XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JULIANA RODRIGUES FREITAS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem osmeios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Juliana Rodrigues Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Belém-PA, de 13 a 15 de novembro de 2019, sob o tema geral "Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia do século XXI". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com o Centro Universitário do Pará – CESUPA e o seu Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Profª. Drª. Juliana Rodrigues Freitas - Centro Universitario do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

ALTERNATIVES TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Andre Beckmann De Castro Menezes [1]

Resumo

A jurisdição constitucional é meio de controle dos poderes do Estado e, por vezes, encontra-se atrelada às políticas públicas, como fundamento ou objeto de implementação. A admissão da forma fraca de controle judicial e o regime de supremacia do parlamento são alternativas à jurisdição constitucional. A judicial review funciona como instrumento de reformas sociais e proteção de minorias. Todos são intérpretes da Constituição na busca pelo seu significado mais atual. O controle de constitucionalidade visa a garantia de direitos fundamentais e, por isso, a busca por alternativas de meios de controle é contínua para não sobrecarregar a posição do Judiciário.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Controle de constitucionalidade, Alternativas à jurisdição constitucional, Intérpretes da constituição, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Constitutional jurisdiction is necessary to control the powers of the state and, sometimes, is tied to the observation of public policies. The admission of the weak form of judicial control and the regime of supremacy of the parliament are alternatives to the constitutional jurisdiction. Judicial review should be seen as an instrument of social reform and protection of minorities. In fact, all people are interpreters of the Constitution to find its actual meaning. The control of constitutionality must guarantee the fundamental rights and, therefore, the search for multiples alternatives of control is important to protect the performance of the Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Judicial review, Alternatives to judicial review, Interpreters of the constitution, Judicial activism

---

[1] Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Cesupa. Especialista em Direito Processual. Professor de Direito Processual Civil. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a compreensão dos métodos alternativos à jurisdição constitucional, assim como concluir sobre a importância de continuar a busca por novas alternativas como meio de controle de constitucionalidade e garantia de exercício pleno da cidadania.

Para alcançar esse propósito, o trabalho será dividido em 4 itens. No primeiro (excluindo esta breve introdução), apresentar-se-á a importância da jurisdição constitucional no modelo de "freios e contrapesos" diante dos demais poderes do Estado.

Em seguida, far-se-á breve exame dos modelos alternativos à jurisdição constitucional que se podem conferir nos países democráticos, analisando se são positivos ou não e se realmente servem ao desiderato a que se propõem. Este é o ponto nuclear do trabalho.

O passo seguinte é buscar entender se o papel de intérprete da Constituição é (ou deve ser) exclusivamente do Poder Judiciário para, enfim, responder se há ou não uma necessidade de se manter viva e ativa a necessidade de se buscar modelos alternativos.

Sem a pretensão de esgotar o tema ou mesmo sugerir modelos de modificação, o trabalho tem por interesse levantar o problema para futuras reflexões e aprofundamento.

Tendo em vista o objetivo do artigo, a linha de pesquisa que resultou no presente texto foi ancorada, quanto ao tipo de abordagem, em pesquisa qualitativa e, quanto ao procedimento metodológico, em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos, nacionais e internacionais, pertinentes ao tema.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA INDEPENDÊNCIA POLÍTICA

Importante esclarecer o que se entende por jurisdição constitucional - ou justiça constitucional - e apontar seus dois modelos principais.

A jurisdição constitucional nasce da necessidade de controle dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, ao mesmo tempo que visa imprimir uma unidade de interpretação das normas jurídicas. No modelo estadunidense, a Suprema Corte exerce a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária e confere independência judicial através da garantia da vitaliciedade dos juízes.

O modelo estadunidense traz o controle judicial como uma de suas principais características e é imitado no mundo inteiro, sendo pioneiro na espécie do *judicial review*. Tushnet (2010), em contraponto, afirma que o modelo de controle judicial alemão chega a ser mais influente que o estadunidense. Seguindo, em realidade, o modelo austríaco

(Kelseniano) de controle de constitucionalidade, o modelo alemão tem por base um tribunal autônomo, exclusivamente constitucional.

Cappelletti (1986) ao apresentar a evolução da jurisdição constitucional, questiona se é devido renegar as ideias de Montesquieu quanto à sua teoria de separação dos poderes. Isso se dá pelo fato de que a separação dos poderes de Montesquieu hierarquizava os três poderes, de modo que o Poder Judiciário, como *bouche de la loi* era inferior aos demais, não lhe competindo interpretar a lei, mas somente aplicá-la. A ideia do constitucionalismo francês, na sua origem, não admitia uma supremacia da Constituição, mas sim do parlamento, em virtude da necessidade de controlar os poderes da monarquia absolutista, cuja revolução francesa combateu para instituir um novo regime. Tratava-se de garantir o poder supremo ao Parlamento.

