### **4.4.1 ADI 3772**

A ADI nº 3.772<sup>21</sup> é um exemplo de diálogo interinstitucional no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro identificado por Souza Neto e Sarmiento (2013). Para tanto, é importante descrever tal caso para podermos verificar como tal fenômeno não está longe de nossa realidade e como sua identificação é relevante para ampliação dessa alternativa.

A referida ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Federal nº

---

<sup>21</sup> Ver ADI 3772, Rel. Min. Carlos Brito, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe-059, de 26.03.2009.

11.301-2006, redigida da seguinte forma. *In Verbis*:

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

“Art. 67. ....

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

Art. 2 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2006)

Para o Ministério Público, as funções de magistério definidas no §5º do Art. 40 e no §8º do Art. 201 da Constituição Federal seriam exclusivamente aquelas referentes à docência em sentido estrito, isto é, limitavam-se a atividade de ministração de aulas, de maneira que o artigo questionado teria estendido indevidamente o alcance da expressão “funções de magistério” para incluir as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. (BRASIL, 2009, p. 85-86).

Além disso, o Procurador-Geral da República entendeu que tal disposição legal contrariava entendimento do próprio STF proferido no âmbito da ADI 2.253, cujo acórdão está assim ementado. *In Verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 156/99. APOSENTADORIA ESPECIAL. REDUÇÃO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. FUNÇÕES DE DIRETOR E COORDENADOR ESCOLAR. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O § 5º do artigo 40 da Carta Federal prevê exceção à regra constitucional prevista no artigo 40, § 1º, inciso III, alíneas "a" e "b", tendo em vista que reduz em cinco anos os requisitos de idade e de tempo de contribuição para "o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio". 2. Funções de magistério. Desempenho das funções exercidas em sala de aula. Não abrangência da atividade-meio relacionada com a pedagogia, mas apenas da atividade-fim do ensino. Dessa forma, os beneficiários são aqueles que lecionam na área de educação infantil e de ensino fundamental e médio, não se incluindo quem ocupa cargos administrativos, como o de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativos de professor. 3. Lei complementar estadual 156/99. Estende a servidores, ainda que integrantes da carreira de magistério, o benefício da aposentadoria especial mediante redução na contagem de tempo de serviço no exercício de atividades administrativas. Inconstitucionalidade material. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação e declarou a

inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar nº 156, de 06 de julho de 1999, do Estado do Espírito Santo, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto e, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 25.03.2004. (BRASIL, 2004)

O Advogado-Geral da União sustentou que o precedente da ADI 2.253 não vincularia o próprio STF, bem como ressaltou que a Constituição utiliza a expressão funções (plural) de magistério, o que recomendaria uma interpretação ampliada no caso. (BRASIL, 2009, p. 86).

Colhamos os dispositivos constitucionais invocados pelo Ministério Público da União que supostamente estariam sendo contrariados pela lei questionada:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988).

No caso, o relator originário, Ministro Carlos Ayres Brito, votou pela procedência da ADI sob o fundamento de que apenas ao professor seria conferido aposentadoria especial, tendo em vista a utilização “no §5 do Art. 40 e no § 8º do Art. 201 o substantivo restrito a expressão ‘professor’, e não o fraseado aberto ‘profissionais da educação’”. (BRASIL, 2009, p. 94)

Segundo o referido magistrado, a Constituição Federal adotaria como regra a vedação de requisitos diferenciados para aposentadoria, o que exigiria uma interpretação restritiva da exceção, tendo, no ponto, explicitado que a atividade de professor seria restrita ao ministério de aulas e tarefas diretamente ligadas às aulas como preparo destas, pesquisas, atendimento aos alunos e correção de provas, por exemplo. (BRASIL, 2009, p. 95-96)

Para Carlos Ayres Brito, o tratamento favorecido fixado constitucionalmente seria justificado pelo trabalho mais desgastante, sobretudo fora da escola, em que o professor ocupa seu tempo. Destacou, ainda, que a utilização do termo “funções” foi usada para se referir tão-somente às atividades de magistério propriamente dito, isto é, de docência, mormente quando o constituinte se valeu do advérbio “exclusivamente”, o que afastaria do conceito a administração da escola ou qualquer atividade de assessoramento e suporte pedagógico, além do que o referido plural serviria para contemplar o caso de cumulação de cargos nos termos do art. 37, XVI, da C.F.. (BRASIL, 2009, p. 95)

Assim, o ilustre juiz concluiu seu voto evocando o precedente da ADI 2253, bem como a súmula n. 726 do STF, assim redigida à época: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”. (BRASIL, 2004)

Após esse voto, a Ministra Carmen Lúcia acompanhou o voto do relator, ocasião em que fez referência aos anais do Legislativo, a respeito da redação dos preceitos, para dizer que tal discussão já havia sido superada para que fosse delimitado o benefício apenas ao magistério propriamente dito (BRASIL, 2009, p. 103), tendo o Ministro Marco Aurélio iniciado um debate acerca da razão de ser das disposições constitucionais em questão, tendo em vista que o assessoramento pedagógico, a direção e coordenação são exercidos por professores e que, na prática, o professor cumula tais funções, de modo que seria possível uma interpretação conforme que evitasse que pessoa estranha à função de magistério

gozasse do benefício, já que o ingresso de um professor nessas funções acabaria por apená-lo, caso ocorresse o julgamento pela procedência da ADI. (BRASIL, 2009, p. 104)

Diante disso, o Ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência sob o argumento de que a lei atacada inseria as atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico na carreira de magistério tendo o Ministro Cezar Peluso destacado que não seria possível fazer uma cisão entre a atividade-fim e atividade-meio no processo educacional. (BRASIL, 2009, p. 110-116)

Em seguida, foi proferido voto-vista pelo Ministro Eros Grau insistindo na impossibilidade de cisão da atividade de ministério das funções de magistério, de direção de unidade escolar e coordenação e assessoramento pedagógico, além do que considerou que a procedência da ação conduziria à punição do professor que dirigisse uma escola, por exemplo. Destacou, ainda, a afirmação anterior do Ministro Cezar Peluso no sentido de que a súmula 729 deveria ser alterada, além do que a atual composição do tribunal não foi responsável pela elaboração dos precedentes sobre o tema. (BRASIL, 2009, p. 119-125)

O Ministro Carlos Brito continuou o debate afirmando que votou pela inconstitucionalidade não apenas a partir da leitura literal da Constituição, mas também em homenagem à jurisprudência da Corte, no que foi interpelado pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de que guardava pessoalmente reserva em relação a tais precedentes, no que foi respondido por Carlos Brito de que efetivamente haveria uma diferenciação entre a atividade-fim e a atividade-meio na Constituição e nos precedentes do STF, onde haveria um objetivo específico na constituição de distinguir professor de quem era professor no ponto, de modo que educador seria o gênero e professor a espécie. (BRASIL, 2009, p. 126)

A partir daqui, os Ministros passaram a divergir sobre o real alcance dos dispositivos constitucionais, onde de um lado haveria uma leitura mais literal e contida do texto, enquanto do outro uma leitura mais extensiva, sendo que o pano de fundo do debate acabou por ser uma discussão política sobre qual o grau de valorização da atividade educacional, quando Carlos Britto e Carmen Lúcia sustentavam a valorização da atividade de professor em sentido estrito como forma de incentivo ao magistério propriamente dito, para que o professor fosse recompensado por permanecer na sala de aula, ao passo que os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Eros Grau insistiam em que a carreira de professor



abrangeria a atividade de administração escolar. (BRASIL, 2009, p. 127-141)

A divergência persistiu nesse sentido, tendo a maioria decidido por uma correção legislativa de sua interpretação, sumulada inclusive, do Art. 40, 5º e 201, §8º da Constituição por meio da Lei nº 11.301/2006, no que restou julgada parcialmente procedente a ação sob a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra. (BRASIL, 2009)

Como se constata acima, o STF efetivamente procedeu a uma modificação de sua jurisprudência, inclusive sumulada, a partir de uma provocação do legislador que posteriormente definiu de forma expressamente contrária ao entendimento anterior da Corte.

Ainda que nos debates, nos votos e no julgamento do caso, não tenha havido uma percepção consciente ou ao menos o reconhecimento expresso dessa resposta legislativa e da possibilidade do diálogo, tal questão, mesmo que inconscientemente, perpassa toda a apreciação do caso, sobretudo quando os juízes se debruçam sobre os argumentos político-jurídicos em torno da extensão do conceito de funções de magistério.

#### 4.4.2 A progressividade do IPTU e a EC 29/2000

Outro exemplo de diálogo constitucional também detectado por Souza Neto e Sarmiento (2013) pode ser encontrado na resposta do Poder Legislativo ao entendimento do STF acerca da constitucionalidade do IPTU progressivo.

