

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vivian de Almeida Gregori Torres, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-031-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Em Brasília-DF, um local central para observar as relações entre Direito e Política, o Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II coordenado pelos professores Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS) e Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT) recebeu uma série de relevantes trabalhos para apresentação ao longo do dia 27 de novembro de 2024.

As apresentações começaram com o artigo “DEMOCRACIA AMBIENTAL: A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA A EXPANSÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA NO BRASIL”

Neste artigo, Thaís Silva Alves Galvão e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, partindo de aproximações entre a teoria democrática de Robert Dahl e o Direito Internacional propõe a observação de uma democracia ambiental para o Brasil.

Essa proposta inclui, por exemplo, a tomada de participação de povos indígenas na tomada de decisões que versem sobre interesses sobre os seus territórios.

O trabalho defende a ratificação do Tratado de Escazú no Brasil.

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, o Tratado já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como argumento para a análise da constitucionalidade de decretos presidenciais.

O trabalho, portanto, defende não apenas a ratificação, mas também a inclusão dos pressupostos do referido tratado

Na sequência, foi apresentado o trabalho “A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

Neste artigo, os autores Edson Barbosa de Miranda Netto e Mariana Barbosa Cirne utilizam a teoria de Jeremy Waldron para debater o controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo volta à atual crise democrática no Brasil.

O artigo volta sua atenção às possibilidades de aplicação dessa teoria estrangeira no Brasil.

As observações também são voltadas à crítica de uma suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que os juízes não são eleitos.

Coloca, para essa análise, as 04 (quatro) condições que devem estar presentes para Jeremy Waldron, em seu propósito de controle de constitucionalidade, buscando questionar as possibilidades de presença dessas condições no Brasil.

A apresentação foi seguida da pesquisa “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO”

Neste artigo, Luciana de Aboim Machado e Lídia Cristina dos Santos fazem um levantamento acerca das principais doutrinas que versam sobre a dignidade humana, passando de Kant aos contemporâneos, aproximando esse arcabouço teórico das práticas de mediação- destacando a relevante obra de Luís Alberto Warat - defendendo sua relevância para resolver conflitos envolvendo as fake News.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE AS TENSÕES E LIMITES ENTRE LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL”

Neste artigo, Gustavo Araujo Vilas Boas procura analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, analisando-as a partir de casos práticos da democracia brasileira.

Desse modo, parte da teoria da tripartição de Montesquieu e busca analisá-la com os casos práticos trazidos ao artigo.

Utiliza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente: a decisão sobre a equiparação entre os delitos de homofobia e racismo; a decisão sobre a possibilidade de uso medicinal da cannabis para fins terapêuticos; e o julgamento sobre o marco temporal na demarcação de terras indígenas.

Com exemplos práticos, portanto, traz casos práticos de tensões entre os poderes no Brasil para análise na pesquisa.

O artigo subsequente foi “DEMOCRACIA 4.0: AS REDES SOCIAIS COMO ARENA DO PODER”

Neste trabalho, Rafael Martins Santos repensa o exercício dos direitos fundamentais no Século XXI, evidenciando a transição do acesso ao direito, destacando a importância de se pensar a participação e representação do poder a partir das plataformas de rede social.

Destaca, nesse trabalho, a importância que a Tv Justiça protagonizou com a publicidades dos julgamentos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que destacou o impacto de maior monta das plataformas de rede social com esse propósito.

Elenca casos de manifestação nas plataformas de rede social que pressionaram os poderes da República, destacando a relevância desses espaços virtuais.

Na ordem das apresentações, passou-se a apresentar o trabalho “A (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES”

Neste trabalho, Eid Badr, Ana Maria Bezerra Pinheiro e Diana Sales Pivetta questionam se há um risco da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando decide com base no argumento da inércia do parlamento.

O artigo elenca diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar o limite de atuação do Poder Judiciário em respeito à separação dos poderes.

Na sequência, foi apresentada a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: DA SÚMULA VINCULANTE ÀS DEMANDAS REPETITIVAS”

Neste trabalho, Carolina Mendes, Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque e José Henrique Mouta Araújo questionam a própria essência do sistema jurídico brasileiro, com declarada vinculação ao sistema jurídico da civil law, a partir da adoção da ideia de precedentes no Brasil, momento em que o Brasil, na análise dos autores, passa a ter traços de vínculos com o próprio sistema jurídico da common law.

Utilizando a obra de Dworkin, analisa a utilização da ideia de precedentes no Brasil, sobretudo a partir do viés da integridade do Direito.

Passa com esse propósito, por dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal Brasileira, aliando esses elementos positivados com a prática dos tribunais.

O debate subsequente envolveu o artigo “CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, O CONTRATO SEXUAL E A OCUPAÇÃO FEMININA DOS ESPAÇOS POLÍTICOS NO BRASIL”

Neste artigo, Christine Oliveira Peter da Silva não busca uma leitura feminista da Constituição, mas sim a refundação do Direito Constitucional a partir da teoria das excluídas.

Para tal, pela perspectiva das mulheres, questiona a presença de mulheres no Direito Constitucional, apresentando um ideal de representatividade feminina no Direito Constitucional.

O artigo revisita teorias contratualistas clássicas, buscando uma revisão a partir das propostas do constitucionalismo feminista.

O artigo subsequente apresentado foi “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS 20 ANOS DE EXISTÊNCIA”

Neste trabalho, Fernando Oliveira Samuel faz uma análise do protagonismo do Poder Judiciário a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destacando casos paradigmáticos, sobretudo: ADI nº 3367, que versou sobre a discussão sobre a separação dos poderes, que discutia a atuação do CNJ.

Ao longo do artigo, analisa as mais de 600 (seiscentas) resoluções do CNJ que invadem competência que não seriam propriamente do Poder Judiciário.

O trabalho, portanto, busca destacar a tensão no aspecto da separação dos poderes no tocante à edição de resoluções do CNJ.

