XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL I

MARCELO ANTONIO THEODORO

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
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 - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

C755

Direito Constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho; Marcelo Antonio Theodoro; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-765-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Apresentação

A presente coletânea é fruto dos artigos apresentados no XII Congresso Internacional do CONPEDI na cidade de Bunos Aires, Argentina, na tarde do dia 14 de outubro de 2023, sediado na prestigiada Universidad de Buenos Aires (Argentina). O Grupo de Trabalho: "Direito Constitucional I foi presidido pelos professores doutores, Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho (Universidade Federal de Goiás), Marcelo Antonio Theodoro (Universidade Federal de Mato Grosso) e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Universidade de Itaúna).

Como se verá a seguir, os artigos expostos e ora publicados percorrem vários temas do Direito Constitucional Contemporâneo, em diálogos interdisciplinares importantes que vão desde o processo legislativo, o direito eleitoral, passando pela jurisdição constitucional. Chama a atenção a relevância dada pelos jovens pesquisadores aos Direitos Fundamentais, tratados em artigos que defendem a liberdade de crença, o combate ao racismo religioso e à homofobia, assim como uma preocupação com a liberdade de expressão e o combate à desinformação. Portanto a leitura completa nos leva a um diagnóstico preciso e interessante das pesquisas em direito constitucional das principais Escolas de Direito de todo o País.

Jônathas Willians da Silva Campos, Abner da Silva Jaques e Arthur Gabriel Marcon Vasques contribuíram com o artigo "A (Im)possibilidade da candidatura avulsa no Brasil à luz da Constituição Federal e do Pacto de San José da Costa Rica", a impossibilidade da candidatura avulsa à luz do Pacto de São José da Costa Rica, cotejando o Pacto com a legislação interna;

Já o artigo "A Limitação da Imunidade Parlamentar Material pelo Poder Judiciário", é também de autoria de Arthur Gabriel Marcon Vasques, Braga e Jônathas Willians da Silva Campos, agora na companhia de Rafael Rogério Manabosco; o terceiro artigo foi escrito por, Luiz Nunes Pegoraro e Felipe Majolo Garmes, o qual desenvolveram o estudo inititulado "O neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito, uma análise waldroniana". Os artigo destacam um debate importante sobre a limitação da atuação do Poder judiciário e sua possível invasão na esfera dos outros poderes constituídos, além de uma crítica ao neoconstitucionalismo, a partir da leitura de Jeremy Waldrow.

O artigo “Ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira”, também de autoria de Luiz Nunes Pegoraro, desta vez em coautoria com Maria Clara Marcondes Chacon Pompolini e Ana Carolina Falqueiro de Souza, que traz uma criteriosa análise do controle difuso de constitucionalidade a partir da Ação Civil Pública.

Lucas Gonçalves da Silva, Reginaldo Felix Nascimento e Hayalla Stephanie Lisboa Marques Santa Rosa, apresentam o seu estudo “Direito fundamental à proteção de dados pessoais: transferência internacional de dados, geopolítica e big data”, destacando a importância de se estabelecer contornos à proteção de dados pessoais nas plataformas digitais de grande alcance, as chamadas “big techs”.

Marcus Aurélio Vale da Silva, Achylles de Brito Costa e Lidiana Costa de Sousa Trovão apresentam o artigo “Atividade de registro e a regularização fundiária urbana como ferramenta para alcançar a dignidade humana”.

“Direito à privacidade e sua proteção na era digital: contexto histórico e pós-modernidade”, escrito por Gustavo Erlo, Aline Ouriques Freire Fernandes e Isabela Factori Dandaro, foi apresentado em seguida, que retoma a temática da proteção de dados pessoais na era digital.

Em seguida, Isabela Factori Dandaro e Dhyane Cristina Oro e Plínio Antônio Britto Gentil apresentaram o estudo “Direitos de terceira dimensão: o ECA, as medidas socioeducativas e a indiferença à finalidade”. Importante reflexão sobre os direitos fundamentais na vertente das vulnerabilidades;

Não foi esquecida no que tange aos direitos fundamentais, a questão do combate à homofobia e transfobia no artigo “A Subcidadania LGBQT+ nos desastres ambientais e a força integrativa da exclusão”, de Gabriel Dil e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Camilla Ellen Aragão Costa, Reginaldo Feliz Nascimento e Karla Thais Nascimento Santana apresentam o estudo “O sujeito industrial de Franz Kafka ao sujeito contemporâneo: novas tecnologias, direitos fundamentais e autoritarismo na nova formação econômico-social”.

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Arianne Campos Souza apresentam seu estudo “O Ministério Público na cultura jurídica brasileira”; e novamente Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Arianne Campos Souza agora com o artigo “A atuação extrajudicial do

Ministério Público: uma análise dos termos de ajustamento de conduta". Duas interessantes abordagens sobre o papel constitucional do Ministério Público a partir da Constituição de 1988;

"Exu: uma análise da demonização e criminalização dos elementos da cultura negra", artigo de Hayalla Setphanie Lisboa Marques Santa Rosa, Renan Gonçalves Silva e Karla Thais Nascimento Santana, essencial estudo de combate ao racismo religioso, jogando luz ao tema da discriminação e do preconceito contra as religiões de matriz africana no Brasil.

Lidiana Costa de Sousa Trovão, Lucas Lucena Oliveira, Igor Marcellus Araújo Rosa, apresentaram o estudo intitulado "Juiz de garantias, proteção constitucional e a condução equilibrada do processo". Tratando da recente alteração no papel da instrução criminal e da jurisdição penal no Brasil.

Vanessa de Souza Oliveira, Juliana de Almeida Salvador e Camila Rarek Ariozo apresentaram o estudo "Os efeitos decorrentes da aceitação do terror e da disseminação de informações falsas sobre o sistema democrático" e ainda as mesmas autoras, Vanessa de Souza Oliveira e Juliana de Almeida Salvador, em sequência, apresentam seu o artigo denominado "Os processos administrativos previdenciários eivados de motivação-correspondência com a modernidade fluida de Bauman".