A progressividade fiscal da alíquota do IPTU<sup>22</sup> foi criada por várias municipalidades, tendo sido pacificada a jurisprudência sobre o assunto através do RE 153.771 / MG do Supremo Tribunal Federal, o qual sempre afastava a progressividade fiscal nesse tributo, sob o argumento de que o referido imposto teria natureza real e não pessoal. *In Verbis*:

EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (BRASIL, 1997)

Sabbag (2009, p. 307) sintetiza esse diálogo constitucional da seguinte forma:

O IPTU é um imposto incidente sobre a propriedade e, portanto, um imposto *real*. Como se nota no art. 145, §1º, CF, a progressividade, nos impostos reais, é vedada, ressalvados os casos de autorização constitucional expressa. Com efeito, na linha de entendimento do STF, os impostos reais tendem à *proporcionalidade*, e não à progressividade, exceto no caso de se dar cumprimento à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF). Historicamente, à luz dos artigos 156, §1º e 182, §4º, ambos da CF, sempre se admitiu ao IPTU a *progressividade no tempo, para fins extrafiscais*, como instrumento de pressão ao proprietário do bem imóvel que, devendo dar ao bem o adequado aproveitamento da propriedade, mantém-se recalcitrante à necessária função social do imóvel. Após o advento da Emenda Constitucional no 29/2000, o IPTU passou a ter uma exótica *progressividade fiscal*, conforme se depreende do art. 156, §1º, I e II, CF. Tal comando prevê uma *progressividade* em razão do valor do imóvel e ter *alíquotas diferenciadas* em razão da localização e uso do imóvel. Nesse passo, é possível assinalar uma progressividade dupla ao IPTU atual: a progressividade *extrafiscal*, que lhe é genuína, e a progressividade *fiscal*, haurida na EC no 29/20002. Saliente-se que a recente Súmula no 668 do STF veio ao encontro do anteriormente exposto, na medida em que preconiza “ser inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional

<sup>22</sup> Para maiores informações ver o artigo “Capacidade Contributiva e Progressividade no IPTU” (TELLES, 2002)

29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento de função social da propriedade urbana”

Ocorre que na redação original da CF/88, o §1º, do Art. 156 exigia que a fixação de alíquotas progressivas no IPTU tivesse por objetivo garantir o cumprimento da função social da propriedade, nos termos da Lei Municipal, enquanto o inciso II do §4º, do Art. 182 autorizava que o município, por meio da progressividade de alíquotas do IPTU, sancionasse o proprietário de terreno não edificado, subutilizado ou não utilizado, de modo a forçar o aproveitamento da área, de acordo com o plano diretor.

Desse modo, o STF decidiu que o inciso II, do §4º, do Art. 182 definia a disposição do Art. 154, §1º, já que apenas permitia a progressividade com objetivos extrafiscais, de modo a garantir a função social da propriedade urbana.

Ocorre que o Pretório Excelso acabou por aceitar a emenda corretiva de sua jurisprudência e, apesar da possibilidade da continuidade da polêmica, tendo em vista o caráter real do imposto, acabou por editar a súmula 668:

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. (BRASIL, 2014).

Ora, a redação da súmula supra parece reconhecer o diálogo na medida em que admite a constitucionalidade da tributação progressiva após a EC 29, uma vez que eventual entendimento acerca da natureza real do IPTU ainda poderia permanecer mesmo após a inovação constitucional, visto que o Tribunal poderia ter o raciocínio de que a EC 29/2000 foi contra o parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal, sob o fundamento de que o constituinte originário instituiu uma garantia que se constitui numa cláusula pétrea<sup>23</sup> (inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da CF).

---

<sup>23</sup> Existem tributaristas que defendem ter havido violação à cláusula pétrea na alteração constitucional, tendo em vista a previsão do art. 5º, §2º, da Constituição Federal que atribuiria caráter de cláusula pétrea ao princípio da capacidade contributiva e da isonomia tributária. Machado (2010, p. 414) destaca que “mesmo assim há quem sustente que a Emenda n. 29 é inconstitucional. O direito a um IPTU não-progressivo estaria albergado por cláusula pétrea. A tese, a nosso ver, não tem fundamento, não obstante sejam respeitáveis os seus defensores”.

#### 4.4.3 O teto remuneratório do funcionalismo público

No caso do teto da remuneração dos servidores públicos, o STF afastou denominadas vantagens pessoais com base na leitura das disposições constitucionais originárias sobre o assunto, mais precisamente o Art. 37, XI combinado com o Art. 39 § 1, ambos da C.F., tendo entendido o relator, Ministro Célio Borja, que a regra constitucional, na sua interpretação literal, sujeitaria apenas os vencimentos dos cargos ao limite, não abrangendo as vantagens pessoais<sup>24</sup>.

Em face disso, houve reação parlamentar posterior por meio da EC n° 19/1998 que alterou a redação do inciso XI do Art. 37 da C.F. da seguinte forma:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1998).

Ocorre que o STF, por meio de sessão administrativa, ainda assim entendeu que tal disposição teria sua eficácia condicionada à regulamentação por meio da lei de iniciativa conjunta dos três poderes, sendo que a insistência do STF sobre uma leitura da constituição acabou por ser superada por nova reação do Congresso através da EC n° 42/2003 que determinou a submissão das vantagens pessoais ao teto remuneratório, bem como determinou a aplicabilidade imediata do limite, tendo o STF, após ser novamente provocado, reconhecido a validade do teto, com a ressalva dos direitos adquiridos, os quais também foram visados pela referida emenda. No caso, as repostas parlamentares à postura do STF foram impulsionadas pela opinião pública, que viu como demasiadamente corporativas as decisões do Pretório Excelso sobre o tema. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 409)

#### 4.4.4 O caso da proporcionalidade no número de cadeiras nas Câmaras Municipais

Um exemplo de peso sobre as vantagens do diálogo institucional reside na fixação do número de vereadores por município.

---

<sup>24</sup> Cf: ADI n° 14, Rel. Min. Célio Borja, Julg. 13.9.1998. DJ, 1º dez. 1989.

A baliza inicial para o enfrentamento da questão era a redação originária do Art. 29, IV da C.F.:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes; (BRASIL, 1988)

Com base nisso, o STF entendeu que deixar ao critério do legislador municipal, apenas com a observância dos limites mínimos e máximos, tornaria sem sentido a previsão expressa acerca do respeito à proporcionalidade. (BRASIL, 2004).

O caso se tratava de uma ação civil pública em face de lei municipal que teria fixado em treze as cadeiras do Legislativo. A ação foi julgada improcedente nas instâncias ordinárias sob o fundamento de que não haveria um critério rígido fixado na constituição. (BRASIL, 2004, p. 520)

É bom destacar que o relatório do acórdão observou que o Tribunal Superior Eleitoral regulamentava a matéria aceitando o entendimento de que haveria autonomia municipal na matéria, respeitados os limites fixados na constituição. (BRASIL, 2004, p. 535)

O pretório excelso deu provimento ao recurso extraordinário para exigir uma proporcionalidade aritmética em relação à população da municipalidade, onde os limites máximos e mínimos seriam utilizados para se alcançar os limites intermediários, o que acabou implicando no reconhecimento do uso excessivo do poder municipal de legislar no caso (BRASIL, 2004, p. 549). Diante desse precedente, o TSE editou a Resolução 21.702. Esta Resolução diminuiu cadeiras nas câmaras municipais de todo o país fixando limites rígidos e esvaziando a autonomia municipal, ainda que tal iniciativa gozasse de apoio na opinião pública tendo em vista os gastos excessivos na manutenção de vereadores. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 409)

Contudo, a classe política reagiu fortemente a tal entendimento por meio da EC n. 58/2009 que devolveu a autonomia municipal por meio da supressão da exigência de proporcionalidade e pelo estabelecimento de um vínculo entre o número de cadeiras e a população da municipalidade<sup>25</sup>.

Ainda que a autonomia municipal tenha sido devolvida, essa devolução se deu em termos bem diferentes, já que o espaço de deliberação restou bem mais restrito, além do que tal emenda veio acompanhada da regra moralizante e redutora de gastos do novo art. 29-A da C.F.

O caso dos limites das cadeiras nas Câmaras Municipais realmente mostra como o diálogo interinstitucional poderá enriquecer um debate constitucional, abri-lo para opinião pública e provocar a classe política, além de gerar soluções mais corretas e amadurecidas entre as instituições, sobretudo porque houve nova reação do STF que impediu<sup>26</sup> qualquer aplicação retroativa da EC 58/2009, como era pretendido pelo art. 3<sup>a</sup> da referida emenda. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013)

#### 4.4.5 A cláusula de barreira

Mendes (2011) aponta interação institucional, no que diz respeito à cláusula de barreira para os partidos políticos, a qual foi estipulada pelo art. 13 da Lei n. 9.096/95, a seguir:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. (BRASIL, 1995)

A ação direta de inconstitucionalidade n. 1.351- DF foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Socialista Brasileiro – PSB; Partido Verde – PV, Partido Liberal – PL, Partido Social Democrático – PSD; Partido Popular Socialista – PPS, ao passo que e 1.354-8 – DF foi ajuizada pelo Partido Social Cristão – PSC e correu em apenso à primeira.

As referidas ações tiveram relatório e voto dados em conjunto pelo

---

<sup>25</sup> Vide inciso IV do art. 29 da C.F. na redação dada pela Emenda Constitucional nº 58, de 2009.

<sup>26</sup> Vide ADI n. 4.307, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ, 5 mar. 2010.

Ministro Marco Aurélio. A ação n. 1354-8 questionou o artigo 13, parte do inciso II do artigo 41, parte do artigo 48, parte do artigo 49 e parte do inciso II do artigo 57 da Lei Federal nº 9096, de 19 de setembro de 1995, enquanto a ação n. 1351-3 trouxe pedido mais abrangente ao impugnar o artigos 13, 56, inciso II e 57, ambos na íntegra e também as expressões “(...) que tenham preenchido as condições do Art. 13 (...)”, do inciso II do Art. 41, e “(...) que atenda ao disposto no artigo 13 (...)”, do artigo 49, também da Lei nº 9.096/95.