Na sequência, passou-se à apresentação da pesquisa “AUSTERIDADE: A POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA COMO EXPRESSÃO DA CONTRADIÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

Neste trabalho, Maria Júlia de Castro e Sousa, Vinícius Henrique de Oliveira e José Duarte Neto analisam as políticas fiscais brasileiras, verificando se suas tendências neoliberais são compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O trabalho da sequência foi o denominado “A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA”

Neste artigo, José Ernesto Pimental Filho, Eduardo Mateus Ramos de Moura e Gleydson Thiago de Lira Paes abordam o trabalho de Hans Kelsen a partir da ótica da “juristocracia”, defendendo a utilização de correntes históricas nessa observação.

Na sequência, o artigo apresentado foi “A CONFIANÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO. REQUISITO PARA REDUÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO”.

Neste trabalho, Farley Soares Menezes utiliza a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo sua conceituação de confiança, para observar o Direito Constitucional Pós-Moderno.

Para tal, traça elementos gerais do pensamento sistêmico que podem ser usuais para a redução da complexidade e a formação da confiança no Sistema do Direito.

Elenca, para tal, casos práticos do Direito Tributário, aplicando a eles o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o trabalho “A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO DO CASO “AARAIAL PERTINHO DE VOCÊ”

Neste artigo, a partir de um caso prático, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Cláudio Santos Barros analisam a definição de princípios de Robert Alexy, sustentando a necessidade de haver um maior rigor técnico na aplicação de teorias importadas de outras culturas jurídicas.

No debate, após Alexy, mencionam as teorias de Hart e Dworkin, analisando suas diferenças no âmbito teórico, bem como sustentando como elas podem ser aplicadas em casos práticos.

O pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente economicamente equilibrado são os dois princípios colocados em análise sobre suposta colisão no trabalho analisado.

Seguindo a ordem dos trabalhos, foi apresentado o artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE”

Neste trabalho, Davi Niemann Ottoni, Matheus Oliveira Maia e Gabriel Gomes da Luz abordam a problemática da judicialização da política. Para tal, conceituam o Estado Democrático de Direito, elencando os principais documentos históricos que serviram para sua fundação e sedimentação. Traçam também linhas gerais sobre a dignidade humana e o controle de constitucionalidade, destacando sua relevância para os sistemas democráticos.

As apresentações continuaram com a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REGRAS DE SIMETRIA: A PROBLEMÁTICA DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS E MUNICIPAIS”

Neste trabalho, Claudio Ladeira de Oliveira e André de Sousa Roepke analisam as regras de simetria do sistema constitucional brasileiro, destacando a regulamentação constitucional da simetria e observando sua aplicabilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando dados de pesquisa feita em Constituições Estaduais e em Leis Orgânicas.

O artigo subsequente versou sobre o tema “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Neste trabalho, Edson Barbosa de Miranda Netto, José Elias Gabriel Netto e Sara Barros Pereira de Miranda analisam criticamente o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que ocorreu de fato o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conclui que a análise do Tribunal foi feita em torno de aspectos formais, de cunhos legislativos; e que, portanto, não mereciam a crítica sem critérios que a eles foram feitos.

Na sequência, o artigo apresentado foi o denominado “UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROJETO DE LEI Nº 1904/2024”

Neste artigo, Mateus Gomes dos Santos Rocha e Maíra Villela Almeida abordam questões voltadas às finanças públicas a partir de um embate federativo. Faz-se essa análise a partir da estruturação dos Fundos de Educação., destacando os impactos federativos dessa observação. Destacam-se, na observação do artigo, os mecanismos de federalismo cooperativo elencados na estruturação das propostas analisadas.

Encerrando os trabalhos da tarde, foi apresentado o trabalho “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DESCONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS DE 2019–2022 E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E CLIMÁTICA”, de Mariana Barbosa Cirne e Sara Pereira Leal abordando a relevância da judicialização de demandas para a tutela ambiental.

O Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foi marcado por intensas e relevantes discussões sobre os temas nele envolvidos. O presente livro é um registro das qualificadas pesquisas que chegaram para debate ao longo do evento.

Esperamos que esses textos sirvam como fonte críticas para pesquisas e para inspirações para os próximos eventos do Conpedi.

Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS)

Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT)

**A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE E A SUA APLICABILIDADE À ORDEM
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**THE CRITIC OF JEREMY WALDRON TO THE JUDICIAL REVIEW AND ITS
APPLICABILITY TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER**

**Edson Barbosa de Miranda Netto ¹
Mariana Barbosa Cirne ²**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a aplicação à realidade brasileira da crítica formulada por Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade das leis em seu trabalho *The Core of the Case Against Judicial Review*. Tal debate ocorre no atual contexto de discussões sobre o princípio da supremacia da constituição e de questionamentos sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e de seu eventual conflito com a atuação do Poder Legislativo. Quanto à metodologia adotada, optou-se pela realização de uma pesquisa qualitativa e pela aplicação do procedimento metodológico da revisão bibliográfica, com levantamento de artigos científicos e outras obras técnicas que debatem especificamente o tema. Concluiu-se que as críticas formuladas por Jeremy Waldron são importantes para o aprimoramento do judicial review frente à atuação política de elaboração e aprovação das leis. Porém, o caso brasileiro apresenta características que o afastam do argumento principal construído pelo autor, inserindo-se nos casos excepcionais em que, mesmo para o próprio Waldron, a atuação judicial no controle de constitucionalidade das leis se apresenta como um instrumento necessário em determinados casos, a exemplo da proteção de direitos fundamentais de grupos minoritários.

Palavras-chave: Jeremy Waldron, Controle de constitucionalidade, Legitimidade democrática, Supremacia constitucional, Constituição federal de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to examine the applicability of Jeremy Waldron's critique of judicial review, as articulated in “The Core of the Case Against Judicial Review”, to the Brazilian legal system. This inquiry is situated within the contemporary discourse on constitutional supremacy and the democratic legitimacy of judicial review, particularly in light of potential tensions with the Legislative Branch. Regarding the methodology adopted, a qualitative research approach was chosen, along with a bibliographic review procedure. A

¹ Doutor em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Direito pela UFMA. Graduado em Direito pela UFMA. Professor da Universidade CEUMA. Advogado pela OAB/MA. E-mail: prof.edson.miranda@gmail.com.