Seguindo, Anderson Adriano Gonzaga e Gabriel Dias Marques da Cruz nos trazem o resultado da sua pesquisa "Uma análise do presidencialismo no Brasil: funcionamento e proteção como cláusula pétrea segundo a Constituição de 1988".

Gabriel Dias Marques da Cruz assina o artigo "Vacinação compulsória e o Supremo Tribunal Federal".

Por fim, foi apresentado o estudo intitulado "A laicidade estatal como categoria estrutural do Estado Democrático brasileiro: a questão da leitura da Bíblia Sagrada em ambientes do poder público", escrito por Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Pablo Augusto Gomes Mello e Bárbara Campolina Paulino.

Como visto a coletânea tem uma riqueza de assuntos que estão na ordem do dia nas discussões do direito constitucional. Seja nos Tribunais e em especial, no STF, seja na academia, seja no Poder Legislativo e mesmo na sociedade brasileira. Convidamos todos à uma excelente leitura.

1- Diva Júlia Sousa da Cunha Safe CoelhoÉ professora adjunta DE da Universidade Federal de Goiás, Regional Cidade de Goiás. Pós-Doutora na área de Direito Constitucional Comparado, pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (Bolsista PNPD/CAPES). Doutora em Ciudadania y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona - UB, mestre em Filosofia Politica pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Se graduou em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MINAS. Advogada OAB/GO: 31.202.

2- Marcelo Antonio Theodoro. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC .Professor Associado da Faculdade de Direito e Coordenador do Curso de Pós Graduação Strictu Sensu da Universidade Federal do Mato Grosso - Brasil (UFMT). Fundador e membro da Academia Matogrossense de Direito (AMD). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica (GConst).

3-Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais Membro permanente do Grupo Internacional de Pesquisa em Cultura, História e Estado (GIRCHE) da Universitat de Barcelona- UB. Membro do Grupo de Estudos de Sociologia Fiscal - GESF/UFG. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraterno e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro permanente do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC), junto ao CNPq. Mestre e Doutor em Teoria do Direito. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direito Eleitoral. Especialista em Direito Público. Coordenador e professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna – Professor da Faculdade de Pará de Minas.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, UMA ANÁLISE WALDRONIANA.

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE DEMOCRATIC RULE OF LAW, A WALDRONIAN ANALYSIS.

Felipe Maiolo Garmes [1]
Luiz Nunes Pegoraro [2]

Resumo

Este artigo objetiva analisar as manifestações exercidas pelo Poder Judiciário, sob uma visão Waldroniana, rompendo-se com o vetor axiológico-interpretativo adotado, em regra, pelas decisões judiciais, o neoconstitucionalismo. O objetivo fundante do presente trabalho é enfrentar as obrigações e limitações impostas ao poder judiciário, pois o Estado Democrático de Direito impõe a participação popular na tomada de decisão, cabendo ao judiciário exigir dos demais poderes a obediência às garantias fundamentais. O Estado Democrático de Direito não admite que as minorias percam seus direitos em face das maiorias, porém essa afirmação diverge do desprestígio ao legislativo, questão que será devidamente abordada no presente trabalho. Para tanto, foi utilizado método lógico-dedutivo com análise da Constituição Federal, leis infraconstitucionais, doutrina e Jurisprudência. Foi traçado o conceito de Pluralidade Política, fundamento expresso da Constituição Federal que servirá como fundamento que demonstra a necessidade de alterar o vetor axiológico-interpretativo do neoconstitucionalismo para o respeito a supremacia parlamentar frente às decisões judiciais.

Palavras-chave: Direito constitucional, Estado democrático de direito, Análise waldroniana, Pluralidade política, Neconstituconalismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the manifestations exercised by the Judiciary, under a Waldronian vision, breaking with the axiological-interpretive vector adopted, as a rule, by judicial decisions, the neoconstitutionalism. The fundamental objective of this work is to face the obligations and limitations imposed on the judiciary, since the Democratic State of Law imposes popular participation in decision-making, leaving the judiciary to obey the fundamental guarantees. The Democratic State of Law does not admit that minorities lose their rights in the face of majorities, but this statement differs from discrediting the legislature, an issue that will be properly addressed in this work. For that, a logical-deductive

---

[1] Mestrando PUC-SP. Esp. direito penal e processual penal PUC-SP. Esp. em Direito público PUC-RS. Esp. Direito Empresarial pela UAM Graduado Direito - ITE Bauru.

[2] Pós-doutorado pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra; Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP; Mestre em Direito ITE e Especialista em Direito Público pela ITE

method was used with analysis of the Constitution Law, infraconstitutional laws, doctrine and jurisprudence. The concept of Political Plurality was traced, an express foundation of the Constitutional Law that will serve as a foundation that demonstrates the need to change the axiological-interpretive vector of neoconstitutionalism to respect parliamentary supremacy in face of judicial decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Democratic state ruled by law, Waldronian analysis, Political plurality, Neoconsttitutionalism

1. INTRODUÇÃO

As alterações trazidas pela Constituição de 1988, uma Constituição altamente influenciada pelo pós-guerra e as preocupações da época, trouxe densas alterações às atuações do Estado, em especial o Poder Judiciário e o Poder legislativo.

O neoconstitucionalismo alterou a forma de atuação do Judiciário, trazendo fundamentos para uma atuação mais proativa, visando impor a vontade da constituição na legislação infraconstitucional.

Aliado ao pensamento proativo do Judiciário, tem-se as obrigações que foram impostas pela Magna Carta, em especial, os remédios constitucionais, o controle constitucional de leis infraconstitucionais, devendo elas respeitarem a formalidade e a consubstancialidade.