O Advogado-Geral da União manifestou-se na defesa da lei atacada, sob o argumento de que a não-inclusão da matéria na Constituição em vigor, embora presente nas cartas anteriores, não impede o legislador de adotá-la na ordem atual. Segundo o Advogado-Geral, a limitação aos partidos políticos estaria de acordo com o “caráter nacional” contemplado no inciso I do Art. 17 da C.F. Destacou que a lei em questão apenas teria fixado critérios para impedir a criação de atuação de partidos excessivamente pequenos, não dotados de expressiva representatividade. Contestou a afirmação de que o caráter nacional estaria totalmente conceituado pelo §1º do Art. 7º da lei citada, destacando que cada dispositivo estaria ligado a um momento distinto de verificação de regularidade, sendo este a do registro e a do artigo 13, de natureza periódica. Frisou que a questão se resumia a constitucionalidade do Art. 13, tendo em conta a referência desse nas demais normas impugnadas. (BRASIL, 2007b, p. 25)

Por sua vez, o Procurador-Geral da República também se pronunciou pela improcedência do pedido, tendo afirmado que o requisito do inciso I do art. 17 da Constituição dependeria de uma especificação a nível de lei ordinária, tendo o artigo atacado guardado relação lógica com o fundamento constitucional. Afirmou ter sido observado a isonomia, posto que as normas questionadas concederam tempo nos meios de comunicação e rateio do fundo partidário segundo a proporção do partido. (BRASIL, 2007b, p. 25)

Para o relator, a discussão básica nos processos em análise dizia respeito à constitucionalidade do Art. 13 da Lei n. 9.096/1995, sendo que os demais dispositivos eram alcançados por consequência, por arrastamento. (BRASIL, 2007b, p. 30)

Ao votar, o Ministro Marco Aurélio concluiu que, na história constitucional brasileira, a matéria tinha disciplina constitucional, de modo que não seria condizente com a C.F./88 sua regulamentação por lei ordinária, além do que

disciplina alvejada era desproporcionalmente restritiva para os partidos menores, sobretudo tendo em vista a atual ordem constitucional, que tem como um dos fundamentos o pluralismo, de modo que o Art. 17 da Constituição em vigor seria uma exigência para todos os partidos, não se podendo, a partir dele, extrair uma discriminação entre legendas. Para o Ministro relator, o artigo 17 da Carta de 88 foi redigido sob o ângulo do pluripartidarismo, de modo que havia clara ênfase em favor das minorias na redação do referido artigo, bem como em vários trechos da Constituição vigente, tal como exemplificado no §1º, do Art. 58, não se podendo falar em partidos de primeira e segunda classe. (BRASIL, 2007b, p. 43-47)

O voto do relator ressaltou a necessidade do trato constitucional da matéria (BRASIL, 2007b, p. 51), tendo descido aos trabalhos parlamentares sobre o tema, mais precisamente aos trabalhos da revisão constitucional, onde se tentou estabelecer cláusula de barreira por meio de substitutivo, apresentado em 1994 pelo Deputado Nelson Jobim, ao Parecer nº 36, o qual não obteve consenso necessário para aprovação. (BRASIL, 2007b, p. 53-54)

Em seguida, o voto atacou a razoabilidade da medida, ao analisar as consequências de eventual aplicação da cláusula em questão, onde haveria a inviabilização de partidos históricos, como o Partido Comunista do Brasil, por exemplo, de maneira que apenas sete partidos preencheriam o requisito legal. (BRASIL, 2007b, p. 56)

Encerrou votando pela procedência da ação, sob o fundamento de que um regime democrático pressupõe a proteção das minorias, no que foi acompanhado unanimemente pelos demais ministros.

Contudo, é importante perceber que a decisão do STF não constituiu numa declaração pura e simples de inconstitucionalidade, mas também um apelo para o Parlamento, na medida em que abriu um vácuo normativo que exige um preenchimento por parte do Poder Legislativo. A intenção dialógica foi inclusive expressamente manifestada nos votos dos Ministros, como por exemplo no voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir o tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.(...)”

A via eleita pelo legislador brasileiro, no entanto, parece-me extremamente



delicada. A regra do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos não deixa qualquer espaço, não realiza qualquer mitigação, mas simplesmente nega o funcionamento do parlamento à agremiação partidária.

(...)

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avence nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma ‘função reparadora’ ou, como esclarece Blanco de Moraes, ‘de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade’ Entendo que as normas de transição contidas no artigo 57, que disciplinaram a matéria desde o advento da Lei dos Partidos Políticos, de 1995, devam continuar em vigor até que o legislador edite nova lei que dê nova regulamentação ao tema.

Dessa forma, proponho ao Tribunal ao artigo 57 da Lei nº 9.906/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento. (BRASIL, 2007b, p. 128,161-162).

Desse modo, após debaterem o risco do vácuo legislativo pela anulação dos artigos impugnados, o relator concordou em aditar o voto para incluir a sugestão do Ministro Gilmar Mendes, tendo o Tribunal chegado à seguinte conclusão. *In Verbis:*

#### **Decisão Final**

O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9096, de 19 de setembro de 1995: artigo 013; a expressão "obedecendo aos seguintes critérios", contida no caput do artigo 041; incisos I e II do mesmo artigo 041; artigo 048; a expressão "que atenda ao disposto no art. 013", contida no caput do artigo 49, com redução de texto; caput dos artigos 056 e 057, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão "no art. 13", constante no inciso 011 do artigo 057. Também por unanimidade, julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso 011 do artigo 056. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelos requerentes, Partido Comunista do Brasil - PC do B e outros, o Dr. Paulo Machado Guimarães e, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida. (BRASIL, 2007b, p. 171)

Segundo Mendes (2011, p. 225), dois meses depois da referida decisão, o Senador Marco Maciel apresentou proposta de emenda à constituição que prevê o retorno da cláusula de barreira, por meio do acréscimo de um parágrafo no Art. 17 da Constituição, para permitir a diferenciação dos partidos com base no seu desempenho eleitoral. Na proposta, haveria restrição da atuação parlamentar dos partidos que não atingirem 5% dos votos válidos para deputado em todo país, distribuídos, no mínimo, em nove Estados, com no mínimo 2% em cada. No parecer acerca da proposta há uma detida análise dos argumentos do STF nas aludidas

ações, de maneira que a proposta oferece um novo tipo de cláusula de barreira sem procurar afrontar a interpretação do STF sobre o tema:

Nos termos da sugestão apresentada pelo Senador Jefferson Péres, o § 5º acrescido ao art. 17 pelo Senador Jefferson Péres, o § 5º acrescido ao art. 17 pelo art. 1º da PEC nº 2, de 2002, passa a ter a seguinte redação:

“A lei poderá estabelecer distinções entre os partidos que obtenham um mínimo de cinco por cento de todos os votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos de cada um desses Estados na mesma eleição, e os partidos que não atinjam esse patamar.”

A supressão da expressão “para fins de funcionamento parlamentar” amplia o alcance da referida lei, que poderá estabelecer distinções entre os partidos, com base no desempenho eleitoral, não apenas para efeito de funcionamento parlamentar, mas para outros efeitos que o legislador julgar necessários.

Desse modo, a sugestão não entra em conflito com o sentido da proposta, que é de preencher o vazio deixado pela declaração, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 9.096, de 1995. Tal decisão, como já foi ressaltado no relatório anterior, não excluiu a possibilidade de fixação de uma cláusula de desempenho para os partidos políticos, ou de se fazerem distinções para efeito de funcionamento parlamentar, mas exigiu que os direitos mínimos inerentes ao mandato parlamentar e as condições de disputas política e eleitoral não sejam recusados aos grupos minoritários. (BRASIL, 2007a, p. 10)

No caso, estamos diante de um exemplo de diálogo iniciado pelo STF por meio de apelo expresso ao legislador, o qual, considerando o teor da decisão, iniciou processo legislativo considerando o entendimento da Corte Suprema, por meio da propositura de emenda constitucional que procura estabelecer cláusula de desempenho sem os excessos detectados nas referidas ações de inconstitucionalidade cujas conclusões fixaram a vigência provisória das regras contidas no artigo 57 da Lei dos Partidos Políticos até que haja uma nova disciplina do Congresso sobre o assunto.

#### 4.4.6 A Lei da Ficha Limpa

O caso envolvendo a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, é um exemplo rico de diálogo constitucional entre a opinião pública, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, mostrando-se como um caso paradigmático acerca do funcionamento da deliberação em sede de uma interpretação aberta da constituição.

A questão constitucional mais problemática envolvendo a Lei

Complementar n° 135/10 girava em torno do alcance do princípio da presunção da inocência consagrado no Art. 5º, LVII, C.F., cláusula pétrea nos termos do Art. 60, §4, IV da Carta de 88.

Ocorre que a Lei Complementar n° 135/2010, que deu nova redação à Lei Complementar 64/90, instituiu novas hipóteses de inelegibilidade voltadas à proteção da probidade e moralidade administrativas no exercício do mandato, nos termos do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal.

Assim que a lei foi publicada foram ajuizadas as ações declaratórias de constitucionalidade n° 29 e n° 30, bem como a ação direta de inconstitucionalidade n° 4578 que forem conhecidas em conjunto pelo STF, apenas em relação as alíneas as alíneas “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010.