Ao contrário do papel importante do Judiciário nos EUA, cuja separação de poderes é compreendida pela famosa expressão de *checks and balances*, na França o Poder Judiciário assume um papel totalmente subordinado (CAPPELLETTI, 1986).

O sentido de uma justiça constitucional, como defende Cappelletti (1986) é garantir que o poder do governo esteja limitado por normas constitucionais. De fato, não se pode garantir controle político a partir "de dentro" do sistema, mas necessariamente, há de se contar com instrumentos externos. O perigo do absolutismo monárquico residia também numa possível ditadura do legislativo. Desenvolveu-se, então, na França, a partir de 1971, un *Conseil Constitutionnel*, como um órgão independente, quase judicial, cujo papel era o controle da constitucionalidade de normas que violavam os direitos fundamentais.

O exemplo francês é emblemático, porque na França se demorou a admitir a ideia de controle de constitucionalidade ou de atuação de uma jurisdição constitucional, cuja separação dos poderes, em termos evoluídos da ideia original de Mostesquieu, é salutar.

Como concluiu Cappelletti (1986), o controle judicial aparece como um instrumento fundamental para proteger os direitos humanos, num plano **nacional e transnacional**. Sua razão de ser é o controle do poder político e a proteção aos direitos individuais e coletivos contra o abuso deste poder.

Grimm (2006) defende que os tribunais constitucionais, ao longo da história, mostraram-se capazes de funcionar como instrumentos necessários para controle do poder político. Todavia, o autor salienta que essa função fiscalizadora somente é garantida se for mantida afastada da política.

Salienta Grimm (2006) que existem dois pontos fundamentais para garantir essa independência da política: o cuidado quanto à formação do tribunal, através da nomeação dos juízes constitucionais, e a manutenção da autonomia jurisdicional destas cortes.

Acerca do recrutamento dos juízes, o autor aponta que o voto direto da população em juízes candidatos teria o condão de aproximá-los da política e não os afastar (envolveria, inevitavelmente, a realização de campanha política). Continua o autor apontando que, uma segunda alternativa - a "escolha dos juízes feita pelo próprio tribunal" - além de distanciar-se ainda mais da legitimação democrática (os juízes, ao contrário dos membros do executivo e do legislativo, não são eleitos), serviria para uma petrificação da jurisprudência, com a manutenção do modo de pensar, pois seria lógico admitir que o tribunal traria para composição da corte, juristas que se mostrassem, ao longo de sua história pessoal, alinhados à posição do próprio tribunal.

Admite, então, o autor, o método de escolha feita por dois órgãos independentes (duas casas do congresso, por exemplo). Todavia, novamente, critica tal alternativa, pois a prática demonstra que os partidos políticos atuam por detrás e conluiem para aproximação dos votos nas duas casas. Assim, o critério que Grimm (2006) considera mais relevante é a aprovação do nome do juiz constitucional por quórum qualificado de 2/3, o que exige que, no mínimo, haja acordo entre situação e oposição, de modo a não permitir o ataque aos direitos das minorias.

Haberle (2010) também aponta que o procedimento de escolha de juízes através de eleição exige que estes se aproximem dos partidos políticos, segundo o velho brocardo latim *do ut des* (dou para que tu dês).

Portanto, a autonomia jurisdicional constitucional face à política deve ser buscada através do princípio da independência do juiz. A verificação do afastamento da política é percebida pelo método jurídico de interpretação e a vinculação às decisões anteriores do tribunal. Como defende Grimm (2006, p. 174), o intuito é promover uma "discussão objetiva a respeito da decisão juridicamente correta, não da politicamente correta".

Vale apontar que a crença do autor no bom funcionamento dos debates jurídicos afastados de influência política não representa necessariamente o cenário percebido no Brasil.

A verdade é que não se pode imaginar qualquer atuação do Estado, seja por qualquer de seus poderes, sem que haja interferência política. Aliás, é bom que se saliente que a política não é má, mas é necessária para a evolução das relações humanas. A má

política, tal qual genericamente se vê no Brasil, contamina a opinião pública com descrédito e pouco (ou nenhum) envolvimento dos cidadãos para transformação da sociedade. No entanto, decisões constitucionais são sim, pelo menos em algumas situações, inevitavelmente decisões de políticas públicas.

3. ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tushnet (2010) defende que o constitucionalismo moderno exige que o povo possa estabelecer as bases políticas com as quais deseja viver, de modo que a própria Constituição estabeleça limites às escolhas políticas a serem tomadas. Ou seja, se o processo democrático viesse a produzir políticas incompatíveis com a Magna Carta, os limites ali estabelecidos garantiriam o respeito à escolha do povo.