² Doutora e Mestre em Direito (UnB). Professora do PPGD em Direito Constitucional (IDP). Procuradora federal (AGU). Professora de Direito Constitucional e Ambiental (UNICEUB). Líder do CASP (IDP). E-mail: marianabcirne@gmail.com.

comprehensive search was conducted for scientific articles and other technical works specifically addressing the topic. The findings suggest that Waldron's criticisms offer valuable insights for refining judicial review processes, particularly in the context of legislative lawmaking. However, the Brazilian experience exhibits unique features that diverge from Waldron's central thesis, falling within the category of exceptional cases where, even for Waldron, judicial review is indispensable. This is particularly evident in instances involving the protection of the fundamental rights of minority groups.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jeremy Waldron, Judicial review, Democratic legitimacy, Constitutional supremacy, Federal constitution of 1988

1 INTRODUÇÃO

“Devem os juízes ter autoridade para derrubar uma lei quando eles estiverem convencidos de que ela viola direitos individuais?”. Com essa pergunta sobre os limites da atuação jurisdicional, Waldron (2006, p. 1348, tradução livre) questiona um dos mais relevantes temas da teoria constitucional contemporânea, qual seja, a adoção do sistema de controle de constitucionalidade na configuração do papel do Poder Judiciário dentro de um ordenamento jurídico nacional.

O autor constrói sua argumentação em torno da ampla difusão do controle de constitucionalidade de atos legislativos por diversos países e critica enfaticamente a forma como os agentes políticos, eleitos democraticamente pelo voto popular, acabam por ter seus atos invalidados por tribunais, cujos membros não recebem essa chancela eleitoral na maioria das democracias contemporâneas.

Trata-se de uma temática que levanta profundos debates acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário, bem como acerca dos próprios conceitos do Estado democrático de direito, da supremacia constitucional e do funcionamento das instituições que compõem as sociedades contemporâneas, sobretudo a partir do estabelecimento do constitucionalismo no final do séc. XVIII e do seu desenvolvimento até o presente séc. XXI.

Com base nessas premissas, a pergunta que desafia a presente pesquisa é a seguinte: em que medida a crítica formulada por Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade em seu trabalho *The Core of the Case Against Judicial Review* pode ser aplicada à realidade brasileira?

Quanto à metodologia necessária para responder a essa pergunta, optou-se pela realização de uma pesquisa qualitativa, com a adoção da revisão bibliográfica relativa às temáticas do controle de constitucionalidade, da sua legitimidade em sociedades democráticas, da separação dos Poderes estatais e do funcionamento e das particularidades do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil a partir da Constituição Federal (CF) de 1988. Dessa maneira, foi realizado o levantamento de artigos científicos e outras obras técnicas que debatem especificamente estes assuntos.

O artigo objetiva analisar se a crítica levantada por Waldron (2006) à difusão do *judicial review* é aplicável ou não à realidade constitucional brasileira, para com isso estimular o debate acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade a partir das ideias levantadas pelo autor.

Em termos de estruturação, este artigo encontra-se organizado em três tópicos. Na

primeira, foram discutidas as bases teóricas do controle de constitucionalidade e suas características no constitucionalismo contemporâneo. Em sequência, apresentou-se os principais argumentos presentes na crítica formulada por Waldron (2006) ao sistema de *judicial review* e as condições de validade apontadas por ele ao seu argumento. Por fim, na terceira e última parte, foi analisada a aplicabilidade de tais críticas de Waldron (2006) ao sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil a partir da CF de 1988.

2 AS BASES TEÓRICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O paradigma do Estado Moderno surge, inicialmente, sem a existência de um texto constitucional. Em razão do Absolutismo até então existente enquanto modelo predominante de exercício do poder, um texto jurídico superior a todos - inclusive ao próprio Monarca - mostrava-se como algo incompatível com o Antigo Regime. Porém, o constitucionalismo e as constituições escritas surgiram dialeticamente a partir das contradições existentes nessa espécie de sociedade (Streck, 2018).

De acordo com Streck (2018), esse movimento constitucionalizador da sociedade surge inicialmente na Inglaterra, com as leis aprovadas, sobretudo no séc. XVII, para limitar o poder da Coroa Britânica, consolidando-se com as Revoluções Liberais ocorridas no final do séc. XVIII na França e nos EUA, que representaram a queda do Antigo Regime e a ascensão das primeiras Constituições escritas. Assim, o constitucionalismo, a partir da experiência inglesa, americana e francesa, nasce e se torna essencial para a progressiva afirmação e a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A partir desse contexto, começam a ser estabelecidas as duas noções básicas almejadas pelo constitucionalismo moderno enquanto um movimento jurídico, político e social: a busca pela limitação do poder do Estado e a garantia de direitos fundamentais. Estes dois objetivos interconectam-se e se relacionam com a construção das bases do Estado de Direito¹, uma vez que os direitos se colocam como limites que não podem ser ultrapassados pelo governante, independentemente do regime político adotado pelo país.

De acordo com Sarmiento (2009), após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Europa, inicia-se um movimento de superação da tradicional cultura jurídica essencialmente legicêntrica² e de limitação do poder das maiorias políticas, passando-se à criação e ao

¹ Para um aprofundamento sobre este debate em torno dos limites do Estado de Direito e a sua relação com a separação de poderes, recomenda-se Waldron (2013).

² Essa crise da legislação aprofundou-se e segue sendo um tema em discussão. Para se aprofundar neste debate, ver: Laporta, 1999; Zapatero, 1994.

fortalecimento de mecanismos, a exemplo da jurisdição constitucional e do fortalecimento do Poder Judiciário, capazes de proteger os direitos fundamentais mesmo diante de decisões políticas tomadas pelo legislador.

Com esse movimento constitucionalizador citado acima e sua imposição sobre todos os membros da sociedade e sobre os governantes, estes dois objetivos do constitucionalismo são fixados nas próprias constituições escritas, que assumem o patamar de norma positiva máxima de cada ordenamento jurídico. Há, portanto, uma busca da juridicização do fenômeno político, de modo que mesmo os legisladores e os governantes eleitos pelo povo também passam a estar submetidos aos ditames constitucionais.