As referidas ações, na parte que foram conhecidas, discutiam a constitucionalidade de tais disposições em face do princípio da presunção de inocência, da proporcionalidade e da irretroatividade da lei.

O relator, Min. Luís Fux, expressamente consignou que a opinião pública e o peso democrático de uma lei oriunda de um projeto de iniciativa popular deveriam ser considerados pelo Tribunal na análise da constitucionalidade da lei, bem como registrou a oposição da sociedade civil ao entendimento consolidado do STF e do TSE sobre o tema.

Entendeu que, apesar de sua função contramajoritária, não poderia abrir mão de um constitucionalismo democrático, de maneira que, sendo o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição em uma sociedade aberta de intérpretes, não haveria como afastar interpretações razoáveis de uma fortíssima opinião pública contrária à jurisprudência do Supremo. (BRASIL, 2012, p. 26)

Destacou que o princípio da presunção da inocência foi submetido à interpretação extensiva na jurisprudência do STF para além da esfera penal, a qual merecia ser corrigida para redução do alcance do postulado (BRASIL, 2012, p. 28), não havendo que se falar em *vedaçãõ do retrocesso* diante de um princípio cujo alcance fora alargado em demasia sem alcançar um *consenso básico profundo* (BRASIL, 2012, p. 30), bem como também não se podendo falar em ausência de proporcionalidade, tendo em vista a alta carga de reprovabilidade social dos fatos ensejadores da inelegibilidade, além das cautelas tomadas pelo legislador ao afastar

os crimes culposos como configurados de inelegibilidade, garantir o duplo grau de jurisdição para incidência da restrição, bem como instituir a possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade pelas instâncias superiores. (BRASIL, 2012, p. 32-34)

Levantou, ainda, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, que a revisão constitucional alteradora do Art. 14, §9º, teria autorizado as inelegibilidades que estavam sendo atacadas, uma vez que o constituinte derivado não teria criado uma regra despicienda diante do art. 15, que já contemplava a perda dos direitos políticos em caso de condenação criminal ou por improbidade administrativa transitada em julgado. (BRASIL, 2012, p. 34-35)

Todavia, asseverou que a possibilidade do cômputo da inelegibilidade, para momento anterior ao trânsito em julgado, tornaria desproporcional a inocorrência da detração desse tempo anterior à condenação definitiva. (BRASIL, 2012, p. 34-35)

Desse modo, concluiu pela constitucionalidade da lei, apenas com a ressalva, por meio de interpretação conforme à Constituição, de que Art. 1º, I, alíneas “e” e “l”, da Lei Complementar nº 64/90, com redação conferida pela Lei Complementar nº 135/10, fossem lidos admitindo-se a dedução, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. (BRASIL, 2012, p. 42-43)

Assim, o Min. Joaquim Barbosa, coerente com sua posição anteriormente vencida na ADPF n. 144, votou pela total constitucionalidade da lei, inclusive por sua aplicação para as eleições de 2010. (BRASIL, 2012, p. 52-68)

Contudo, a jurisprudência do STF sobre o tema era claramente contrária à previsão legal impugnada, tal como ressaltado pelo Min. Dias Toffoli ao abrir divergência e votar pela inconstitucionalidade de vários dispositivos da lei da ficha limpa, referindo-se à ADPF nº 144<sup>27</sup>. Segundo o Ministro, a previsão de inelegibilidade para aqueles não definitivamente condenados por órgãos colegiados violaria o princípio da presunção de inocência, já que tais decisões ainda seriam provisórias, e produziriam efeitos definitivos sobre o direito de candidatura, o qual seria irreparável em caso de posterior absolvição (BRASIL, 2012, p. 96-97), ocasião

---

<sup>27</sup>Para maiores detalhes consultar ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 25.02.2010.

em que também glosou a possibilidade da suspensão cautelar da inelegibilidade, prevista no artigo 26-C da Lei Complementar nº 64/90, incluído pela LC nº 135/2010, sob o fundamento de que tal regra trazia a inversão do postulado da presunção de inocência, bem como não dispunha de um critério objetivo para aferição dos casos em que essa suspensão cautelar seria cabível, de maneira que a própria possibilidade trazido pelo art. 26 já revelaria o perigo da inelegibilidade decorrente de decisões precárias. (BRASIL, 2012, p. 98-99)

A posição do Ministro Toffoli, no julgamento das ações envolvendo a Lei da Ficha Limpa, reproduziu uma corrente expressiva no próprio Tribunal, que já havia decidido, na citada ADPF nº 144, acerca da impossibilidade de condenações precárias produzirem inelegibilidade, sob pena de violação à presunção de inocência. Confira-se citação do Min. Toffoli de trecho do voto do Min. Celso de Mello, o qual foi o relator da referida ADPF. *In Verbis*:

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer –repita-se– com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (BRASIL, 2012, p. 91-92).

A citação acima expressa, de modo inequívoco, a visão do relator de importante precedente anterior à Lei da Ficha Limpa acerca da possibilidade de limitação do direito de candidatura com base em condenações judiciais provisórias, sendo que tal entendimento foi compartilhado por expressiva maioria do Tribunal (Min. Gilmar Mendes, Min. Marco Aurélio, Min. Ellen Gracie, Min. Cezar Peluso, Min. Eros Grau, Min. Ricardo Lewandowski, Min. Carmen Lúcia e Min. Menezes Direito), onde restaram vencidos apenas os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa<sup>28</sup>.

Por sua vez, a Min. Rosa Weber votou também destacando a peculiaridade da lei atacada, iniciada na via popular, que demonstrava “o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de eminente caráter moralizador” (BRASIL, 2012, p. 153), tendo ressaltado que, apesar do STF ser uma corte contramajoritária, isso não implicaria na sua insensibilidade para com a opinião pública, “já que, em uma democracia pluralista, todos compõem

---

<sup>28</sup> Para maiores detalhes ver ADPF 144, Rel: Min. Celso de Mello, DJe 26.02.2010.

a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (BRASIL, 2012, p. 155), razão pela qual entendeu o alcance do princípio em questão não corresponderia à jurisprudência antes vigente, o qual não teria, em outros países, a dimensão até então existente no Brasil e seria concernente apenas à seara criminal. (BRASIL, 2012, p. 163-164). Frisou, ainda, que o legislador agiu de forma razoável e proporcional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição como requisito para inelegibilidade, o que não havia na proposta popular (BRASIL, 2012, p. 166).

A Min. Carmen Lúcia seguiu o voto do relator, mas considerando totalmente constitucional a lei, já que o princípio da presunção de inocência não atingiria a esfera eleitoral (BRASIL, 2012).

Sobreveio voto do Min. Ricardo Lewandowski aduzindo que seu voto na ADPF n. 144 havia sido no sentido de que não era possível os juízes estabelecerem arbitrariamente uma causa de inelegibilidade, mas que isso seria possível por meio de lei, tendo acompanhado na integralidade o voto do relator. Idêntica postura teve o Min. Carlos Britto que também acompanhou o relator, destacando a soberania popular e a moralidade republicana (BRASIL, 2012).

Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes divergiu ao dizer que a lei alvejada violaria o princípio da irretroatividade para impedir seu alcance sobre condenações e outras causas de inelegibilidade anteriores à norma, tendo, inclusive, citado entendimento do Tribunal nos casos de Joaquim Roriz e Jader Barbalho (BRASIL, 2012, p. 270). No que diz respeito à presunção de inocência, entendeu que seu alcance ultrapassaria a esfera criminal, tendo em vista que tal princípio teria evoluído, ao longo do tempo, para esferas processuais não-penais como forma de proteger o cidadão, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição (BRASIL, 2012, p. 272-276). Quanto aos argumentos levantados em prol da soberania popular e da opinião pública, entendeu que, nos termos de uma democracia crítica, não seria possível excluir da falibilidade as decisões populares, já que os vícios e virtudes estão igualmente presentes em todos os cidadãos, não se podendo conceber um governo autocrático dos melhores (maioria) sobre os piores (minoría), de modo que seria dever do STF agir contramajoritariamente, inclusive citando Alexander Bickel e Eugene Rostow, a partir de uma perspectiva de educador da cidadania. (BRASIL, 2012, p. 277-280)

Continuou o Min. Gilmar Mendes seu voto, aduzindo que não caberia à Corte relativizar princípios fundamentais, posto que uma decisão que garantisse a

força normativa da Constituição poderia abrir um diálogo constitucional entre os poderes e um debate público sobre o tema, tendo destacado, ainda, que existiriam outros mecanismos por meio dos quais poderiam ser barrados candidatos “ficha-suja”, sendo o mais importante deles o voto. Reiterou a impossibilidade do Tribunal flexibilizar princípios diante de um clamor popular ou de uma opinião pública, cuja definição e delimitação é fluida, tendo em vista a presença de grupos de interesses e campanhas midiáticas. (BRASIL, 2012, p. 281-285)

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio votou pela constitucionalidade da lei, tendo considerado que seus “os preceitos são harmônicos com a Carta da República e visam à correção de rumos nessa sofrida pátria, considerado um passado que é de conhecimento de todos” (BRASIL, 2012, p. 327), mas, em sede de debate, rejeitou a retroatividade exortando a segurança jurídica e necessidade de uma resolução prospectiva dos problemas brasileiros (BRASIL, 2012, p. 376).