Historicamente são identificadas duas formas de controle: (a) a supremacia parlamentar e (b) o controle judicial. Tushnet (2010) aponta ainda o reconhecimento de um terceiro mecanismo de controle: a doutrina *ultra vires* (fora dos limites), através da qual o legislador confere possibilidade de prática de um ato, dentro da seara da discricionariedade, a qual o Poder Judiciário considerou ilegal.

O autor cita que, no final do século XX, apenas a Austrália e a Nova Zelândia ainda permaneciam sob controle da supremacia parlamentar. O fato é que o mundo democrático percebeu a necessidade de desenvolver um método de atuação do Judiciário no exercício desse controle. Muitas vezes, preferiu-se a criação de Tribunais Constitucionais exclusivos, como se tem no Brasil, diferentemente do modelo estadunidense (tido erradamente como universalmente paradigmático), no qual o tribunal constitucional é também um tribunal ordinário.

Diante da premissa de que é possível existirem divergências razoáveis de interpretação acerca da violação (ou observância) de normas constitucionais (vale notar que o próprio tribunal constitucional pode alterar o entendimento anterior, o que demonstra a razoabilidade da divergência), torna-se imprescindível manter a cautela para admitir que a interpretação dada pelo Judiciário seria melhor que aquela dada pelo Parlamento (por ocasião da legislatura) à determinada hipótese concreta. Ou seja, é o cuidado de se verificar qual poder acaba sendo preponderante na palavra final acerca da atuação da norma constitucional.

Daí a adoção, por alguns países, do modelo “fraco ou forte de controle judicial”, expressão trazida por Tushnet (2010).

É, portanto, a forma forte de controle judicial "um sistema no qual a interpretação da Constituição pelo Judiciário é final e não pode ser modificada por maiorias legislativas comuns" (TUSHNET, 2010, p. 57), sobrepondo-se sobre a interpretação também razoável do Legislativo. Ressalte-se que as interpretações poderiam ser modificadas por emenda constitucional ou por evolução no entendimento dos próprios tribunais.

Os EUA adotam o modelo forte de controle de constitucionalidade, o que pode ser ilustrado através do caso *Cooper v. Aaron*, no qual se declarou a qualidade dos Tribunais Federais como supremos para interpretar a norma constitucional, atribuindo, em consequência, obrigatoriedade ao legislativo em seguir tal interpretação.

Nessa hipótese de controle forte, a decisão judicial somente será superada quando houver emenda constitucional atribuindo evidentemente (e propositadamente) novo sentido à norma ou quando for superado o entendimento do tribunal constitucional (o que ocorre, normalmente, pela substituição dos julgadores, seja por morte, seja em razão de aposentadoria).

A forma fraca de controle judicial é desenvolvida para "diminuir as tensões entre o controle judicial e o autogoverno democrático (parlamento), desenvolvendo meios mais céleres de reação popular contra as decisões que se acredita estarem erradas" (TUSHNET, 2010. 44). Ou seja, deixa-se de estar dependente de mudança apenas por emenda constitucional ou modificação do quadro de juízes. Como acentua o autor, trata-se, em suma, de alternativas binárias quanto à sua definitividade normativa.

Em resumo, pode-se identificar o sistema de controle de constitucionalidade a partir da observação de relacionamento entre o Judiciário e o Legislativo. Quando o Legislativo nada faz diante da última palavra do Judiciário, tem-se um controle forte; quando o Legislativo age eventualmente, tem-se a forma fraca de controle judicial; quando o Legislativo age sempre contra a decisão judicial, tem-se o sistema da supremacia parlamentar (TUSHNET, 2010).

Observe-se, portanto, que a admissão da forma fraca de controle judicial e o regime de supremacia do parlamento são alternativas à jurisdição constitucional, adotada majoritariamente nos países democráticos.

Para explicar melhor o modelo de forma fraca de controle constitucional judicial, Tushnet (2010) usa como exemplo o sistema encontrado em três países de democracia consolidada e de reconhecida atuação em respeito aos direitos fundamentais: Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá.

Na **Nova Zelândia**, o autor identifica a "ordem interpretativa" caracterizada pela existência de uma norma ordinária (*Bill of Rights*) que orienta a interpretação das normas que versem sobre direitos e liberdades ali previstas. Ou seja, a interpretação deve ser aquela compatível aos direitos e liberdades previstos no *Bill of Rights*. Isso significa dizer que a "ordem interpretativa", vai além de fornecer método de interpretação, tornando-se verdadeiramente uma forma de controle judicial. A decisão judicial, então, tem a característica de mostrar ao Legislativo que a interpretação da lei não pode se afastar da orientação baseada nos valores protegidos. Em caso de discordância do Legislativo acerca da interpretação apresentada, a forma fraca de controle de constitucionalidade não exige reedição da lei ou sua explicação, pois a norma é hígida.