Por outra linha, temos uma preocupação da Constituição em limitar o poder judicial, em especial o próprio fundamento da Pluralidade Política, esse que o Poder Judiciário não consegue suprir, ficando a base do Legislativo incluir normas no sistema que foram produzidas através de debates realizados por pessoas de diversas culturas e etnias.

O Brasil é um país continental com vasta diversidade de culturas, etnias, religiões, costumes, logo é necessária uma atuação ativa do poder legislativo que deve seguir os elementos Waldronianos expostos no presente trabalho, os quais visam fornecer uma dignidade na legislação.

Para tanto, foi utilizado método lógico-dedutivo com análise da Constituição Federal, leis extravagantes, doutrina e Jurisprudência.

Adotando-se a premissa que a linguagem do Direito deve ser acessível à população e estar em conformidade com a cultura daquele local que irá vigorar aquele ordenamento.

Caminhando nessa linha, vemos que neoconstitucionalismo impôs ao judiciário diversas atuações que vão contra essa pluralidade política, em especial, nos momentos que o Poder Judiciário legisla para suprir omissões do legislativo.

Desta forma, o objetivo do artigo é tecer uma análise sobre os limites do Poder Judiciário, em especial, as vantagens de o ordenamento ser inserido pelo Poder Legislativo ao invés do Judiciário, frente à separação dos poderes.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO

Imprescindível neste ponto, e em primeiro lugar, estabelecer conceitos instrutórios que embasarão a presente crítica.

O Neoconstitucionalismo tem como fundamento salvaguardar os direitos fundamentais, ou seja, estabelecer limites que não poderão ser ultrapassados por qualquer poder do Estado e a soberania popular estará mitigada por ele.

Os doutrinadores citam que a soberania popular é exercida no poder constituinte originário, o qual é livre de limitações (visão positivista pura), porém ao exercer esse poder e fixar os fundamentos e limites daquele Estado, todos os cidadãos estarão subordinados às aludidas regras e não poderão infringi-las, mesmo que por maioria maçante.

Nesse sentido, JUNIOR, Vidal Serrano e ARAUJO, Luiz Alberto David (2016, p. 25)

> Após a 2ª Guerra Mundial, um movimento vagaroso, detectado sobretudo na jurisprudência das Cortes Constitucionais, foi dando um novo caráter às ordens jurídicas nacionais. Por esse movimento, as Constituições, outrora observadas como repositórios de divisão de competências e de definição de programas genéricos a entes públicos, foram sendo alçadas a um novo patamar, qual seja, o de documentos vinculantes dos poderes públicos dotados

Também, MOREIRA, Eduardo (2008, p. 35).

> Se a limitação dos poderes é pressuposto do constitucionalismo clássico, para o neoconstitucionalismo, a disposição e a defesa de um catálogo de direitos fundamentais, conduzidos por princípios, são seus pressupostos. Todo o desenvolvimento, desde então, trouxe uma importante constatação: a teoria do direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade constitucional, entendida como o conjunto de técnicas de decisão em matéria constitucional entendida como o conjunto de técnicas de decisão em matéria constitucional e que norteiam a prática forense, como as decisões do STF.

Válido nesse momento, tecermos a relação entre princípios e a Constituição, por ser o cerne da presente questão.

Para melhor elucidação, Robert Alexy (2008, p. 90-91),

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Nas palavras de Antônio Carlos da Ponte (2008, p. 60), “os princípios são viabilizados por meio das regras [...] o conflito normativo, as antinomias, ocorrem entre regras, não entre princípios”

Válido ressaltar que a presença de garantias fundamentais com seu alto grau de abstração, tendem a inserir os juízes em um viés de axiologia constitucional, na medida que aplicam o direito, conforme a vontade da Constituição e esse ato, necessariamente implica em discricionariedade.

Inclusive, esse é um dos efeitos do neoconstitucionalismo, como aponta GALVÃ0 (2013, p. 40)

> Até aqui restou demonstrado que o neoconstitucionalismo está inserido no contexto da utilização progressista da jurisdição constitucional a partir de uma leitura abstrata dos princípios que possibilitam realizar mudanças estruturais na sociedade, mesmo que não haja engajamento político para tanto. em vez de preservar os compromissos constitucionais estabelecidos (visão retrospectiva) à corte é designada a função de criticar moralmente a sociedade, ensejando decisões proféticas sobre o conteúdo do texto constitucional (visão prospectiva). além disso, mostrou-se que, atualmente, a justificativa para esse exercício de poder por parte de tribunais é a proteção de direitos fundamentais.

Nesta linha, demonstraremos que o Neoconstitucionalismo possui uma relação íntima sobre garantias fundamentais, os quais serão analisados como princípios por força de seu grau de abstração e os aludidos princípios invocam uma via dúplice entre limitação e obrigação.

2.1 Limitação Constitucional

Observa-se que a limitação decorre da posição hierárquica que a Constituição se encontra no nosso ordenamento jurídico, a qual impõe que as demais legislações estejam em consonância com seus enunciados, no processo de derivação e fundamentação.

Diz-se derivação, pois tudo que está abaixo dela deve derivar-se de suas enunciados descritivos e fundamentação, pois estando a Constituição acima, nela deve-se fundamentar as legislações infraconstitucionais.

A doutrina aponta que essa posição hierárquica deriva do fato da Constituição Brasileira ser rígida, ou seja, a sua alteração depende de um processo mais solene e dificultoso em comparação ao exigido para as demais espécies normativas.

Acerca das limitações impostas pela Constituição, Ferrajoli (2013, p. 690).

> Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privados de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da propriedade). As garantias liberais ou negativas consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer, de

> deixar viver de deixar fazer, que tem por argumento prestações negativas ou não prestações.
> Entende-se que o campo mais importante destas vedações legais de prestação é aquele que se refere ao uso da força e, por isso, antes de tudo, o direito punitivo, desde o penal ordinário até o direito administrativo de polícia. É neste campo que as Constituições têm mais rigidamente vinculado os poderes públicos, quais sejam a sua fonte ou forma. **Nenhuma Lei, como foi dito, mesmo que votada com esmagadora maioria, pode dispor ou consentir que um homem seja punido sem que haja cometido algum fato proibido ou por ter cometido atos inofensivos ou meramente cogitados ou sem culpa** – grifo nosso.