O decano do STF, Min. Celso de Mello, apesar de ressaltar as respeitáveis razões que motivaram a Lei da Ficha Limpa, considerou que a cidadania ativa é um direito fundamental que seria indevidamente privado sem uma condenação penal definitiva, o que violaria a presunção de não-culpabilidade, no que votou de forma semelhante o presidente, Min. Cezar Peluso. (BRASIL, 2012, p. 362-374)

Encerrou-se o julgamento concluindo-se pela constitucionalidade da lei, mas afastando sua incidência sobre as eleições de 2010, as anteriores e aos mandatos em curso.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência a partir de uma interpretação corretiva de sua jurisprudência deflagrada por meio de iniciativa popular, onde o processo de deliberação acerca do alcance da garantia da presunção de inocência foi discutido pela sociedade civil, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

É importante destacar que o movimento, que culminou com a aprovação da Lei da Ficha-Limpa, tinha a clara determinação de alterar a interpretação oficial acerca do alcance do princípio da presunção de inocência, sobretudo porque foi deflagrada por instituições como a OAB, CNBB, obviamente detentoras de conhecimentos acerca da polêmica constitucional acerca da proposta.

Apesar de ter tramitado sob forte clamor social, o Ficha Limpa levou cerca

de oito meses para ser aprovado na Câmara e no Senado antes de ser enviado à sanção do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Considerado rápido, o trâmite só não superou o tempo despendido pelos parlamentares para aprovar o projeto que tornou crime passível de cassação a compra de votos. Nesse caso, a matéria foi apresentada em 18 de agosto de 1999 e sancionada 42 dias depois, em 29 de setembro do mesmo ano.

Tanto o projeto Ficha Limpa quanto o projeto de cassação por compra de votos foram patrocinados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). (BONIN, 2014)

No ponto, é importante destacar que o movimento de combate à corrupção eleitoral, em 2009, expediu uma Carta dos Juristas<sup>29</sup> a defender expressamente que a presunção de inocência não se aplica às normas de inelegibilidade.

Com efeito, houve expressiva percepção pública em torno da questão, tendo o Congresso Nacional e o STF sido alvo de intenso assédio da opinião pública, mormente através dos meios de comunicação. Merecem destaque as conclusões de Falcão e Oliveira (2012, p. 348) acerca da percepção em torno da questão da “ficha limpa” nas eleições de 2010, sobretudo entre as camadas mais instruídas da população:

Não obstante a baixa percepção da questão do debate sobre a “ficha limpa” durante a campanha eleitoral, a maioria dos brasileiros declarou conhecer ou ter ouvido falar sobre a lei da “ficha limpa” (85% da população). Desse total que disse conhecer a lei, a maioria (73%) soube definir seu conteúdo, ou seja, aproximadamente 60% do eleitorado brasileiro conhece efetivamente a lei da “ficha limpa”.

Como esperado, quanto maiores a escolaridade e a renda, maior o conhecimento da lei e do seu conteúdo. E entre os que souberam definir o que é a lei, 73% declararam tê-la levado em consideração na hora da escolha do voto – ou seja, aproximadamente 44% do eleitorado considerou se o candidato escolhido era ou não “ficha limpa” na hora de votar.

Depois de mensurar o quanto e o quê a população sabe sobre a lei da “ficha limpa”, foi apresentado a todos, de forma bastante simples, o que é a lei: “pela lei da ficha limpa, políticos condenados pela Justiça, ainda que provisoriamente não poderiam concorrer às eleições e assumir cargos eletivos”.

A grande maioria dos brasileiros (87%) aprova a lei e concorda que ela deveria valer já para as eleições de 2010. Novamente, a escolaridade influencia a percepção – quanto maior o grau de instrução, maior a concordância com os benefícios da lei e com sua validade imediata.

Apesar de a maioria conhecer a lei da “ficha limpa”, somente uma minoria (24%) declarou saber algo sobre a participação do Judiciário no caso. O conhecimento e a percepção favorável da Lei da “ficha limpa” precedem o dia das eleições - como indica a pesquisa da AMB (Associação da Magistratura Brasileira) realizada em agosto de 2010.

Em relação ao que sabem sobre a participação do Judiciário no caso, o fato

---

<sup>29</sup> Para maiores detalhes ver Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Carta dos Juristas. 24.08.2009. Obtivo via internet. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/site/pdf/cartajuristas.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2014.



mais citado foi a cassação de candidatos “ficha suja” pelo Judiciário (33%). Apenas 6% mencionaram a divisão de votos no Supremo sobre a validade ou não da lei para as eleições de 2010. Ou seja, menos de 2% do total dos eleitores. (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p.348)

Além disso, é importante destacar que a ótica dialógica foi inclusive mencionada por diversos votos dos Ministros do Supremo, os quais expressamente sustentaram a relevância da interpretação constitucional realizada pela opinião pública e pelo Parlamento, postura essa reconhecida inclusive pela própria mudança de jurisprudência da Corte.

No ponto, cumpre realçar-se como o Supremo trabalhou com a manipulação da variável temporal de modo a garantir que a deliberação se realizasse e se prolongasse na esfera judicial, visto que o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa, por exemplo, permitiu que o Tribunal ganhasse tempo para o preenchimento da vaga aberta pela saída da Min. Ellen Gracie. Tal pedido de vista, além de estender o debate na opinião pública e nos meios jurídicos e políticos, evitou um impasse na Corte semelhante aos ocorridos nos empates nas votações dos casos de Joaquim Roriz<sup>30</sup> e Jader Barbalho<sup>31</sup>:

A posição do Supremo resultou de um impasse interno na corte. Com apenas dez ministros em vez de onze, cinco declararam-se favoráveis à validade imediata da lei, e cinco contrários. Na última sessão do ano de 2010, na qual o plenário se reuniu para discutir o tema, permaneceu o impasse em relação ao critério de desempate. Quem e como desempataria? O impasse prosseguiu, então, em relação às regras regimentais do próprio Supremo. Por falta de uma maioria, acabou permanecendo a interpretação do TSE e, indiretamente, a lei de “ficha limpa” permaneceu válida nas eleições de 2010. Em suma, ao não decidir naquele momento, o Supremo decidiu. (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012, p. 342)

Efetivamente, o caso da Ficha Limpa é uma demonstração cabal de que como instituições podem interagir de modo frutífero em prol de uma melhor solução para questões constitucionais, de maneira que a cidadania iniciou uma nova rodada de discussão sobre um tema constitucional polêmico, redefinindo a leitura da constituição e desafiando o Parlamento, o qual respondeu ao clamor popular, mas de modo dialógico ao aperfeiçoar o conteúdo inicial mais radical da proposta para ponderar pela inclusão da necessidade do duplo grau de jurisdição e da

<sup>30</sup> Para maiores informações ver RE 630147, Rel. Min. Ayres Brito, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 02.12.2011.

<sup>31</sup> Para maiores detalhes ver Emb.Decl. no RE 631102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02.05.2012.

possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade pela instância recursal superior. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal também foi submetido ao clamor popular e, apesar de aceitar a correção de sua jurisprudência pela via legislativa, contribuiu com o aprimoramento da questão ao afastar a possibilidade de aplicação imediata da lei nas eleições de 2010, em respeito à segurança jurídica e à determinação constitucional acerca da anterioridade anual das regras que versam sobre eleições.

#### **4.5 O diálogo institucional e democracia deliberativa**

Barroso (2012, p. 440) ressalta a relação complexa e dinâmica entre o poder judicial e a opinião pública, tendo em vista o caráter democrático de nosso regime, bem como destaca a novidade da percepção sobre esse fenômeno:

O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo, quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento constitucional. Cortes Constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade.

Assim, é possível a reação da opinião pública, bem como dos demais Poderes em face de decisões judiciais no controle de constitucionalidade, obviamente dentro dos parâmetros do Estado de Direito, sendo que tal debate pode ocorrer por meio da repetição do conteúdo do ato normativo anulado, pela aprovação de uma emenda constitucional, bem como pelo debate acadêmico, nos meios de comunicação e pela pressão da opinião pública:

Isto é viável não apenas como discurso ideal, pois na medida em que os programas jurídicos dependem de desenvolvimento concretizador posterior do Direito, uma vez que decisões na região fronteira entre legislação e a prestação jurisdicional tendem a se transferir para o judiciário, não obstante os dispositivos, os discursos judiciais de aplicação devem ser fundamentados de maneira reconhecível pelos elementos tomados nos discursos de justificação. – Considerando que o texto normativo é o início, e que a decisão resultante do discurso de aplicação emana efeitos vinculantes e oponíveis *erga omnes*, inclusive, o ônus de legitimação deverá ser satisfeito pela necessidade de fundamentação jurídica perante um *fórum*

crítico-jurídico ampliado, requerendo a institucionalização de uma esfera pública jurídica que ultrapasse a cultura vigente dos especialistas e que seja suficientemente sensível para tornar, as decisões-chave problemáticas, o foco das controvérsias públicas, mormente quando se tratarem de danos difusos, lesão a direitos humanos ou descumprimento de outros preceitos fundamentais. (CHAI, 2007, p. 302)

Por outro lado, a própria Corte poderá estimular tal debate pelo uso controlado de virtudes passivas ou ativas que fomentem o debate, utilizando-se, criteriosamente, de técnicas de não-decisão ou decisões minimalistas que incentivem a discussão no espaço público.