O *Human Rights Act* do Reino Unido é, para Tushnet (2010), uma "ordem interpretativa reforçada". Ou seja, os tribunais têm autorização para interpretar a lei de acordo com os direitos fundamentais e, se isso não for possível, declarar a incompatibilidade constitucional da norma. A intenção é provocar uma atuação concreta do Legislativo para alterar a lei que continua em vigência. O grande avanço do *Human Rights Act* foi considerar sua aplicação --- que apresenta boa parte dos princípios da Convenção Europeia ---uma questão de direito interno e não de direito internacional.

Na *Charter of Rights* canadense, baseia-se o terceiro modelo de forma fraca de controle de constitucionalidade apontada pelo autor. Trata-se de dar jurisdição constitucional ao Poder Legislativo estabelecendo um diálogo entre os dois poderes. Aliás, leva-se a atividade de diálogo ao povo, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário (CANELLAS, 2016).

Assim, pode o legislativo suspender a eficácia da decisão judicial pelo prazo de até 5 (cinco) anos (período de uma legislatura), permitindo que o voto direto defina a questão através das próximas eleições diretas, ou mesmo usar outros métodos de democracia deliberativa como o referendo e o plebiscito. No Canadá, há o "*override power*" legislativo, o aparecimento de um espaço institucional dialógico entre o Poder Legislativo estadual e a Corte Suprema.

Silva (2016, p.), conclui:

> Em outras palavras, através da substituição do arquétipo clássico estadunidense de supremacia jurídica e política das Supremas Cortes pelo modelo dialógico canadense, será concretizado o princípio da separação e harmonia entre os Poderes. Afinal, maximiza-se o valor da democracia pela inclusão do Poder Legislativo no processo de controle de constitucionalidade.

Uma das consequências da adoção da forma fraca de controle é possibilitar a revisão da interpretação constitucional em um período mais curto de tempo.

Tushnet (2010) explica que, primeiramente Robert Dahl e, em seguida, Barry Friedman, apresentaram um modelo dialógico da Corte Suprema estadunidense e o Poder Político, sendo na verdade a coalização política que mantém as decisões judiciais, mesmo após a aposentadoria ou falecimento dos julgadores. Isso se verifica, presentemente, na possibilidade que teria os EUA na mudança de visão da *Supreme Court* caso tivesse sido eleita a candidata Hillary Clinton, eis que possibilitaria uma composição democrata majoritária na Corte Maior, como não se vê há muitas décadas.

É relevante destacar o papel dos movimentos sociais na influência do direito constitucional, seja através de eleição de representantes que vão contribuir para modificação dos tribunais (ou seja, refere-se ao modelo cientista-político), seja pela pressão social exercida diretamente sobre os juízes para reavaliarem seus posicionamentos.

Bruce Ackerman apresentou o modelo do *switch in time,* como solução de mudança ainda mais rápida no entendimento dos tribunais. A expressão idiomática é usada para se referir à mudança de posicionamento que visa evitar tensões e conflitos sociais, a partir da pressão do Legislativo que quer fazer receber pelo sistema constitucional determinada norma de política pública que julga importante. Trata-se de diálogo em tempo real, que coloca em patamar de igualdade as interpretações constitucionais do Legislativo e do Judiciário.

É possível identificar no Brasil a participação da coletividade de forma organizada ou através de protestos em mídias sociais e passeatas, com notoriedade suficiente para alargar a interpretação de normas constitucionais, cujo entendimento refletiu a ânsia popular por mudanças. É possível citar, sem enfrentar o mérito ou apresentar posição pessoal acerca da discussão (pois não é objeto do presente), as decisões sobre a prisão após a condenação em segundo grau de jurisdição (e antes do trânsito em julgado), o casamento entre pessoas de mesmo sexo, entre outros temas, cuja relevância foram tratados também por movimentos sociais. É uma questão emblemática no Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da obrigatoriedade de recolhimento previdenciário dos aposentados, conseguida após reforma da composição do STF, como evidente resultado da influência do Executivo sobre o Judiciário (apesar de não ser exatamente este o modelo dialógico defendido pelo autor).

No seu texto, Tushnet (2010) preocupa-se em investigar se é possível adotar, ao mesmo tempo, um modelo forte e fraco de controle de constitucionalidade, ao que ele denomina de controle misto. Para isso, apresenta algumas dificuldades que teriam que ser superadas: (a) como graduar em importância preceitos constitucionais? Haveria evidente dificuldade para estabelecer critérios de distribuição dos temas: qual seria passível de controle forte ou fraco? A última palavra, portanto, pertenceria ao Judiciário ou ao Legislativo?; (b) é possível admitir que o Legislativo adotasse uma postura de ignorar as decisões tomadas sob a forma "fraca", visto que o foco judicial se daria apenas nas matérias de controle "forte". Ou seja, existiriam matérias que estariam sob o jugo final do legislativo e outras sob o controle judicial. Os problemas sugeridos se mostram sem solução.