Assim, fica-se clara a limitação constitucional imposta ao legislador em face do dever de compatibilidade consubstancial entre a norma e a Constituição Federal.

2.1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em razão de todo o exposto, nosso sistema possui a previsão do Controle de Constitucionalidade, o qual adotou o sistema híbrido, combinando elementos do controle difuso e controle concentrado.

Acerca do controle de constitucionalidade, Galvão (2013, p. 27).

> Como se percebe, o controle de constitucionalidade é o mecanismo por excelência mediante o qual o Poder Judiciário pode interferir na realidade social. A revisão dos atos legislativos e administrativos, tendo por base cláusulas constitucionais, permite ao juiz avaliar o conteúdo das ações dos demais órgãos estatais e corrigi-las, caso entenda ser apropriado. Atualmente, nada está imune ao crivo do Poder Judiciário. Desde temas aparentemente irrelevantes – a forma de pesagem de botijões de gás55, por exemplo – até ponderações científicas complexas – como a possibilidade de uso de derivados de amianto na construção civil – passando por questões eminentemente políticas e morais, tudo é apreciado em seu mérito pelos tribunais, que podem reconsiderar as decisões já tomadas pelos outros órgãos.

O autor supracitado aponta que existem quatro argumentos que legitimam o Poder judiciário a realizar o controle de constitucionalidade.

2.1.1.1 Argumento da vontade popular

Primeiro deles é o argumento da vontade popular, onde os adeptos afirmam que os juízes conectam a sociedade ao ordenamento jurídico, suprimindo o abismo que existe entre os anseios sociais e o direito em si, pois a legislação não consegue alcançar a função social que a lei impõe, obrigando ao poder judiciário uma adequação constitucional, dentro desse tema, temos o uso da mutação constitucional.

2.1.1.2 Argumento da Competência Funcional

O segundo é o argumento da competência funcional onde a atividade estatal é dividida por órgãos distintos e cada órgão ficará responsável pela função que melhor se adequa a si, ou seja, aquele que tem mais competência para cumpri-las.

Nesse sentido, Galvão (2013, p. 29).

> Caso se conclua que determinada questão deva ser resolvida no momento da aplicação da norma, estabelecem-se textos mais abertos, como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que dão maior espaço de conformação aos juízes para construírem a política pública em jogo. Por outro lado, caso se entenda que o Legislativo possui mais capacidade institucional para decidir sobre determinado tema, são estabelecidas regras jurídicas específicas que conferem margem restrita de discricionariedade aos magistrados ao interpretá-las. Para os referidos autores, o importante é que, uma vez decidida a questão pelo órgão institucionalmente designado para tanto, não haja subversão ou desobediência por parte dos demais atores.
> **Ocorre que, no campo do direito constitucional, em virtude dos inúmeros e muitas vezes contraditórios princípios plasmados no texto fundamental**, **toda questão pode acabar sendo transferida para os tribunais por meio do controle de constitucionalidade**. No caso brasileiro, a ambição do texto constitucional torna irrelevante qualquer tentativa de justificar a transferência do centro decisório de certas questões para os juízes com base no argumento da competência funcional, pois não há escrutínio razoável em nosso sistema para distinguir quais questões são mais bem resolvidas por meio de um processo judicial do que pelo processo político. Dito de outra forma, não há decisão que fuja do controle do Poder Judiciário, que sempre pode revê-la com base em parâmetros constitucional – grifo nosso.

Esse argumento é apresentado no Brasil no sentido de que os juízes são os mais adequados para julgar problemas constitucionais, pois são questões jurídicas e o juiz que passou no concurso público se mostra mais preparado para enfrentar a problemática.

Observa-se que em momentos de crise política, o Poder Judiciário demonstra um papel fundamental, assumindo a função de frear o afoitamento político, não é raro vermos diversos problemas na legislação.

2.1.1.3 Argumento Procedimental

A terceira forma de defesa é o argumento procedimental, pois a atuação judicial é legítima quando defende o processo político democrático, defende que o Poder Judiciário seja o defensor do debate político, ou seja, o Estado deve trabalhar de forma a fomentar a liberdade de expressão, a liberdade parlamentar e evitar excessos de outros poderes ou falta de pluralismo político.

2.1.1.4 Argumento da Proteção de Direitos

A quarta forma é o argumento da proteção de direitos, a qual está aplicado o Neoconstitucionalismo, nessa linha os doutrinadores afirmam que o Poder Judiciário trabalha em função da proteção dos direitos fundamentais.

As atitudes desumanas cometidas pelos nazistas demonstraram a necessidade de termos um núcleo mínimo de direitos na esfera política, assim, nenhuma decisão tomada pelos outros poderes está imune ao crivo dos tribunais, em especial, a suprema corte.

Válido ressaltar que essa constitucionalização dos direitos fundamentais sofre diversas críticas, em especial quando os tribunais julgam casos que a relação entre tema e o direito fundamental concreto é tão distante e reflexa que torna difícil a sua aplicação Constitucional.

Inegável que há infinitos casos que a Suprema Corte deveria quedar-se inerte e permitir que a questão seja resolvida pela via legislativa, em respeito à separação de poderes e o fato de a Constituição ser omissa acerca do tema.

Válido mencionar que a Constituição de 1988 não previu o controle jurisdicional preventivo, o qual ficaria adstrito ao poder legislativo por meio das comissões de Constituição e Justiça e ao poder executivo por meio do veto, porém a jurisprudência do STF tenta introduzir a aludida fiscalização por intermédio do Mandado de Segurança impetrado por parlamentar.

Um caso paradigmático sobre o instituto foi o M.S. 32033, conforme podemos notar.

> CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.
> 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vicio de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vicio já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.
> 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.
> 3. **A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e politico de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de**

> **responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.**
> 4. Mandado de segurança indeferido.
> (STF - MS: 32033 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2013, Data de Publicação: DJe-079 DIVULG 26/04/2013 PUBLIC 29/04/2013) – grifo nosso.

Alguns doutrinadores defendem que o Poder Judiciário deve exercer, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade preventivo, por ação que tem apenas como legitimado os parlamentares, em face do direito subjetivo à observância do devido processo legislativo constitucional.

Nesse sentido, Novelino (2009, p. 221).

> O Poder Judiciário, ainda que de forma excepcional, também poderá exercê-lo caso seja impetrado um mandado de segurança por Parlamentar, em razão da inobservância do devido processo legislativo constitucional, como ocorre no caso de deliberação de uma proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea. Os parlamentares têm direito público subjetivo à observância do devido processo legislativo constitucional. Por isso, apenas eles, e nunca terceiros estranhos à atividade parlamentar, têm legitimidade para impetrar o mandado de segurança nessa hipótese. A iniciativa somente poderá ser tomada por membros do órgão parlamentar perante o qual se achem em curso o projeto de lei ou a proposta de emenda. Trata-se de um controle concreto, uma vez que a impetração do mandamus surge a partir da suposta violação de um direito (ao devido processo legislativo).

Observa-se que a jurisprudência do STF é firme em manter o controle constitucional preventivo realizado pelo Poder Judiciário em análise puramente formal, ou seja, analisando apenas a constitucionalidade do processo legislativo aquele projeto.

Não é admitido, em projeto de Lei, a análise da Constitucionalidade material/consubstancial, por devida ofensa ao debate de ideias e pluralismo político.

Importante, desde já, apresentar a visão de Waldron acerca do instituto, pois esse debate de ideias envolvendo pessoas de diversas etnias, religiões e pensamentos são altamente benéficos para a sociedade e são muito mais justos que decisões emitidas por apenas um juiz.

Nesse sentido, Waldron (2003, p. 13)

> Não há dúvida. Legislação é direito; na verdade, constitui o grosso dos materiais jurídicos com que as pessoas comuns vêm a ter de lidar. É mais uma questão de explicitar conceitos. A pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na filosofa jurídica persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário - o direito desenvolvido por juízes e tribunais - a questão central e interessante. Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito peia legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que "direito", " justiça", "Legalidade" e "estado de direito" evocam? Por que é: esse o nosso conceito de direito na jurisprudência ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito?

Desde já, a crítica apresentada por Waldron está no centro da questão constitucional. Inegável que sua teoria necessita de adequações para aplicação no direito brasileiro, justamente por todas as previsões constitucionais, principalmente, o controle de constitucionalidade.

Observa-se que a aplicação de sua teoria, impõe ao Poder Judiciário diversas limitações, impedindo a ocorrência da deferência ao legislativo, colocando seu papel a favor da supremacia parlamentar.

2.2 Obrigação Constitucional

Nas obrigações impostas pelo Estado de Direito Constitucional, está a criação do Estado Social, ou seja, o Estado não pode apenas tutelar as minhas garantias fundamentais, também é obrigado a ser o provedor dessas garantias e sua atuação deve ser devidamente fundada nesse propósito.

Nesse sentido, Ferrajoli (2013, p. 691)

> Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos já recordados à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferentemente dos direitos de liberdade, que são direitos de (ou faculdade de comportamentos próprios) a que correspondem a vedações (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar de "sociais" ou também "materiais" são direitos a (ou expectativas de comportamentos alheios) que devem corresponder obrigações (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de "Estado de direito" deve ser consequentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações.

Assim, observa-se que além do dever de não fazer do Estado, imposto pelas garantias fundamentais, um não fazer que impede atuação de qualquer poder seja público ou privado, também temos o dever de agir do Estado, o dever de fornecer subsistência e outros diversos direitos aos cidadãos, as garantias liberais negativas e garantias sociais positivas.

2.3 Democracia Formal e Substancial

Essa nova face do direito constitucional, o qual resulta-se do conjunto de garantias liberais e sociais, demonstra uma nova forma de democracia, a formal e substancial, a primeira com base no processo legislativo exigível para o ingresso das normas no sistema e a segunda baseada nas limitações materiais impostas pelo texto constitucional.

Assim, é inegável que a Jurisdição constitucional trouxe uma tênue fronteira entre o direito e a política

Nesse sentido, Barroso (2018, p. 259)

> Um dos traços mais marcantes do Estado constitucional contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Embora o Direito deva ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, é inevitável reconhecer que essa autonomia será sempre relativa. O constitucionalismo democrático move-se entre dois polos: a razão pública, da qual a jurisdição constitucional deve ser intérprete, e a vontade política, exercida pelos que têm o batismo da representação popular.

Válido ressaltar que o Neoconstitucionalismo também possui fundamento em face da Norma Hipotética Fundamental, a qual será vista como o princípio da dignidade da pessoa humana

Nesse sentido, Gonçalves e Quirino (2022, p. 5)

> A norma fundamental é o comando de obediência à constituição, como ela não se confundindo. Da norma fundamental é extraído a máxima de que devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve {...} dessa forma, a Constituição em sentido jurídico-positivo é o que se pode identificar como norma fundamental de um Estado, aquela composta pelo texto normativo ou pelo conjunto de costumes de um país, ao passo que a norma fundamental é a máxima obediência à norma constitucional imposta-positiva.

Nessa visão a dignidade da Pessoa Humana alcança o valor de fundamento maior da carta de princípios, devendo ser analisada como o fundamento do próprio Direito Constitucional, como defende Hans Kelsen.

Também, SARLET; MITIDIERO e MARINONI (2022, p. 119):

> A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes.