Todavia, analisando a situação brasileira, Silva (2009) adverte acerca da necessidade do STF falar de forma clara, objetiva e institucional, sobre suas posições em temas constitucionais, por meio de um diálogo interno entre seus membros, que possibilite uma postura consensual, de modo a superar a forma fragmentária atual de julgar, onde as decisões se manifestam como colagens, como somas de votos individuais que não permitem identificar qual a real posição do Tribunal em determinados casos, impedindo-se o início do diálogo que é institucional e não entre pessoas, ou seja: a deliberação deverá iniciar-se dentro do próprio tribunal por meio da troca de argumentos entre os ministros em prol do entendimento interno, de modo se promover uma unidade institucional interna e decisões claras sobre os temas ali postos, o que pode ser obtido por reforma no regime interno da corte, inclusive.

Silva (2009) também defende a superação de uma visão “guilhotina” do controle de constitucionalidade que o reduz, dentro de uma perspectiva meramente processual enraizada no meio jurídico, a um conjunto de ações voltadas para anular leis, de maneira que seja percebida a complexidade da adjudicação constitucional no jogo democrático. Para o referido autor é importante uma discussão em torno das formas de decidir do STF, sobre os modos de fomentar a interação entre os ministros e sobre a possibilidade de diálogo.

Isso porque a legitimidade das instituições no âmbito do Estado Democrático de Direito é aferida a partir da radicalização democrática, de maneira que a legitimidade das decisões em sede de controle de constitucionalidade baseiam-se, também, na deliberação pública, cuja perspectiva dialógica, para além da última palavra, surge como alternativa legitimadora da leitura da constituição:

O debate democrático é como um jogo de bola onde não há árbitro para interpretar definitivamente as regras do jogo e sua aplicação. Mais propriamente, no jogo da democracia, as regras do jogo, não menos que do que sua interpretação, e mesmo a posição do árbitro, são essencialmente contestáveis. Contestação não significa a completa anulação dessas regras, nem o silêncio sobre elas. Quando as liberdades e os direitos básicos são violados, o jogo da democracia é suspenso e transforma-se ou num regime marcial, em guerra civil, ou numa ditadura; quando a política democrática está em pleno vigor, a política é acima de tudo o debate sobre o significado destes direitos, o que eles atribuem ou não, seu alcance e vigência. Numa democracia, não se pode mudar uma determinada interpretação dos direitos e liberdades básicas sem levá-los absolutamente a sério. (BENHABIB, 2007, p. 69)

Ora, na medida em que o uso público da razão demanda a efetiva participação, pela aceitação ou recusa, de todos os cidadãos, da correta interpretação da Constituição, a possibilidade de se superar uma relação adversarial entre os Poderes, equivocadamente sustentada na retórica do guardião da Constituição, poderá abrir espaço para o enriquecimento democrático do debate constitucional, de maneira que os ônus, em torno da tensão entre facticidade e validade no seio dos problemas constitucionais brasileiros, poderão ser compartilhados para além do Poder Judiciário, permitindo-se um processo de aprendizado por meio de uma ampla participação cidadã:

A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma qualidade racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. (HABERMAS, 1997b, p. 27-28)

Desse modo, as decisões devem-se basear no debate e permitir contestação, especialmente na esfera do Poder Executivo e do Poder Judiciário, predominantemente formados por uma burocracia não eleita, de modo que a não-arbitrariedade de decisões nessas esferas está muito pouco ligada ao consentimento, quer pelo fato de que o consentimento explícito é um ideal inviável nas democracias de massa da atualidade, quer pelo fato de que o consentimento implícito, como ausência de protesto, acaba por ser um ideal vazio e insuficiente. Tais considerações levam à percepção de que a não-arbitrariedade demanda muito menos consentimento e muito mais contestabilidade, isto é, a possibilidade de se opor a qualquer decisão contrária a ideais e interesses relevantes é base de uma democracia deliberativa. (PETIT, 2003)

Efetivamente, a busca da legitimidade de uma decisão política não se

encontra na unanimidade ou na regra da maioria, mas na deliberação, a qual não poderá ser confundida com o ato de decisão, uma vez que, na verdade, deliberação é o processo por meio do qual se chega a manifestação de uma determinada vontade coletiva. Aqui as visões que concebem o indivíduo como fonte da decisão, quer sob o acento liberal, quer sob o acento democrático, não percebem que as preferências das pessoas não são pré-políticas, mas são construídas no debate político, sobretudo porque os diversos interesses e valores não são conflituosos apenas entre indivíduos diferentes, mas também dentro do próprio cidadão que internamente possui crenças, valores e princípios incoerentes e contraditórios, além de uma carência de informação que não o habilita a decidir como um *homo oeconomicus*. Assim o princípio de legitimidade de que todos serão governados pelas leis que cada um atribui a si mesmo não será encontrado na vontade de todos (proteção da unanimidade/minorias) ou na vontade da maioria, mas estará na *deliberação* de todos. (MANIN, 2007)

Ora, o Estado democrático de direito não se sustenta em si mesmo, mas no procedimentalismo discursivo dependente de uma “cultura política libertária” e de uma “população acostumada à liberdade”, de maneira que a política deliberativa depende um mundo da vida transigente e racionalizado, isto é, de uma “etidade pós-convencional” ou de um *ethos* democrático. (HABERMAS, 2002, p. 301)

Contudo, Manin (2007, p. 33-34) adverte que a deliberação política e a argumentação, mesmo que demandem um certo nível de cultura e instrução do público, são também um processo de educação e treinamento, visto que ampliam o horizonte dos cidadãos para além de suas experiências pessoais. Essa aprendizagem não se dá no modelo pedagógico de uma elite ilustrada que guia as massas. Na verdade, o povo educa a si mesmo. Ainda que o conhecimento não se distribua igualmente e os discursos tenham pesos diferentes, sempre haverá discordância entre os mais esclarecidos, cujas opiniões e debates serão avaliadas pelo público sem a necessidade de um professor exclusivo e superior.

Desse modo, considerando as vicissitudes históricas do Constitucionalismo brasileiro e a crise constituinte apontada, alternativas como a perspectiva dialógica no bojo do controle de constitucionalidade são capazes de fomentar um real compromisso de se atribuir o direito como *medium* entre a moral e política na sociedade brasileira:

O projeto de realização do direito, que se refere as condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é forma no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito, podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e os modos de solucioná-los. (HABERMAS, 1997b, p. 27-28)

Portanto, a redefinição de instrumentos constitucionais já existentes como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, podem servir como importante meio para o exercício de tal diálogo. O mandado de injunção, tal como reutilizado na nova leitura do STF acerca da greve no setor público<sup>32</sup>, pode aquecer o debate e forçar respostas legislativas e administrativas, ao passo que uma maior divulgação das decisões de procedência nas ações diretas por omissão pode contribuir para uma maior exposição dos demais poderes diante da opinião pública.

A possibilidade de rediscussão, até em nível de emenda constitucional, da relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes no âmbito do *judicial review*, também pode ser trabalhada na perspectiva dialógica, tal como na experiência brasileira da Constituição de 1937, que previu a possibilidade de uma espécie de veto legislativo às decisões do STF em casos de alta relevância levantados pelo Presidente da República. Este diálogo formalmente instituído, já previsto em nossa história constitucional, antecipou previsão constitucional canadense semelhante, mas, quando instituído em nosso país, não se inseriu em um contexto deliberativo e dialógico, tendo servido ao arbítrio e a conveniência política do Executivo<sup>33</sup>, de modo que a discussão em torno da instituição de mecanismos formais nessa seara deve ser realizada com cuidado, de modo a garantir a força normativa da Constituição.

Além disso, a percepção desse fenômeno, no âmbito do Poder Judiciário, pode eliminar a postura adversarial existente por meio de decisões conscientes de seus objetivos dialógicos, de modo a permitir a irrupção do debate, bem como para

---

<sup>32</sup>Ver MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJe de 31.10.2008.

<sup>33</sup> É importante esclarecer, com base em Branco (2010, p. 64,) que o regime brasileiro de 1937 não se encontra nas mesmas circunstâncias políticas do regime canadense de hoje, de maneira que a experiência brasileira daquela época não representou um equilíbrio entre os poderes, mas a preponderância do Executivo em um cenário de ditadura. O autor também destaca que a solução canadense só é possível em um regime em que as instituições são firmes e confiáveis, onde o Parlamento exerce efetivamente o papel representativo em numa sociedade dotada de um espaço público livre e desenvolvido, assim como sensível ao debate das questões políticas.

compartilhar os ônus da leitura da constituição com os demais poderes.

Por outro lado, os demais atores, especialmente o Poder Legislativo e a sociedade civil, podem também contribuir para o diálogo na medida em que deixam de encarar a posição do STF como a última palavra sobre determinado tema, mas apenas como encerramento de uma rodada discussão, a qual pode ser normalmente reiniciada. Nos casos em que o STF exerce as virtudes passivas e silencia ou retarda sua manifestação sobre determinado tema, poderão os demais atores participar efetivamente do debate sobre a questão devolvida ou reacendida pelo Poder Judiciário.

## 5 CONCLUSÃO

A tensão entre a soberania popular e os direitos humanos foi bem enfrentada por Habermas por meio de uma perspectiva sintetizadora dessa aparente oposição, que percebe a co-originalidade das dimensões públicas e privadas da autonomia política cidadã, concepção cuja superação das experiências constitucionais do Estado liberal clássico e dos Estados sociais da primeira metade do séc. XX parecem confirmar seu acerto, na medida em que o simples cálculo individualista de sociedades atomizadas, em torno da autonomia individual, ensejou graves problemas e desigualdades sociais, cuja tentativa de solução, por meio de regimes socialistas, acabou por violar direitos civis e políticos, ao ofuscar a necessária autonomia individual em prol de um interesse geral em torno do bem comum. Essas limitações, pelo desequilíbrio na ênfase entre igualdade e liberdade, são adequadamente superadas na concepção procedimentalista de democracia habermasiana.