A respeito da possibilidade da existência de um controle misto, Tushnet (2010) explica que nos EUA existe uma forma forte de controle, com alguns traços que se aproximam da forma fraca. Para explicar esse sistema que se aproximaria ao do controle misto, o autor aponta relevante diferenciação entre o Thayerismo e o controle deferente.

Thayer, *apud* Tushnet (2010), defende a anulação da lei por inconstitucionalidade quando esta fosse "manifestamente incompatível" com a Constituição, ou seja, reconhecendo graus de inconstitucionalidade, enquadrando a questão passível de controle num âmbito que escapasse aos argumentos racionais (regra do *clear mistake*). Não se trata de uma questão binária: ou é ou não é constitucional. Para Thayer, trata-se de uma questão de grau: ou é muito ou pouco inconstitucional, merecendo atenção apenas a hipótese mais grave.

O controle deferente permite ao julgador que defina que a lei é ruim em termos de políticas públicas, mas que, apesar disso, não pode ser extirpada do sistema por inconstitucionalidade.

O controle Thayeriano se apresenta como uma alternativa ao controle forte judicial. Possui um evidente caráter pedagógico de apontar o caminho a ser seguido pelo Legislativo, esperando deste Poder uma reflexão e, por conseguinte, uma modificação da lei para torná-la compatível à Constituição.

Ocorre que essa alternativa se mostra inviável na prática para alcançar as mudanças necessárias na legislação, visto que não sendo obrigatórias, o Parlamento deverá manter sua ideia original. Tushnet (2010) resume que a Corte Thayeriana espera ensinar o legislativo a cumprir com suas obrigações constitucionais, mas "os alunos" tendem a acreditar que a lição é desnecessária.

O autor, ao final, tende a acreditar que as formas de controle forte e fraca são tão diferentes que podem ser **tratadas como excludentes**, uma da outra, de modo que nega a coexistência ou a possibilidade de controle misto.

Portanto, percebe-se que, até o presente momento, os países democráticos adotam como regra o sistema de controle judicial de constitucionalidade, mas que são reconhecidos os meios alternativos da forma fraca de controle judicial e, ainda, o regime de supremacia do parlamento.

4 DA *JUDICIAL REVIEW* À SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.

O controle jurisdicional de constitucionalidade - a *judicial review* - evoluiu de uma garantia contra o uso antidemocrático do poder para uma forma de obstáculo dos avanços sociais e manutenção do *status quo*. A Constituição como símbolo de unidade e estabilidade era interpretada como última palavra pela Corte Suprema dos EUA. Laski, em Yale, faz uma crítica ao *judicial review*, eis que não admite a hipótese de que uma grande nação submeta o controle de suas políticas públicas a nove juízes que não estão sujeitos a responsabilização de seus atos. Historicamente, nos EUA, a crise advinda do *new deal* possibilitou um freio na intervenção judicial.

Porém, a *judicial review* se reformulou para se adaptar a um novo estado, precisamente como instrumento de reformas sociais e proteção de minorias, passando a ser um modelo exportado e seguido pelas constituições pós segunda grande guerra.

O modelo europeu, em muito influenciado pelo sistema Kelseniano, desenvolve-se como meio de controle do Estado, em razão da experiência negativa dos regimes totalitários vivenciado no continente. Para acolhida do modelo de Kelsen, (2003) é criado o Tribunal Constitucional, especial, diferenciado, alterando, inclusive, a tradicional divisão de poderes. Para Kelsen, o Tribunal Constitucional deveria cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição

As constituições advindas após a segunda guerra mundial têm um conteúdo de proteção aos direitos humanos e, neste sentido, o exemplo americano ganha força para perpetuar o *judicial review*.

Para Ruiz (2005), o sistema de controle de constitucionalidade através de tribunais constitucionais torna-se uma alternativa ao *judicial review* (dos tribunais ordinários). Os tribunais constitucionais passam a desempenhar um papel fundamental nos processos políticos de transição, atuando como poder legitimador, em nome da

Constituição. Daí ser pensado um meio diferente da escolha destes julgadores, diferentes dos juízes ordinários que acabavam por representar a ordem histórica já posta.

Para além da função de resolver conflitos, o tribunal constitucional desempenha um papel político, de intérprete dos princípios constitucionais, preocupados com a normatividade de suas decisões e sua continuidade no tempo. Assim, a função principal é de fixação de regras que previnam o surgimento de novos conflitos. É a atuação em defesa da constituição e de formação de um verdadeiro direito constitucional.

Após estabelecer-se a transição, os tribunais constitucionais passaram a desenvolver um novo papel, com um risco (e não uma proteção) ao processo político vigente. Ruiz (2005) admite que os tribunais passaram do controle de constitucionalidade para o controle de microconstitucionalidade, preocupando-se mais com a lei em concreto que em abstrato, desvirtuando o motivo pelo qual foram criados.