No contexto de fundação norte-americana, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 459), ao defenderem nos Escritos Federalistas a ratificação da Constituição dos EUA escrita em 1787, já apontavam para a necessidade de se compreender a vinculação dos atos legislativos e executivos às normas constitucionais. Pensar de forma diversa seria perverter o próprio sentido do texto constitucional na disciplina da sociedade norte-americana como um todo, o que inclui os cidadãos e as autoridades públicas. Tal posição pode ser observada na passagem abaixo:

Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

Em um movimento de continuidade a essa afirmação da supremacia constitucional, a Teoria do Direito contemporânea compreende o ordenamento jurídico enquanto um sistema. Dessa maneira, partindo das premissas de unidade e ordem e da necessidade de preservação da estrutura sistemática, as suas partes componentes devem conviver harmoniosamente. Caso haja alguma tentativa de quebra da harmonia do sistema jurídico, há a previsão de uma série de mecanismos capazes de corrigi-la e restaurá-la (Barroso, 2016).

Essa compreensão sistemática do Direito consolidou-se, no séc. XX, com as obras de Kelsen (1998), que, sobretudo por meio da sua obra “Teoria Pura do Direito”, buscou construir uma visão dogmática e normativista do Direito, ou seja, baseada na norma jurídica e nas relações estabelecidas entre tais normas, não podendo haver qualquer contradição entre estas, uma vez que a unidade lógica se estabelece como característica básica do ordenamento jurídico.

A partir de Kelsen (1998), a norma fundamental deve ser entendida como o

fundamento de validade de todas as normas. Há, aqui, uma única ordem jurídica. Haveria, aqui, uma unidade expressa na circunstância de uma ordem jurídica que pode ser descrita em proposições jurídicas não contraditórias. Assim, baseado na ideia da estrutura piramidal do direito, Kelsen defende que:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior (Kelsen, 1998, p. 146).

Dessa maneira, diante de uma tentativa de desrespeito às normas dispostas no texto constitucional, o próprio sistema jurídico dispõe de instrumentos capazes de expurgar de seu interior o ato normativo inconstitucional. A esse fenômeno, atribui-se o nome de *judicial review*, sendo o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803, o responsável pelo estabelecimento de suas principais balizas (Silva, 2009).

A partir da sua implementação nos EUA e, posteriormente, no continente europeu, o princípio da Supremacia da Constituição busca assegurar que nenhum ato legislativo possa permanecer no sistema jurídico se for contrário ao texto constitucional, sob pena de invalidade, que pode se manifestar na sua nulidade ou anulabilidade a depender de cada ordenamento (Silva, 2009; Barroso, 2016).

No caso dos países da Europa, a sua maioria optou por seguir o modelo austríaco de justiça constitucional ao longo do séc. XX. Nesse modelo consolidado por Hans Kelsen, caberia a um tribunal *ad hoc* o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ou seja, um órgão que não pertence diretamente à estrutura do Poder Judiciário. Dessa maneira, é assegurado o princípio da supremacia do texto constitucional, mas de forma diversa daquela prevista no modelo norte-americano (Streck, 2018).

Acerca desses dois principais modelos de controle de constitucionalidade adotados expressamente pelo ordenamento constitucional brasileiro pós-1988, Moraes (2013) afirma que, no direito norte-americano, a supremacia constitucional sobre os atos dos poderes políticos, incluindo o Congresso dos Estados Unidos, foi estabelecida em 1803, no famoso caso *Marbury v. Madison*, liderado pelo *Chief Justice* da Suprema Corte, John Marshall. Esse precedente permitiu ao Judiciário interpretar a Constituição dos EUA em casos concretos, ajustando e compatibilizando outros atos normativos inferiores com suas normas superiores.

No caso do modelo europeu de controle, a Constituição austríaca de 1920 inovou ao criar um Tribunal Constitucional com a função exclusiva de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Diferente do sistema dos Estados Unidos, o

objetivo não era resolver casos concretos, mas anular genericamente leis ou atos normativos que fossem incompatíveis com as normas constitucionais (Moraes, 2013).

Assim, os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano e europeu são ratificados em torno da tese da superioridade hierárquica da Constituição sobre os demais atos normativos inferiores, bem como sobre as autoridades políticas, que passam a ocupar o papel de instituições constituídas, subordinadas pelo fenômeno constitucional e limitadas por suas normas (Silva, 2009).

Gradativamente, apesar de não ser a única instituição responsável por garantir o respeito ao texto constitucional, o Poder Judiciário vai se consolidando como o principal encarregado pela garantia do princípio da Supremacia da Constituição nas democracias contemporâneas e como o responsável por dirimir os conflitos envolvendo a interpretação constitucional.

Barroso (2016) destaca que esse fenômeno de expansão da Jurisdição é mundial, sendo decorrente de uma conjugação de fatores e alcançando até mesmo países que, tradicionalmente, seguiam o modelo inglês (democracia ao estilo de Westminster), em que prevalece a soberania parlamentar e a ausência de controle de constitucionalidade. Conseqüentemente, prossegue o autor, passa a haver uma aproximação entre política e justiça na contemporaneidade, e a fronteira entre as duas torna-se fluida, não sendo possível separar com nitidez a criação e a interpretação do Direito.

Com relação ao caso brasileiro, Souza Neto e Sarmiento (2013) apontam que, desde a promulgação da CF de 1988, tem-se observado no Brasil uma gradativa expansão da jurisdição constitucional em esferas que, historicamente, eram conduzidas por decisões dos Poderes Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário - com especial destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), tem desempenhado um papel cada vez mais relevante no Brasil.

Os autores prosseguem e afirmam que os principais veículos de imprensa do país constantemente abordam alguma decisão significativa tomada pela Corte com impactos para toda a sociedade. Esse protagonismo político crescente adquirido pelo STF pode ser atribuído, em grande parte, ao exercício cada vez mais frequente e mais ativista da jurisdição constitucional e, de modo mais específico, do controle de constitucionalidade (Souza Neto; Sarmiento, 2013).

3 A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS

Em seu artigo intitulado “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, Waldron (2006) estabelece uma forte crítica ao sistema de controle de constitucionalidade das leis e à sua difusão por diversos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade. O autor afirma que o controle de constitucionalidade das leis não pode ser considerado adequado enquanto mecanismo de tomada de decisões definitivas em uma sociedade livre e democrática, defendendo a retomada da discussão política para a resolução de conflitos relativos à garantia de direitos fundamentais.