Assim, não há que se falar de um antagonismo entre liberdade e igualdade que hierarquiza os direitos fundamentais em detrimento da soberania popular ou os instrumentaliza em face da vontade democrática, na medida em que, como foi demonstrado, esse dilema é superado no Estado democrático de direito que estrutura, em relação de implicação recíproca, a autonomia privada e pública.

Em verdade, a ideia de autolegislação dos cidadãos manifestada na soberania popular tem como pressuposto a discursividade desse processo de autolegislação, que, por sua vez, impede que a vontade popular atue de forma arbitrária, visto que essa vontade democrática dependerá da participação de cada cidadão no processo, onde a liberdade individual de cada um será considerada simetricamente. Uma deliberação exercida nesses termos implicará, portanto, na formação racional-comunicativa da vontade popular, uma vez que a legitimidade das decisões políticas não é definida pela regra da maioria ou pelo respeito à unanimidade (proteção das minorias), mas pela inclusão de todos na deliberação.

Projetou-se, portanto, tal percepção para análise da legitimidade do controle de constitucionalidade em sociedades complexas e multiculturais que repousam em consensos morais e políticos, cada vez mais restritos e tênues, reveladores da necessidade de mecanismos que abram a jurisdição constitucional ao pluralismo.



Desse modo, é por meio da práxis argumentativa que será encontrada a melhor resposta para os problemas constitucionais, através de uma democratização da interpretação constitucional que conte com a participação do autor e aplicador último da constituição, o cidadão.

Em vista do exposto, a perspectiva dialógica aparece como uma alternativa interessante para aliviar a irritação de um sistema de controle intensivo de constitucionalidade como o brasileiro, que apresenta um radicalismo técnico-jurídico por meio de um modelo híbrido que permite, a nível difuso e abstrato, fácil acesso a instrumentos processuais de questionamento de leis e atos normativos em face de uma constituição analítica, além do que está inserido em uma tradição em que o Poder Judiciário possui uma formação muito mais técnica e com menor controle social e político. Desse modo, a democratização da interpretação da Constituição permitirá a divisão dos ônus e responsabilidades em torno das questões constitucionais entre o Supremo Tribunal Federal, a sociedade civil e os demais poderes, evitando-se que a sociedade, mas sobretudo o Parlamento, sejam afastados ou se omitam diante de decisões difíceis sobre direitos dos homossexuais, aborto, temas raciais, justiça social e distributiva, por exemplo, bem como diante de outros temas polêmicos.

Tal perspectiva ganha relevância quando se observa a História constitucional brasileira, permeada por uma crise constituinte, que se caracteriza pela divergência mal resolvida entre os paradigmas do estado de direito burguês, do estado social e do Estado democrático de direito, que impede uma assunção real, por todos os setores da comunidade brasileira, de um compromisso em torno do direito como *médium* para enfrentamento da tensão entre igualdade e liberdade.

Desse modo, a Constituição de 1988, apesar de ser a mais democrática e plural de nossas constituições, ainda enfrenta os problemas históricos fundamentais da sociedade brasileira, que, marcada pela desigualdade e pelo alijamento de grande parte da população do processo decisório, tem dificuldade para concretização de uma cidadania efetiva que afirme a liberdade, mas também a igualdade.

Assim, superando-se uma postura monopolista que pouco contribui para assunção dos compromissos constitucionais pelos demais poderes e pela sociedade, é possível que, sem afastar a força normativa da constituição, a discussão em torno de temas difíceis não seja encerrada na decisão judicial e possa

inclusive ser enriquecida por desafios lançados pela Corte Suprema, pelo Parlamento ou pela opinião pública.

Os exemplos de diálogo constitucional apresentados revelaram como já existe uma prática deliberativa no seio da interpretação da constituição brasileira e como a opinião pública e o Poder Legislativo podem, sem prejuízo da autoridade do Poder Judiciário, contribuir para o enriquecimento, dinamização e democratização da interpretação da constituição.

Os casos citados permitiram a percepção de como o diálogo constitucional pode ser exercido sem qualquer comprometimento da força normativa da constituição, já que revelaram como interpretações razoáveis e soluções criativas podem ser deliberadas por uma sociedade de intérpretes da Constituição, sem qualquer ameaça de ruptura institucional ou de comprometimento dos direitos fundamentais.

Efetivamente, os exemplos apresentados demonstram que o diálogo poderá ocorrer sem ameaçar o exercício da guarda da constituição por parte do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o dogma da última palavra poderá ser redimensionado sob um viés dialógico que atribua ao STF o dever de encerrar rodadas de deliberação sobre o sentido e o alcance da constituição em determinado período de tempo. Uma guarda exercida pelo STF nesses termos garantirá a normatividade da Constituição sem prejuízo de um diálogo que se prolonga no tempo e que pode ser retomado em um momento posterior.

Os casos demonstraram, também, que o diálogo é efetivamente uma via de mão dupla, isto é, o STF, apesar de assediado pela opinião pública ou pela classe política, tem estabelecido com altivez respostas contramajoritárias que o colocaram na posição de “educador da cidadania”, como no caso da Ficha Limpa, onde os arroubos de uma opinião pública tiveram seus excessos ponderados pela afirmação do princípio da irretroatividade pela Corte Suprema brasileira, o mesmo podendo se falar no caso do número de cadeiras de vereadores, onde também foi impedida qualquer aplicação retroativa da EC 58/2009.

Portanto, o diálogo não representa apenas o assédio da opinião pública sobre o STF, mas tem a virtude de, inclusive, proporcionar uma aprendizagem constitucional sob tutoria do Supremo Tribunal Federal, o qual poderá fornecer respostas à sociedade e à classe política, guiando-as na interpretação constitucional e contendo excessos e arbitrariedades; além disso, o diálogo evitará que os temas

constitucionais permaneçam enclausurados em um círculo fechado de especialistas, mas sejam compartilhados e vivenciados pela cidadania.

Assim, a decisão judicial longe de ser um fim, apenas encerra uma rodada de interpretação sobre determinado assunto, a qual certamente não será definitivamente encerrado caso permaneçam arestas na sociedade a serem aparadas.

Efetivamente, na medida em que a própria Constituição federal de 1988 constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e o pluralismo político, onde todo poder emana do povo que o exerce direta ou indiretamente (Art. 1º, caput, II, V e parágrafo único), a guarda exercida pelo Poder Judiciário, e em especial pelo STF, não pode ser confundida com o açambarcamento da interpretação constitucional, a qual deve ser franqueada a todos.

Todavia, as advertências da história que levaram ao fortalecimento do Poder Judiciário não poderão ser desprezadas, uma vez que várias constituições brasileiras foram desvalorizadas pela força do arbítrio, de maneira que a guarda exercida pelo STF cumpre um papel fundamental para garantia da força normativa da Constituição, ainda que tal guarda, repita-se, não possa implicar em uma responsabilidade exclusiva pela leitura e pela afirmação da normatividade do texto fundamental.

Nessa perspectiva, tendo em vista da incapacidade para a formação de um compromisso real em torno dos princípios fundamentais do país, a prática constitucional apresenta-se como condição para aprendizagem democrática de um povo, à medida que práticas se assentam, que valores são debatidos e difundidos, que a estabilidade constitucional vai solidificando as instituições políticas, sociais e culturais, de modo a se criar um verdadeiro sentimento constitucional.

Outrossim, diante de um sistema de controle de constitucionalidade intensivo e com baixo controle social e político como o brasileiro, a perspectiva dialógica aparece como mecanismo de reforço à legitimação democrática do Poder Judiciário e ao aperfeiçoamento da interpretação constitucional no seio de uma sociedade pluralista e complexa, permitindo uma efetiva abertura da atividade de fiscalização constitucional à comunidade de intérpretes, bem como promovendo a assunção da responsabilidade pela concretização da constituição por todos os setores da sociedade.