A dignidade da pessoa humana encontra-se no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal por ser alicerce e objetivo maior da sociedade, logo deve ser encarado como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Válido mencionar a lição de Antônio Carlos da Ponte (2008, p. 63):

> O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o fundamento maior da carta de princípios denominada Constituição Federal {...} trabalhando com a ideia de sistema jurídico fechado, propugnada por Hans Kelsen, o princípio da dignidade da pessoa humana seria, como já adiantado, a norma hipotética fundamental - ápice da pirâmide-, sob a qual encontrar-se-ia a Constituição Federal, alicerçada em uma série de outros princípios. Abaixo, estariam as leis complementares, delegadas, ordinárias, os decretos, as portarias etc.

Assim, o Estado de Jurisdição Constitucional possui a norma hipotética fundamental como razão a limitar as atuações do Estado e também obriga-lo a agir, fundamentando a supracitada democracia substancial.

Por todo o exposto, podemos afirmar que a maioria esmagadora não pode ordenar que uma minoria tenha suas garantias violadas, até porque isso não seria democracia, mas sim autoritarismo de maioria.

Desta forma, a vontade da maioria será respeitada, desde que respeitadas as garantias fundamentais da minorias.

Por uma visão de Waldron, não é necessariamente que a minoria não concorde com a decisão da maioria, em verdade, o autor acredita que o cerne da questão deve ser o debate político e o texto constitucional não poderia retirar o debate e caso a decisão da maioria seja exercida após um caloroso debate de ideias, a minoria perdedora teria conhecimento dessa decisão e teria razões para a respeitar.

Sabendo-se da necessidade de adequação da teoria Waldroniana no ordenamento jurídico brasileiro, é inegável que pelo ponto de vista político democrático, uma análise feita pelo parlamento que é composto por pessoas de diversas opiniões políticas, religiões e etnia é muito mais adequada que a decisão proferida pelo Poder Judiciário que tem um pluralismo altamente inferior que o parlamento.

Então, é necessário repensarmos os conceitos ora apresentados, questionando se o controle realizado pelo Poder Judiciário realmente é sempre o mais adequado, será que um debate que ocorra no Parlamento seria menos justo que uma decisão proferida por apenas um juiz e por que as legitimações de controle de constitucionalidade acima apresentadas que tanto dão força ao Poder Judiciário, não poderiam ser igualmente aplicadas aos outros poderes?

3. OS ELEMENTOS WALDRONIANOS

Para iniciarmos a presente crítica, importa-nos trazer os elementos elementares que necessitam estar presentes em um sistema jurídico, em que pese o próprio autor reforce a sua obviedade, ele demonstra que às teorias positivistas as ignoram, tornando necessária sua análise.

3.1 Cortes

Inicialmente, cumpre-nos salientar que nenhum sistema será jurídico se não possuir cortes, ou seja, instituições que irão aplicar as normas estabelecidas pela política que a produzem por meio da participação argumentativa dos envolvidos.

3.2 Normas Gerais e Públicas

O segundo elemento demonstrado por Waldron é que o sistema necessita ser baseado em normas gerais e públicas, ou seja, deve-se impor a impessoalidade e a publicidade.

Sobre o tema, MORBACH (2021, p. 229)

> Para Waldron, contudo, é um erro conceber um sistema como jurídico sem que nele haja um meio publicamente acessível de identificação das normas gerais que regulam a conduta dos cidadãos. Não se trata de mera questão pragmática: a publicidade e a generalidade do direito passam pela ideia de autoaplicação; o direito trabalha constantemente com a ideia de tornar cada vez mais possível a (auto)aplicação voluntária de suas normas, e isso é (também) uma questão de respeito aos jurisdicionados e sua capacidade de agir.

Para Waldron, a norma necessariamente deve ser acessível e interpretável pelos cidadãos que nela serão submetidos, assim, não pode ser interpretada apenas pela elite, mas sim por todos que terão suas vidas reguladas.

3.3 Positividade

O terceiro elemento é a positividade, o qual estabelece que um sistema jurídico necessariamente precisa ter legislaturas e processo legislativos, com o escopo de tornar clara a forma com que as normas nascem e são modificadas no sistema, o direito não é descoberto e sim criado pela atividade humana.

Em face dessa maior transparência, tendo-se com base o legislador ideal, produzindo normas após debates e devido enfrentamento do tema, demonstra-se que para

jurisdicionado é muito mais acessível e entendível a norma produzida pelo parlamento àquela produzida pelo Judiciário.

3.4 Orientação ao Bem Comum

O quarto elemento Waldroniano, pressupõe que um sistema jurídico apenas será legítimo se suas normas não forem meros comandos emitidos por autoridades, ou seja, ele deve ser produzido com base em preocupações de toda a comunidade política.

Neste momento, podemos enxergar a separação que Waldron tece acerca da legitimidade do Judiciário frente à legitimidade do Legislativo, embora ele não demonstre a visão nesses termos, a teoria Waldroniana evita legitimar decisões de ordem, ou seja, normas criadas por autoridade sem linguagem adequada e sem a necessidade de direcionamento ao bem comum.

Em que pese as preocupações dos juízes em centralizar suas decisões com base na interpretação constitucional, a qual em nosso sistema significaria o bem comum, é inegável que os debates em parlamento, sua maior transparência e linguagem acessível daria uma maior segurança aos jurisdicionados, fornecendo fundamentações que os orientam ao bem comum.

3.5 Sistematicidade

O quinto e último elemento Waldroniano, a sistematicidade, de forma meramente aparente, vai de encontro com a proposta de Dworkin em "integridade", informa que o direito necessariamente ter que ser visto como um sistema, ou seja, há necessidade de lógica, coerência.

Porém, essa semelhança com Dworkin é apenas aparente em nossa visão, pelas razões que iremos demonstrar no próximo tópico, mas desde já apontamos que o objeto da sistematicidade diverge do objeto da integridade de Dworking, pois a preocupação do Dworkin é nos juízes, a questão de buscar um juiz ideal que enxergará o direito como uno, em contrapartida a preocupação de Waldron é no sistema legislativo, a forma pela qual o legislador necessita enxergar o direito e seu papel.