Nesse trabalho específico, o autor desenvolve um argumento principal contra o *judicial review* que se sustenta independentemente de fatos históricos específicos ou de efeitos - positivos ou negativos - concretos produzidos pela sua aplicação pelos Tribunais norte-americanos. Em suma, Waldron (2006) busca construir um ataque ao âmago do *judicial review*, de modo a desconstituir as suas bases estruturantes e a superar os debates superficiais que tradicionalmente são feitos.

O autor afirma que os opositores do controle de constitucionalidade das leis costumeiramente se limitam a levantar as más decisões judiciais que invalidaram determinadas legislações, ao mesmo tempo em que seus defensores limitam-se a apontar as boas decisões tomadas pelas Cortes contra leis injustas. Esta forma de discutir o *judicial review* acabar por não tangenciar o cerne da questão.

Para alcançar seu objetivo, a argumentação do autor parte de dois pontos principais. O primeiro estabelece que não há razões sólidas para argumentar que os direitos fundamentais são melhor protegidos pelos juízes e pelos Tribunais do que pela atuação e discussão política no âmbito do Poder Legislativo. O controle de constitucionalidade das leis não foca na questão principal da discordância sobre direitos que é inerente a qualquer sociedade, mas acaba por confundir e distrair o debate público com assuntos secundários, tais como precedentes, leis e interpretação (Waldron, 2006).

O segundo ponto refere-se à falha na legitimidade democrática do sistema de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, independentemente dos resultados obtidos a partir de sua implementação. Ou seja, ao deixar de privilegiar a decisão da maioria dos eleitores norte-americanos em detrimento de um pequeno número de juízes não eleitos e que não prestam contas de seus atos, o *judicial review* desrespeita os cidadãos em geral e ignora valiosos princípios de representação democrática e igualdade política na busca por soluções para questões sobre direitos (Waldron, 2006). Este argumento desenvolve uma perspectiva que já era traçada por ele a partir da sua obra acerca da dignidade da legislação (Waldron,

1999).

Após apresentar os pontos de partida de seu argumento, cabe delimitar de modo claro qual tipo de controle de constitucionalidade é atacado por Waldron (2006), uma vez que tal conceito pode assumir uma série de significados diferentes. O próprio autor afirma que seu trabalho ataca o controle de constitucionalidade de legislações, e não o mero controle de ações executivas ou de decisões administrativas.

Começo com uma breve explicação do que quero dizer com controle de constitucionalidade. Este é um ensaio sobre o controle de constitucionalidade da legislação, não sobre o controle de constitucionalidade de ações executivas ou tomadas de decisão administrativas. A questão que quero abordar diz respeito à legislação primária promulgada pelo legislativo eleito de uma entidade política. Pode-se pensar que alguns dos mesmos argumentos se aplicam também às ações executivas: afinal, o executivo possui suas próprias credenciais eleitorais para se opor às decisões dos juizes (Waldron, 2006, p. 1353-1354, tradução livre).

Apesar de ser possível tecer críticas ao controle de atos administrativos por Tribunais, é amplamente aceito que os agentes políticos eleitos para o Poder Executivo estão sujeitos ao princípio do império da lei, e, conseqüentemente, eles podem ser obrigados por meio de decisões judiciais a somente tomar decisões de acordo com as disposições legais (Waldron, 2006).

Dessa forma, seu argumento se volta contra o controle de constitucionalidade dos denominados atos normativos primários, ou seja, aqueles responsáveis por inovar e modificar a ordem jurídica estabelecida pela constituição de um país. Neste ponto, há fortes discussões quanto à legitimidade de atuação dos juizes e tribunais e quanto ao próprio conceito em si, sendo necessário distinguir dois tipos de controle de constitucionalidade: o controle forte e o controle fraco.

O controle de constitucionalidade forte, que é apontado como o alvo principal de suas críticas, consiste no poder dos tribunais de deixar de aplicar uma legislação ao caso concreto ou de modificar seus efeitos práticos para adaptá-la a determinados direitos fundamentais. Para o autor, este é o modelo que parece haver se instalado nos EUA ao longo da sua história constitucional.

Em determinados países, há uma espécie ainda mais forte, de maneira que o controle de constitucionalidade conferiria poder às cortes para arrancar fora do ordenamento jurídico um pedaço da legislação de forma definitiva (Waldron, 2006). Esse sistema de característica mais forte apontado pelo autor é o que parece estar presente no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade fraco permite aos Tribunais se

manifestarem sobre uma lei no caso concreto. Porém, os efeitos dessa manifestação são reduzidos em relação à sua contraparte forte. No modelo fraco, as cortes não podem deixar de aplicar a lei, podendo somente declarar a existência de uma incompatibilidade com direitos individuais para que, a partir daí, os agentes políticos possam promover eventuais mudanças legislativas. Assim ocorre na Inglaterra, onde um ministro pode usar esta declaração como autorização para início do processo legislativo sumário para remediar a incompatibilidade (Waldron, 2006).

Antecipando-se a eventuais críticas tradicionalmente levantadas contra seu entendimento, Waldron (2006) busca diferenciar este seu argumento principal e geral contra o controle de constitucionalidade (intitulado por ele de *core case*) de casos específicos em que sua crítica possa não ter a mesma aplicação (intitulados por ele de *non-core cases*). Nestas situações excepcionais, o controle de constitucionalidade pode se mostrar como um instrumento anômalo, mas apropriado para lidar com patologias específicas.

Acerca deste ponto na sua argumentação, o autor rebate eventuais críticas de que se trata de um subterfúgio, afirmando que é necessário distinguir o caso central dos casos não-centrais por meio de suposições que, apesar de parecerem óbvias, não o são. Depois, o autor avança para explicar que o seu argumento contra o controle de constitucionalidade é condicional. Ou seja, se alguma das condições falhar, todo o argumento pode não se sustentar contra eventuais críticas (Waldron, 2006).