Encerrada a análise realizada, chegou-se às seguintes conclusões em face do objetivo geral e objetivos específicos delineados:

- 1) O discurso que atribui ao Supremo Tribunal Federal a condição de guardião da Constituição e detentor da última palavra em questões constitucionais carece de legitimidade democrática em uma sociedade complexa e pluralista como brasileira, uma vez que os consensos são restritos e tênues, bem como os direitos fundamentais e a soberania popular estão em relação de implicação recíproca. Tal discurso precisa ser redimensionado, para admitir uma guarda por parte do STF sem que isso implique em sua última palavra nas questões constitucionais.
- 2) O controle de constitucionalidade brasileiro tem sofrido um progressivo reforço e radicalização ao longo da História, no que se tornou um modelo fortíssimo, provavelmente como resposta à síndrome de ineficácia das constituições brasileiras, onde uma persistente crise constituinte releva a resistência do poder de fato para submeter-se ao poder de direito, além do que grande parte da população brasileira sempre permaneceu afastada dos processos decisórios.
- 3) O diálogo constitucional é uma alternativa, não exclusiva, para aumentar o grau de legitimação democrática do controle de constitucionalidade brasileiro, visto que permite reequilibrar a tensão entre autonomia pública e privada comprometida pelo modelo fortíssimo existente, além de permitir uma aprendizagem social e política pela assunção da responsabilidade pela concretização da constituição por todos os setores da sociedade; aprendizagem que é essencial para afirmação do constitucionalismo em nossa sociedade, diante da história de difícil aceitação, pela sociedade brasileira, dos valores liberais e republicanos.
- 4) Os casos analisados permitiram demonstrar que o diálogo constitucional não representa uma ameaça à autoridade do Supremo Tribunal Federal e à força normativa da constituição, uma vez que se dá através de relações convencionais submetidas ao Estado de Direito, isto é, por relações institucionais, mecanismos jurídicos-processuais e comunicativos já existentes. Demonstraram, ainda, que o diálogo constitucional não é um ideal, mas um fenômeno concreto e viável no

âmbito da interpretação e aplicação da constituição.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALARCON, Sylvio. Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, v. 17, n. 26, 2013. Obtida via internet. Disponível em:

<<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

ALENCAR, Francisco; RAMALHO, Lucia Carpi; RIBEIRO, Marcus Venício Toledo Ribeiro. **História da Sociedade Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 19, n. 74, (abr./jun. 1982), 33-68, 1982.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Constitucionalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 23, n. 91, (jul./set. 1986), 05-62, 1986.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. Obtida via internet. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/10028/historia\\_constitucional\\_barbosa.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/10028/historia_constitucional_barbosa.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Editora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENHABIB, S. Sobre um modelo de deliberativa de legitimidade democrática. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis. **Democracia deliberativa**. Tradução de Rúrion Melo e Denilson Luis Werle. São Paulo: Singular/Esfere Pública, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição. Para uma crítica do**

**constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. U.S. Bobbs-Merrill, 1962.

\_\_\_\_\_. Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, v. 75. 40 1961-1962

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A evolução constitucional do Brasil. **Estud. av.**, São Paulo, v. 14, n. 40, Dec. 2000. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-0142000000300016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0142000000300016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BONIN, Robson. Ficha Limpa é o quarto projeto de iniciativa popular a se tornar lei. G1. 20.05.2010. Obtido via internet. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. **Direito Público**. Vol. 1, No 31 (2010). Jan-fev/2010. Obtida via internet. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/800/1056>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988**. Texto Compilado. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 518/2009**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art.14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. BISCAIA, Antonio Carlos *et al.* Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=452953>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da constituição federal. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm)>. Acesso em 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências.<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Obtida via internet. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>.  
Acesso em: 18 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Obtida via internet. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>.  
Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm). Acesso em: 18 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer n° 91, de 2007a, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Sobre a Proposta de Emenda à Constituição n° 2, de 2007, tendo como o 1º signatário o Senador Marco Maciel, que acrescenta parágrafo ao art. 17 da Constituição Federal, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral. VASCONCELOS, Jarbas. Obtido via internet. Disponível em:  
<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=79844](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79844)>.  
Acesso em: 28 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 03 de junho de 1822**. Publicação Original. Obtida via internet. Disponível em:  
<[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/anterioresa1824/decreto-38942-3-junho-1822-568265-publicacaooriginal-91649-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/anterioresa1824/decreto-38942-3-junho-1822-568265-publicacaooriginal-91649-pe.html)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Publicação Original. Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n° 2.271, de 22 de julho de 1954**. Provê sobre a argüição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Obtida via internet.



Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-2271-22-julho-1954-361468-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.** Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006.** Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm)>. Acesso em 10.12.2014.

\_\_\_\_\_. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)>. Acesso em: 31 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 14.** Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Célio Borja, Brasília, DF, Diário da Justiça 13.09.1998. Obtido via internet. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266158>>. Acesso em 20.01.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.1.351-3.** Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC DO B e Outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, Diário Oficial da União 30.03.2007b, Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+1351.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+1351.ACMS.%29&base=b>>.

aseAcordaos&url=http://tinyurl.com/apt5am6>. Acesso em: 28 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 2253**, Rel. Min. Mauricio Correa. Brasília, DF, Diário Oficial da União: DJ. 07.05. 2004,. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375360>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3772**, Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça Eletrônico**, 27.03.2009. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4307**. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Congresso Nacional, Partido Trabalhista Cristão – PTC e Partido da Mobilização Nacional – PMN. Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 11.04.2013, Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4597944>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4578**, Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais, Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República, DJe 29.06.2012. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144**, Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 25.02.2010. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>.  
Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 153.771/MG**. Recorrente: Jose Tarcizio de Almeida Melo. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, DF, DJ 05.09.1997, p. 41892. Obtido via internet. Disponível em  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJe 31.10.2008, Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>.  
Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 726**. Obtida via internet. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=726.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 668**. Obtida via internet. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=668.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no Recurso Extraordinário n. 631.102/PA**. Embargante: Jader Fontenele Barbalho. Embargado: Ministério Público Eleitoral. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02.05.2012. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1954517>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 276.546/SP**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Palmeira D'oeste e Outros. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000012995&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 630.147/DF**. Recorrente: Coligação Esperança Renovada (PSC/PP/PR/DEM/PSDC/PRTB/PMN/PSDB e PT do B). Recorridos: Antônio Carlos de Andrade e Outros. Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 05.12.2011. Obtido via internet. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

\_\_\_\_\_. **Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e veto à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique; et al. **História Geral da civilização brasileira: o Brasil republicano**; t. 3; v. 8,8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CARVALHO, Ernane. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, jun./2007. Obtida via internet. Disponível em:  
<[www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n28/a11n28.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8. ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Rio de

Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Contrôlo da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas**: de maquiavel a nossos dias. Tradução de Lydiá Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1980.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato. **Livro de ouro da História do Brasil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

DINO, Flávio; et al. **A reforma do judiciário**: comentários a emenda n. 45/2004. Niterói: Impetus, 2005.

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

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim. OLIVEIRA, Fabiana. Poder Judiciário e Competição Política: as eleições de 2010 e a lei da “ficha-limpa”. **Opinião Pública**. Campinas, vol. 18, nº 2, novembro, 2012, p. 337-354. Obtida via internet. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v18n2/a04v18n2.pdf>>. Acesso em 31 dez. 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo; Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FREGE, Gottlob. Teoria do significado: sentido, referência e verdade. In: MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**. V. 73, N. 2, maio, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação – ensaios filosóficos**; tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004

\_\_\_\_\_. **Era das transições**; tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como “ideologia”.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

JERPHAGNON, Lucien. **História das grandes filosofias.** São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KATYAL Neal Kumar. **Judges as Advicegivers.** Stanford Law Review. V. 50, 1997-1998, 116 p, 1709 – 1824)

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LALLEMENT, Michel. **História das ideias sociológicas:** de Parsons aos contemporâneos. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2004.

LECHTE, John. **Cinquenta pensadores contemporâneos essenciais:** do estruturalismo à pós-modernidade. tradução de Fábio Fernandes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

LEAL, Aurelino. **Historia constitucional do Brazil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

LESSA, Renato. As aventuras do Barão de Munchausen: notas sobre a tradição presidencialista brasileira. In: LANZARO, Jorge (Org.). **Tipos de presidencialismo y condiciones políticas in América Latina.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Argentina: CLACSO, 2002. Obtido via internet. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/ufma/docDetail.action?docID=10092080&p00=renato%20lessa>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil:** uma interpretação.

3. ed. São Paulo: Senac, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política.** Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro, 2004.

MANIN, Bernard. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis. **Democracia deliberativa.** Tradução de Rúrion Melo e Denilson Luis Werle. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2007.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory.** 2. ed. rev. Oregon: Hart Publishing, 2005.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade - o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.** Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos, CEBRAP, n. 58, novembro 2000, pp. 183-202.

MEDINA, José. **Linguagem: conceitos-chave em filosofia.** Tradução de Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional.** v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. In: Cadernos da Escola do Legislativo - Número 02 - julho/dezembro 1994. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes\\_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/02.html](http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/02.html)>. Acesso em: 09 dez. 2014

NALINI, José Renato. O poder judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). **Tratado de direito constitucional.** v. 1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa.** Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996. Obtida via internet. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUEIRA, Ruben. Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa.** p. 11-20, Janeiro a Março – 1968. Obtida via internet. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180774/000349391.pdf?sequen>>

ce=1>. Acesso em: 03 jun. 2014.

PETIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**; tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000b.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis, RJ; Vozes, 2012.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo da teoria crítica. In: Marcos Nobre (Org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas, SP: Papirus, 2008.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rabelo. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SABBAG, Eduardo Moraes. **Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2009.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **O pré-constitucionalismo na América**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

\_\_\_\_\_. **O sentimento constitucional e a defesa do interesse público**. Conferência proferida na 3ª Jornada Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. São Luís, 07, 08 e 09 de novembro de 2007.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro – evolução institucional**. São Paulo: Malheiro, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. v. 250. 2009. p. 197-227. Obtida via internet. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis**: constituição e unidade na formação do Brasil (1822-1834). 2006. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-13072007-114942/>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil**: de Getúlio Vargas à Castelo Branco, 1930-1964. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

SUSTEIN. Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18, n. 70, jan – mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TELLES, Eduardo Maccari. Capacidade Contributiva e Progressividade no IPTU. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, Volume 4, número 42, novembro/2002. Obtida via internet. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_42/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_42/index.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 2 (jul./dez., 2008), p. 441-464, 2008.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Texto editores, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. Obtida via internet. Disponível em: <<http://www.fortthomas.kyschools.us/userfiles/363/Classes/10174/CoreofCaseAgainstJudicialReview.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2013.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.