Neste contexto, a proteção da ordem constitucional passou a funcionar da seguinte maneira: ou reconhece a constitucionalidade ou simplesmente afasta o ato normativo não recepcionado do sistema jurídico. O Poder Judiciário é quem detém a última palavra, de modo que sua decisão tem força vinculante *erga omnes*. É possível perceber os traços da ideia original de Kelsen, para quem essa atuação judicial corresponderia mais a uma função legislativa negativa, ou seja, a anulação das leis inconstitucionais não se daria por uma atividade jurisdicional comum, mas por uma função legislativa negativa exercida por um tribunal especial. Não haveria quebra do princípio da separação dos poderes, expressão que, aliás, Kelsen prefere substituir por "divisão de poderes" (KELSEN, 2003).

O modelo criado por Kelsen de controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional possuía uma função "*regulada, pozitivada, racionalizada y, em definitiva, limitada*" (CRUZ VILLALON, *apud,* RUIZ, 2005, p. 59). Ou seja, a inconstitucionalidade da lei não afetava sua eficácia, a não ser quando submetida a um procedimento especial de apreciação da matéria. Atuar em conformidade à Constituição é muito mais que não agir contra ela. Os tribunais constitucionais europeus passam a adquirir uma importância na democracia europeia, diagnosticada como "a court-centered democracy".

Nesse quadro, inicia-se o fenômeno do controle de constitucionalidade feito pelos juízes ordinários, nem sempre segundo a posição dos tribunais constitucionais.

Aliás, este é um problema vivenciado no Brasil, cujas alterações significativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de

2016, visam combater, justamente através de exigência de observação dos precedentes e da vinculação e obrigatoriedade vertical das decisões.

Os tribunais constitucionais, nesse modelo de controle difuso de constitucionalidade, acabam se constituindo em juízes de juízes acerca da aplicação da Constituição. A crítica maior reside no cuidado de não transformar o Tribunal Constitucional em um tribunal de casos, observando sua natureza de um tribunal de normas.

Contudo, mesmo no sistema de controle forte da constituição, onde a última palavra é do Poder Judiciário, no qual se verifica a atuação de um tribunal constitucional (cuja competência pode ou não ser exclusiva para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, como é o caso do Brasil, que admite o controle difuso), é preciso reconhecer que, em realidade, todos são verdadeiros intérpretes da Constituição.

Este é o modelo ideal de Sir Popper: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nos dizeres de Haberle (2010), o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, considera todos os cidadãos no processo de interpretação constitucional. A Constituição deve ser vista como instrumento normativo de todos e para todos, incluindo a proteção dos direitos fundamentais como de qualquer outro direito, a partir da permissão de acesso jurisdicional do cidadão à reclamação constitucional.

Um dos exemplos mais ilustrativos da consideração de uma sociedade aberta de intérpretes diz respeito ao aumento da participação da figura do *amicus curiae* nos processos coletivos e mesmo nos individuais, cujas decisões judiciais têm efeitos *erga omnes*, de vinculação obrigatória. Novamente, vale salientar o caminho escolhido pelo Brasil para percorrer, verificado a partir do Código de Processo Civil que intensificou o papel e aumentou a possibilidade de ingresso do *amicus curiae*, principalmente nos feitos individuais com reflexo na forma coletiva (ou coletivizada).

Porém, o conceito de sociedade aberta também deve ser percebido através das garantias de abertura “para fora” e não somente “para dentro”. Isso se dá, principalmente pela cooperação internacional dos países e pela implementação dos tratados internacionais na ordem constitucional nacional.

Haberle (2004) salienta o direito comparado como quinto método de interpretação, sem que haja hierarquia entre os métodos ou mesmo definição de antemão do método a ser utilizado. Entretanto, em termos de interpretação constitucional, o método de direito comparado ganha relevo, principalmente a partir das decisões dos

tribunais internacionais de direitos humanos, dos quais se pode citar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O direito processual constitucional se desenvolve como um direito do pluralismo e da participação, no qual o tribunal constitucional é apenas um dos inúmeros intérpretes da Constituição, embora, nas palavras do autor, seja um "intérprete especialmente qualificado" (HABERLE, 2010, p. 132)

A garantia de pluralidade de participação gera como consequência natural a multiplicação dos efeitos vinculantes das decisões e o reconhecimento de um conjunto de atividades: "anulação de uma lei, passando pela constatação de incompatibilidade com a Constituição até as decisões ´apelativas`, do mero *obter dictum*, bem como a possibilidade do voto divergente" (HABERLE, 2010, p. 132).