Dessa forma, seu argumento principal baseia-se no preenchimento de quatro suposições ou condições. Em primeiro lugar, Waldron (2006) imagina uma sociedade em que as instituições democráticas estão funcionando em ordem, o que inclui um Poder Legislativo eleito com base no sufrágio universal. Neste cenário, há uma atuação dos agentes políticos em prol da população - ao menos na maioria das situações -, e esta reconhece a legitimidade das decisões tomadas pelos membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em segundo lugar, pressupõe-se a existência de instituições judiciais que também estejam funcionando de forma adequada e que não sejam baseadas no princípio representativo, de modo a serem responsáveis por dirimir demandas individuais, resolver conflitos e assegurar o império da lei a partir de uma posição de imparcialidade. Consequentemente, os tribunais são estabelecidos como o *locus* de resolução de demandas, de garantia da estabilidade do pacto social e de respeito à legislação.

Em terceiro lugar, Waldron (2006) supõe a existência de um comprometimento de grande parte dos membros de uma sociedade democrática e da maioria das autoridades públicas com a ideia de direitos individuais, sobretudo aqueles pertencentes a grupos

minoritários. Esta condição pressupõe que, mesmo diante das tradicionais discordâncias de natureza política e cultural, há um respeito à condição humana de cada pessoa e ao rol de direitos que lhe são assegurados.

Em quarto e último lugar, o autor parte da concepção que há um persistente, substancial e honesto desacordo acerca dos direitos (e da sua extensão) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com essa ideia de garantias. Dessa forma, Waldron (2006) entende ser possível assegurar um patamar mínimo em torno dos direitos individuais de grupos minoritários da população, ao mesmo tempo em que, respeitosa e discorde, discorda-se da quantidade e do alcance previsto para tais direitos no ordenamento jurídico.

Ao se compreender tais suposições estabelecidas inicialmente para a construção de sua crítica, é possível observar que Waldron (2006) não considera o uso do controle de constitucionalidade inadequado em toda e qualquer circunstância. A necessidade de sua utilização para a proteção de direitos fundamentais existiria apenas em sociedades com disfuncionalidades institucionais. A mera divergência sobre a aplicação e o alcance prático de direitos não seriam suficientes para justificar o estabelecimento amplo do controle de constitucionalidade das leis em todo e qualquer país.

4 A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DO CASO BRASILEIRO

Ao deixar para trás o ordenamento jurídico vigente durante a Ditadura Militar, o Brasil buscou implementar um efetivo projeto constitucional de Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Barroso (2006) e de Sarmiento (2009), o neoconstitucionalismo se estabelece em solo brasileiro, mas de forma tardia, uma vez que diversos países ocidentais - sobretudo na Europa - já iniciaram esse mesmo processo entre as décadas de 1950 e 1970.

Dessa maneira, para os autores acima citados, a CF de 1988 inaugurou um novo momento na história brasileira, transformando e atualizando o ordenamento jurídico nacional com base nos parâmetros do Constitucionalismo Contemporâneo. Consequentemente, o Poder Judiciário teve sua estrutura reformulada, passando a assumir um papel de garantir a efetiva aplicação da Constituição e das leis.

Houve uma intensa judicialização das relações políticas e sociais justamente em razão dessa constitucionalização do Direito ocorrida no Brasil após 1988, do aumento da demanda da sociedade por justiça e da ascensão institucional do Poder Judiciário (Cirne, 2013).

Diante desse complexo cenário, Barroso (2006) e Sarmiento (2009) apontam para a

existência de um inevitável conflito discutido pela teoria constitucional entre o princípio da supremacia constitucional - e a conseqüente interpretação de todo o ordenamento à luz dos preceitos da CF - e o processo político majoritário.

E, no caso brasileiro, há o agravante de uma séria crise de legitimidade democrática enfrentada pelos Poderes de natureza política, quais sejam, o Legislativo e o Executivo, que se mostra não como mera conjuntura transitória, mas como uma crônica disfunção institucional. Para combater esse quadro, o papel a ser exercido pelo STF foi grandemente intensificado (Barroso, 2006; Sarmiento, 2009).

Observa-se, assim, uma progressiva expansão da jurisdição constitucional no Brasil após o advento da CF de 1988, novamente seguindo o exemplo de países como a Alemanha e a Itália. Tal atuação do Poder Judiciário ao redor do mundo, intensificada pela proliferação de tribunais constitucionais, desponta como a pedra angular na proteção das conquistas obtidas e positivadas no texto da Constituição.

Antes de 1945, a maioria dos países europeus seguia um modelo de predomínio do Poder Legislativo, alinhado à doutrina inglesa da supremacia do Parlamento e à concepção francesa da lei como representante da vontade geral. Porém, a partir do final da década de 1940, a partir da emergência de uma nova onda constitucional, não apenas surgiram novas constituições, mas também um novo modelo constitucional baseado na experiência norte-americana: a supremacia da Constituição (Barroso, 2006).

O mesmo autor prossegue e afirma que esse modelo tinha por foco a constitucionalização dos direitos fundamentais, o seu afastamento do processo político majoritário e a delegação ao Poder Judiciário da responsabilidade de sua proteção. No caso brasileiro, a constituição apresenta uma série de direitos fundamentais que podem ser objeto de controle de constitucionalidade para a sua garantia.

Exatamente por isso, parece tão importante a manutenção de todos esses direitos no corpo do seu texto (Cirne, 2013). Observou-se também a adoção, por vários países europeus, de um sistema próprio de controle de constitucionalidade, resultando na criação de tribunais constitucionais em vários deles.

Diante desse contexto, levanta-se a questão acerca da aplicabilidade da crítica feita por Waldron (2006) explicada no tópico anterior à realidade brasileira. Ao se analisar a sua afirmação de que a atuação legislativa em uma sociedade bem estruturada é capaz de proteger adequadamente os direitos fundamentais (especialmente aqueles de grupos minoritários perante maiorias democráticas transitórias), a história constitucional brasileira das últimas décadas fornece exemplos que invalidam sua adequação a caso do Brasil.