3.6 ANÁLISE DOS ELEMENTOS WALDRONIANOS

O processo legislativo deve respeitar o seu ordenamento, além de legítimo ele necessita integralizar as normas de forma a serem unas e de fácil interpretação.

Observa-se que essa crítica apresentada pelo sistema Waldroniano vai de encontro com aquilo que ele levanta sobre a dignidade da legislação, buscar o legislador ideal, o qual terá ciência de suas obrigações e possibilidades dentro do processo legislativo.

Nesse sentido, Morbach (2021, p. 231)

> São esses cinco elementos combinados um ao outro – (i) cortes, (ii) generalidade e publicidade, (iii) positividade, (iv) orientação ao bem comum e (v) sistematicidade – que, para Waldron, caracterizam as exigências, os requisitos mínimos que um sistema deve observar para que seja um sistema legitimamente jurídico. Trata-se de uma questão de dignidade, de respeito à dignidade da argumentação e da racionalidade dos indivíduos cujo comportamento é regulado pelas normas *corpus juris;* trata-se, portanto, de uma concepção na qual o direito e o *rule of law* informam, definem e protegem um ao outro, respeitando a liberdade e a dignidade de cada cidadão como um centro ativo de inteligência.

Waldron defende que todas as teorias do direito apontam apenas o "Juiz Hercules", o Juiz ideal apontado por Dworkin e que o Neoconstitucionalismo adotou como forma de Constitucionalizar o direito.

O Neoconstitucionalismo impôs ao poder Judiciário, na figura do juiz Hercules, resolver os desacordos dos cidadãos, as lutas de classes, as lutas das minorias, tudo foi outorgado ao Poder Judiciário, o qual seria visto como único capaz de enxergar na Constituição aquilo que estou enfrentando e qual a vontade da Constituição nesse enfrentamento.

Porém Waldron se contrapõe a esse viés, para ele essas controvérsias deveriam ser decididas pelo povo, na figura dos representantes eleitos por eles, observa-se que o debate legislativo, até por ser uma linguagem mais simples realizada por pessoas eleitas pelo povo.

Há diversos casos que foram paradigmáticos julgados pelo STF e que até hoje há um grande desacordo da sociedade com eles, não a sociedade como um todo, mas uma grande parcela questiona as decisões jurídicas.

Nesse ponto, cremos que a falta de um verdadeiro debate, com apresentação de opiniões diversas torna as decisões proferidas pela Suprema Corte como questionáveis em face de sua difícil interpretação pelo povo.

O Poder Judiciário não é e nunca será capaz de analisar visões externas ao ordenamento jurídico, sob pena de confundir o direito e moral e conferir uma discricionariedade altíssima e perigosa ao Poder Judiciário.

Então, a função do Poder Judiciário será sempre a de subsunção e de buscar encontrar respostas constitucionais ao problema enfrentado, mesmo que a Constituição seja omissa àquele caso ou aceite os dois resultados.

Exemplificando, uma discussão que envolva a opinião “A”, opinião “B” e opinião “C”, caso seja judicializada, o Poder Judiciário tentará encontrar na Constituição essa resposta e caso não esteja disposto na Constituição, isso implicará uma interpretação demasiadamente expansiva do texto constitucional e que consequentemente confundirá o Direito com a Moral.

Além, na judicialização, os defensores das ideias vencidas não terão uma resposta eficaz que torne consenso a ideia vencedora, a resposta apresentada pelo Poder Judiciário será insuficiente para suprir o clamor daqueles que a defendem,

Por essas razões, o debate parlamentar se torna mais democrático, justamente por trazer essa discussão a um plano externo, que poderá analisá-la em um corpo composto pluralidades, envolvendo pessoas de diferentes classes sociais, religiões e etnias.

Válido destacar que Poder Judiciário não pode tecer uma visão paternalista acerca dos jurisdicionados, ou seja, que eles são incapazes de discutir pontos e encontrar a melhor resposta nos desacordos políticos.

Nesse sentido, Consani (2014, p. 166)

> Direitos em desacordo devem ser decididos pelo povo ou por seus representantes. Por essa razão o autor defende que há de fato uma perda para a democracia quando a legislatura eleita de uma sociedade é submetida ao poder judicial. Com relação à atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis, o autor admite o que chama de revisão judicial em sentido fraco, opondo-se à revisão judicial em sentido forte. A distinção entre ambas é que, na primeira hipótese (revisão judicial em sentido fraco), o poder judiciário pode inspecionar a conformidade da legislação aprovada pelo poder legislativo com os preceitos constitucionais e declarar a incompatibilidade entre leis e constituição, devolvendo a matéria para a análise do poder legislativo, mas não pode declarar a invalidade de normas democraticamente aprovadas ou deixar de aplicá-las. Na segunda hipótese (revisão judicial em sentido forte), o poder judiciário possui autoridade para declarar a invalidade de normas e/ou deixar de aplicá-las quando reconhecido o conflito ou violação de direitos fundamentais.

Desta forma, as incessantes análises realizadas pelo Poder Judiciário, poderiam ser resolvidos pelo Poder Legislativo e esse ato não irá encarregar em uma inobservância das garantias fundamentais.

Waldron também apresentará uma crítica ao Juiz Dworkiano em face de diversos problemas, como ressaltados por Morbach (2021, p. 244).

> Segundo Waldron, o processo decisório de um juiz Dworkiano (Hércules é demasiadamente difícil: “cada juiz deve idealmente, considerar a gama completa de analogias possíveis (locais e remotas) entre o caso à sua frente e outros casos que podem ter sido decididos pelas cortes”; sendo assim, as “exigências da integridade” acabam por estabelecer uma série de questões cuja resolução torna-se praticamente impossível (Não sendo, portanto, por menos que Dworkin tenha batizado seu juiz hipotético com o nome de um semideus) E, na medida em que essas questões se tornam inevitavelmente mais e mais complexas, é muito possível que dois juízes igualmente responsáveis e de boa-fé cheguem a resultados diferentes.