Em outro artigo, Haberle (2004) ressalta a importância do voto particular (o voto divergente) como formador ou criador de jurisprudência alternativa. O voto particular eleva a legitimidade do voto vencedor, planta a semente da mudança de pensamento, contribui ao desenvolvimento da interpretação constitucional no tempo e exige que a formação do voto vencedor seja mais convincente, mais lógica, mais debatedora, portanto, mais democrática.

Deste modo, não se pode perder de vista que, mesmo em regimes de controle forte da constitucionalidade, todos são intérpretes da constituição e levam (ou deveriam levar) os anseios sociais aos poderes executivos, legislativo e judiciário, na produção de políticas públicas que implementem ou respeitem os anseios constitucionais, entendidos pela sociedade histórica atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: HÁ NECESSIDADE DE SE BUSCAR ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

O modelo de jurisdição constitucional como forma de controle de constitucionalidade das leis (e, por consequência, consciente ou inconscientemente, de políticas públicas) é um modelo aceito por quase a totalidade dos países democráticos, havendo divergência apenas quanto à adoção de um modelo mais próximo ao modelo estadunidense ou ao modelo de tribunal constitucional exclusivo (de origem Kelseniana). Há de se reconhecer também a existência de diferenças quanto à possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso ou, ainda, as diferentes previsões quanto à condição de legitimidade e acesso a estes tribunais.

Contudo, como exposto, existem modelos alternativos à jurisdição constitucional que fazem surgir a questão se realmente é necessário se perquirir alternativas ao modelo já tradicional e aceito mundialmente.

Observa-se que a jurisdição constitucional nasce e cresce da necessidade de empreender o controle aos demais poderes. De acordo com o local e o momento histórico, o Judiciário é chamado para controlar o Executivo e/ou o Legislativo. Contudo, nos modelos de controle forte, em que a última palavra cabe ao Judiciário, resta perguntar: quem controla o Judiciário?

Alternativas à jurisdição constitucional se mostram necessárias, justamente em relação à necessidade de não conceder poder ilimitado ao Judiciário que, em nome do "ativismo judicial", poderá tomar posições frontalmente contrárias à norma constitucional, por vezes, em razão de uma influência irresistível da política.

Trata-se de um risco calculado e de menor grau, como reconhecido na opinião de Coelho (2017, p. 26), que assevera:

> Hoje, como ontem, o Judiciário continua a ser o mais ´neutro` dos Poderes, e os juízes, os ´menos perigosos` dos agentes políticos, porque não dispõe nem da bolsa nem da espada para ameaçar a liberdade dos cidadãos.

Cabe refletir, portanto, se é positivo ou negativo, refutável ou irresistível, o movimento de "ativismo judicial" e de "politização dos tribunais", no exercício da guarda da constituição.

A expressão "ativismo judicial" encontra diversos e diferentes conceitos na doutrina e nos tribunais. Coelho (2017), por exemplo, cita Elival da Silva Ramos e Saul Tourinho Leal, como juristas que qualificam o ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional para além dos limites legais, ou seja, associando-se a ideia negativa de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário. Declara expressamente que, para essa corrente, "chamar-se de ativista um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional" ou, ainda, "significa uma espécie de mau comportamento ou de má consciência do Judiciário" (COELHO, 2017, p. 13).

Por outro lado, reconhece que "o juiz asséptico, imparcial, objetivo ou incondicionado é uma impossibilidade antropológica" (ZAFFARONI, *apud*, COELHO, 2017, p. 14), de modo que o juiz cria o Direito conforme o traçado constitucional. A criação judicial do Direito seria um exercício regular da transformação do Direito legislado no direito interpretado ou aplicado, a fim de realizar a justiça, dando a cada um

o que é seu (COELHO, 2017). Isso seria o reconhecimento de um ativismo judicial positivo.

Pádua (2017), num estudo profundo acerca do conceito de ativismo judicial para o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, pontua críticas ao uso da expressão como um cliché vazio, sem uma análise densa e detida de seu significado. Para o Ministro Barroso, conforme critica o autor, é possível reconhecer o ativismo judicial como o colesterol: teria do bom e do ruim. Ou ainda, refere-se ao ativismo como um potente antibiótico.

Não há espaço (e nem intenção) do enfrentamento profundo do conceito de ativismo, pelo que, o sentido que se quer para o termo, para compreensão do argumento presente, é de atuação proativa do Judiciário que se mostra indispensável para a proteção da Constituição e seus valores. Por vezes, essa atuação (para o bem ou para o mal) acaba por se imiscuir na opção política dos demais poderes, sob o pretexto de controle de constitucionalidade dos atos.

Portanto, admitindo-se a Constituição como fonte reguladora e balizadora de todos os atos praticados, o Judiciário teria mão forte para invadir esferas privativas dos demais poderes e, assim, numa alegada crise de legitimidade, implementar, por si, políticas públicas.