Nesse sentido, a título de exemplificação, podem ser mencionados os seguintes casos em que a atuação do STF mostrou-se essencial para a promoção e a defesa de direitos fundamentais de grupos minoritários: a) o reconhecimento da validade das uniões homoafetivas (ADI 4.277 e ADPF 132); b) a declaração de validade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o estabelecimento de salvaguardas institucionais para futuras demarcações (Pet 3388); c) a ampliação do conceito de raça para fins de tipificação penal de condutas racistas (HC 82.424); d) a equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo (ADO 26 e MI 4733).

Apesar da importância intrínseca existente em todos esses casos para a garantia de direitos fundamentais de grupos minoritários, os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros não implementaram medidas de natureza política capazes de superar tais conflitos. Daí se pode inferir uma conduta omissa reiterada dos agentes políticos, uma vez que qualquer decisão tomada em temas polêmicos pode acarretar em sérias consequências político-eleitorais. Nesse sentido, há de se registrar que o controle de constitucionalidade brasileiro garante importante equilíbrio interfederativo. Pode-se concluir isso porque, ao analisar o exercício do controle de constitucionalidade, de 1988 a 2015, Benvindo e Costa (2016) perceberam que conflitos políticos intraestaduais são considerados responsáveis pela maioria dos processos e decisões.

A atuação de controle de constitucionalidade, portanto, no Brasil, garante um importante contexto de autonomia estadual. O STF se torna um importante árbitro da federação brasileira, modelo único no mundo (Dantas, 2020).

Barroso (2016) afirma que os atores políticos, por vezes, optam pelo Judiciário enquanto instância decisória de questões polêmicas que envolvam desacordos morais na sociedade. Nesse sentido, em questões como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas, os Poderes Legislativo e Executivo, ao não atuarem, evitam o desgaste gerado pela deliberação em tais temas divisivos.

Outro ponto a se destacar é a previsão na CF de 1988 de dois institutos voltados especificamente para a intervenção judicial em casos de omissões por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, quais sejam, o Mandado de Injunção (MI), previsto no art. 5º, LXXI, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, §2º (Brasil, 1988; Araujo, 2021). Ou seja, o próprio Poder Constituinte Originário, antecipando-se a uma possível falta de atuação política em temas constitucionais de suma importância para a população, já previu expressamente no texto da CF mecanismos institucionais que permitem ao Judiciário suprir essas omissões normativas.

Ainda sobre a temática das omissões dos poderes políticos, cabe ressaltar a possibilidade de ser proferida sentença de perfil aditivo prevista na Lei Federal nº 13.300 de 2016, que regulamenta o julgamento e o processamento do MI individual e coletivo. Essa inovação legislativa ocorreu após o STF alterar sua jurisprudência e passar a permitir tal espécie de decisão no âmbito deste remédio constitucional. Portanto, por parte do Legislativo, houve a positivação do entendimento jurisprudencial da Corte. Percebe-se, então, um ação incrementar na atuação das ações de controle de constitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, para garantir mais direitos, e em posição validada pelo Legislativo (Araujo, 2021)

Nesse sentido, em seus arts. 8º, II, e 9º, §1º, a Lei do Mandado de Injunção passou a autorizar expressamente o estabelecimento pelo Poder Judiciário de condições para o exercício do direito não regulamentado, bem como a atribuição de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* para a decisão, alcançando diversas pessoas para além daquelas diretamente envolvidas na demanda original.

Ao se analisar essa regulamentação do MI, observa-se a atuação do Congresso Nacional no sentido de positivar poderes aos Tribunais de proferirem decisões judiciais com força normativa e destinadas a suprir as lacunas eventualmente existentes na atuação legislativa do próprio Congresso.

Consequentemente, pode-se inferir que a arquitetura constitucional brasileira pós-1988 foi sendo modificada e moldada ao longo das décadas com base na premissa de uma ampla atuação do Poder Judiciário no que se refere à compatibilidade das funções típicas do Poder Legislativo com os preceitos superiores da CF de 1988. A própria estrutura normativa prevê expressamente a atuação dos Tribunais brasileiros - com especial ênfase para o papel do STF - em questões tradicionalmente consideradas de natureza política.

As mesmas conclusões podem ser construídas ao serem observadas as normas constitucionais e legais relativas ao controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade. O art. 102, §2º, da CF, inserido pela EC nº 45/2004, deixa explícito que as decisões do STF em sede de controle concentrado terão eficácia vinculante e contra todos, englobando o próprio Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta em todos níveis da Federação (Brasil, 1988; Benvindo; Costa, 2016).

Na mesma linha de raciocínio, a Lei Federal nº 9.868, que regulamenta o processo e o julgamento das Ações Diretas no âmbito do STF, prevê, dentre outros pontos: a) a hipótese de concessão de medida cautelar tanto de modo monocrático pelo relator da ação quanto de modo colegiado pelo Plenário do STF nas ADIs e ADCs; b) a possibilidade de modulação

temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Brasil, 1999). Há de se acrescentar, ainda, a legitimidade brasileira diferenciada aferida com a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade (Rezende, 2017).

Sobre a relação do fenômeno da judicialização da política com o complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade adotado pela atual Constituição, Barroso (2016) defende que, no Brasil, a judicialização crescente nas últimas décadas está intimamente ligada ao modelo de constitucionalização abrangente e detalhado, bem como ao sistema de controle de constitucionalidade, combinando elementos dos modelos americano e europeu. No primeiro sistema, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a invalidade de uma norma em um caso específico, enquanto que, no segundo, ações diretas podem ser ajuizadas perante um Tribunal Constitucional para discutir a validade de leis e atos normativos de forma abstrata, sem um litígio concreto.

No Brasil, o controle concentrado, baseado no modelo europeu, sofreu grande ampliação pela variedade de ações permitidas e pelo aumento do rol de legitimados ativos para sua propositura de acordo com a Constituição. Assim, é possível inferir que a ocorrência da judicialização não resulta em si de uma escolha do Judiciário, mas do próprio desenho institucional. Porém, o modo como os juízes exercem essa competência pode influenciar a ocorrência do ativismo judicial (Barroso, 2016).

Tais dispositivos normativos relativos ao controle concentrado colocam em xeque o argumento da falta de legitimidade democrática para o exercício da justiça constitucional no Brasil, uma vez que os próprios membros do Poder Legislativo, no exercício de suas funções típicas de discutir e aprovar leis em sentido amplo, foram os responsáveis por ampliar gradativamente o alcance do STF e os instrumentos para o exercício do controle de constitucionalidade em abstrato.