Tal hipótese gera maior perigo ao se imaginar a formatação de um tribunal constitucional politizado, o que passa pelo método de escolha dos juízes, já discutido anteriormente. Note-se que um tribunal que represente a força política dominante, acaba sendo um tribunal de manutenção do *status quo* e de reafirmação da constitucionalidade das proposições legais.

Existem, de fato, limites institucionais das Cortes Constitucionais para implementar as mudanças sociais necessárias.

Sustein (2009) encontra três principais problemas. Para o autor, as Cortes podem acabar prejudicando os canais democráticos, desviando os recursos da política ou mesmo decidindo contra um desfecho político democrático planejado em outra esfera de Poder. Além disso, opina que as decisões judiciais seriam notavelmente menos eficazes para propalar mudanças sociais. O autor cita o papel de Martin Luther King como mais relevante para as alterações constitucionais em relação ao avanço nas questões raciais do que as decisões da Suprema Corte naquele mesmo período. Por último, a impossibilidade ou despreparo judicial na tomada de decisões de políticas públicas sem a visão macro das consequências dessas decisões, cujo preparo se espera do Chefe do Executivo.

O autor defende que o *status quo* deve estar sujeito à democracia, isto é, que as Cortes de Justiça devem respeitar os esforços legislativos para alterar o *status quo*, ou, em outras palavras, terem sempre a inclinação de validação da legislação (e não o contrário). Todavia, aponta que se constitui situação mais difícil quando o Poder Judiciário é provocado para, de *per si*, promover alteração ao *status quo*. Isto porque, diversas dessas questões deveriam ser resolvidas pelos processos políticos e não através de decisões jurídicas das cortes.

Portanto, a democracia deve ser a fundamentação para os princípios interpretativos, principalmente da Constituição Federal e seus valores balizadores das demais normas e atos públicos e privados. A regra para interpretar (e aplicar) deve ter por premissa o debate, a participação, a cidadania, a superação de barreiras politicas excessivas e do majoritarismo sem limites.

Nesta toada, faz-se imperioso concluir que o exercício pleno da cidadania será sempre a melhor saída para garantia da Constituição e dos direitos lá previstos. E qualquer caminho que se queira seguir para observância da jurisdição constitucional não deve se afastar dessa premissa, seja ele o tradicional *jucial review*, seja uma forma alternativa de controle de constitucionalidade.

Portanto, não se deve estagnar na busca por alternativas à solução de controle pela jurisdição constitucional, sem com isso, negar a importância do desenvolvimento desse meio de garantias fundamentais. O desenvolvimento dessas técnicas ora apresentadas ou o consequente descobrimento de novas é salutar à proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton University Press. 2009.

COELHO, Inocencio Martires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasilia, v. 5, n. esp. p. 2-22, 2015. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi35rKHurjRAhUEHZAKHeq2AXgQFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.uniceub.br%2Fmedia%2F491547%2FAnexo5.pdf&usg=AFQjCNEZgZ3js8JNfyyQU7mWbTyt7tbJhA&sig2=xeGIxlN-NrZI-56rxwg50Q. Acesso em: 07 jan 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Renegar de Montesquieu? La Expansion y La Legitimidad de La "Justicia Constitucional" . **Revista Espanhola de Direito Constitucional**. Ano 6. No. 17. Maio a Agosto de 1986.

GRIMM. Dieter. **Constituição e Politica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional en la fase Actual de Desarrollo Del Estado Constitucional. **Teoria y Realidad Constitucional**. Madrid: Universidad Nacional de Educaciòn a Distancia. Editorial Centro de Estudions Ramón Areces, n. 14, 2. sem. 2004.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Sociedade Aberta. In **Estado Constitucional e organização do poder**. Tavares, André Ramos; Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de. A Expressão 'Ativismo Judicial', Como Um 'Cliché Constitucional', Deve Ser Abandonada: Uma Análise Crítica (The Expression 'Judicial Activism', as a 'Constitutional Cliché', Must be Abandoned: A Critical Analysis). **Revista Brasileira de Políticas Públicas - Brazilian Journal of Public Policy**. v. 5, número especial, 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615615. Acesso em: 06 jan 2017.

RUIZ, Marian Ahumada. Alternativas a la Judicial Review y variedades de Judicial Review. **Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, ano VI, n. 10, p. 41-65, 2005.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Controle de constitucionalidade dialógico e a democracia deliberativa: Caminhos para a legitimação da fiscalização judicial de constitucionalidade e dignificação do poder legislativo. **Revista Âmbito Jurídico**. n. 515. Ano XIX, 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7537. Acesso em: 01 jan 2017.

SUSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TUSHNET, Mark. Formas Alternativas de Controle Judicial. *In*: **Estado Constitucional e organização do poder**. Tavares, André Ramos; Leite, George Salomão e Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010.