Mendes (2005) aponta que esse cenário de expansão do papel do Poder Judiciário é fundamental para a compreensão do constitucionalismo latino-americano. Os tribunais passaram a ocupar um importante papel de atuação contra a letargia dos poderes políticos em concretizar direitos fundamentais, e isso precisa ser considerado para uma compreensão dos sistemas jurídicos como o brasileiro.

Por conseguinte, após os pontos destacados acima, defende-se que não há como aplicar à realidade brasileira a crítica de Waldron (2006) contra a adoção do controle de constitucionalidade das leis em sentido forte. O próprio autor admite que, em situações excepcionais que envolvam disfuncionalidades estruturais e lesões a direitos fundamentais de

minorias, pode ser necessária a existência do controle de constitucionalidade:

Eu espero que estabelecer o argumento principal contra o controle de constitucionalidade sem levar em consideração suas consequências particulares pode ajudar na superação deste pânico. Ainda pode ser o caso do controle de constitucionalidade ser necessária como uma medida protetiva contra patologias legislativas relativas a sexo, raça ou religião determinados países. Porém, ainda que seja assim, vale a pena descobrir se essa defesa vai até o âmago da questão, ou se deve ser considerada, em vez disso, como uma razão excepcional para se abster de seguir a tendência de o que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo convincente contra a prática (Waldron, 2006, p. 1352, tradução livre).

Como se buscou demonstrar a partir dos argumentos apresentados, ao se atentar às diversas nuances existentes na sociedade e no sistema constitucional do Brasil caracterizados por uma relação entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo diversa daquela existente no contexto social e político norte-americano debatido por Waldron (2006), é possível afastar a aplicação do seu argumento principal contra o controle de constitucionalidade das leis ao caso brasileiro.

5 CONCLUSÕES

A partir do estabelecimento do *judicial review* pela Suprema Corte dos EUA, iniciou-se um movimento crescente de expansão do poder e da autoridade dos juízes e tribunais para rever os atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo. Após se espalhar pelos ordenamentos europeus após a Segunda Guerra Mundial - com modificações em relação ao modelo norte-americano -, o *judicial review* se consolida posteriormente no Brasil com a CF de 1988, onde são estabelecidas as bases de um amplo e complexo sistema de controle de constitucionalidade.

Diante desse cenário, há autores, a exemplo de Waldron (2006), que se voltam contra essa difusão global do controle de constitucionalidade, propondo um afastamento de tal sistema e um fortalecimento das bases democráticas de discussão política por meio dos representantes eleitos pelo voto popular. Ou seja, os Poderes Executivo e Legislativo, como instituições tipicamente políticas, teriam a legitimidade democrática para debater e decidir questões sociais consideradas controversas em detrimento dos juízes e tribunais.

Ao se analisar o contexto existente na sociedade e no ordenamento constitucional brasileiro, contudo, pode-se concluir que as condições estabelecidas por Waldron (2006) para a validade de seu argumento principal não são atendidas. Consequentemente, ao se analisar com cuidado o argumento do autor contra o controle de constitucionalidade, pode-se inferir que o Brasil se insere nos *non-core cases* mencionados pelo autor, o que dificulta a aplicação

da sua crítica à realidade encontrada no país.

Houve, aqui, a ampliação da atuação do Poder do Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, desde o poder constituinte originário, ampliando-se suas atribuições com a validação do legislativo. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil são responsáveis por dirimir demandas individuais, inclusive por omissão, e por resolver conflitos (englobando atuação interfederativa) e assegurar o império da lei. O mais importante, contudo, parece ser constatar que não há uma garantia política dos direitos de minoria.

Apesar de existirem críticas válidas e necessárias ao exercício do controle de constitucionalidade no que se refere à falta de um componente democrático na escolha dos membros do Poder Judiciário e à falta de *accountability* quando do seu exercício pelo Poder Judiciário, os Tribunais - e destacadamente o STF - apresentam-se como importante instância de garantia de direitos fundamentais de grupos minoritários em situações de dissensão e discordância na sociedade.

As críticas e as buscas pelo aprimoramento na forma de exercício do controle de constitucionalidade são válidas e devem ser feitas amplamente pelas instituições jurídicas e pela Academia, de modo que tal sistema possa ser aperfeiçoado e atualizado conforme o avanço e as mudanças ocorridas no Brasil. Porém, eventuais argumentos em torno da sua ilegitimidade democrática e da suficiência das instituições políticas para a garantia de direitos fundamentais devem ser ponderados com cautela quando analisados à luz do contexto brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, L. H. D. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. (Portuguese). **A&C - Administrative & Constitutional Law Review - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, [s. l.], v. 21, n. 86, p. 131–155, 2021. DOI 10.21056/aec.v21i83.1490. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=154832535&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2006, p. 1-42.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://arcos.org.br/a-quem-interessa-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016**. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 18 de dezembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 19 de dezembro de 2021.

CIRNE, Mariana Barbosa. A PEC Nº 341/09: Por que é tão importante manter na Constituição Federal brasileira todas as suas garantias? **Revista da AGU**, v. XII, p. 249-279, 2013. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/78/68>. Acesso em: 2 jul. 2024.

DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO. **Revista Direito GV**, v. 16, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/vjcH8FNWDYMRRWcQRHKC6JJ/abstract/?lang=pt> Acesso em: 5 jul. 2024.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 22, p. 321-330, 1999.

MENDES, Conrado Hubner. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 449, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REZENDE, R. H. A Condição Do Amicus Curiae No Controle Concentrado De Constitucionalidade E O Filtro a Sua Participação No Modelo De Estado Brasileiro Que Se Pretende Democrático De Direito. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 39–60, 2017. DOI 10.26668/indexlawjournals/2525-9660/2017.v3i1.1824. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=131214436&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 18 ago. 2024.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista**

Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WALDRON, J.. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, n. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice? **Boston College Law Review**, [s. l.], v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=87779081&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 7 jul. 2024.

ZAPATERO, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 15-16, p. 769-789, 1994. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10653> . Acesso em: 24 nov. 2023.