Nessa linha, é forçoso concluirmos que o paternalismo exercido pelo Poder Judiciário, termo aqui entendido como hipertrofia do Judiciário, o qual impõe limites à autonomia do Poder Legislativo, embora busque tutelar garantias fundamentais, também impede a prática de fundamentos da Constituição Federal, como o disposto no art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, o Pluralismo político.

Então, há necessidade de uma nova dedução acerca da separação dos poderes, entendo que o Poder Judiciário encontra limites em face dos seus próprios fundamentos

O Neoconstitucionalismo, aqui empregado como o causador dessa hipertrofia do Judiciário, por ter sido entendido como o Poder capaz de zelar pelas Garantias Fundamentais.

A Carta Constitucional impõe o controle de constitucionalidade e possui diversos mandamentos impostos ao legislador, obrigando-o a legislar acerca de diversas matérias, porém a Constituição Federal não excluiu o debate de ideias e pensamentos.

A exclusão de pautas para debates também infantiliza a sociedade, a democracia tem o rigor de aceitar opiniões diversas, mesmo que sejam reprováveis.

4. O PLURALISMO POLÍTICO

Enraizado no Estado Democrático de Direito, e coloca no presente trabalho como o elemento fundante à Visão Waldroniana e limitador da atuação do Poder Judiciário.

O pluralismo político é um dos fundamentos da Constituição Federal, demonstrado em seu art. 1º, inciso V, o qual visa determinar a forma que o ordenamento jurídico deve ingressar em nosso ordenamento e intervir na vida dos jurisdicionados.

Em uma linha democrática, é necessário buscarmos a diferença, em especial, dar voz às diferenças em face da sociedade que sempre foi plural, porém a política pertencia à elite.

Nesse sentido, Pinto Junior (2011, p. 37)

> Com relação à Constituição Brasileira, nota-se que houve uma preocupação ao adotar o pluralismo político, considerando os variados aspectos sociológicos e culturais do nosso país, como a recepção em nosso território das várias etnias de todo o mundo. Com isso, o paramento da multiplicidade cultural trazida pelos nativos indígenas, africanos, dos europeus e dos imigrantes, inclusive orientais. Outrossim, não havia como reunir de forma harmoniosa tanta diversidade sem um regime [,] politicamente, a sociedade plural é aquela que admite em sua formação, a presença de vários grupos ou centros de poder, capaz de harmonizar os interesses conflitantes e caracterizada pela desconcentração da sua administração, evitando, pois, a unicidade de decisões seja administrava ou política. Enfim, a sociedade plural é, ideologicamente, oposta a unificação do poder ou da unanimidade totalitária.

Nesse diapasão, o fundamento constitucional está em consonância com a presente crítica apresentada, pois quando o Poder Judiciário atua como legislador, ele não conseguirá suprir às necessidades de um país como o Brasil, que possui uma vasta pluralidade de etnias e culturas, pois a sua decisão será proferida por pessoas da mesma classe social e com uma diversidade cultural bem menor.

Então, o supracitado fundamento também opera como um limitador ao Poder Judiciário, em especial à Suprema Corte em análise de princípios, no sentindo de manter a sua atuação nos casos que houver uma expressa resposta constitucional e efetiva necessidade de resposta do Poder Judiciário, obrigando-o a se abster nos casos que houver necessidade de atuação do Poder Legislativo.

Outro assunto que se demonstra como limitador do supracitado fundamento é a interpretação das leis, conforme a Constituição Federal, caso que não é totalmente rechaçado pela visão Waldroniana, porém deve ser aplicada com ressalvas, não podendo alterar totalmente o sentido do texto, sob pena de ferir a positividade da norma e contrariar o seu próprio enunciado.

Recorda-se que não há problema na vasta diversidade do Congresso Nacional, em verdade ela é uma solução e que respeita na íntegra o fundamento do pluralismo político.

Assim, não pode o Poder Judiciário, alegando omissão legislativa, informar que o presente tema não será resolvido em face da grande diversidade do Congresso Nacional, sob pena do Poder Judiciário ferir justamente aquilo que a própria Constituição quer, o pluralismo político.

Então, mesmo que esse processo seja mais demorado, no caso temos os próprios remédios constitucionais, mandados de Injunção que permitem o Judiciário informar a omissão e remetê-la ao Legislativo.

Porém não pode suprir a sua atuação, pois essa grande diversidade e com vasto debates e, consequentemente, demora legislativa faz parte daquilo que a própria Constituição determina em seu art. 1º, inciso V.

Conclui-se que o pluralismo político opera como um limitador do Poder Judiciário, especialmente no sentido de obrigar que os mandamentos constitucionais sejam cumpridos pelo Poder Legislativo, podendo o judiciário apontar a sua morosidade e determinar que seja realizada a referida legislação, mas não permite que o Judiciário legisle por conta própria, até porque, a morosidade é atinente aos debates de ideias e amadurecimento legislativo, sendo um direito que os jurisdicionados acompanhem esses debates e entendam a norma e suas razões antes de ser inserida no sistema.

5. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, é imprescindível resguardar todas as garantias fundamentais, assim a atuação do Judiciário se mostra imprescindível frente às diversas necessidades dos cidadãos e as violações que ocorrem diariamente, necessitando de uma resposta estatal coerciva que garanta a aplicação dos princípios.

Porém, o Judiciário não supre todas as necessidades constitucionais, tanto é verdade que o fundamento do pluralismo político e que inclusive, está em consonância uma das teses levantadas por Waldron ao demonstrar a dignidade da legislação, demonstra que uma maior diversidade de pessoas com diversas etnias e culturas formam normas com melhores fundamentos.

Assim, o Poder Judiciário é incapaz de inserir normas no sistema que respeitem o supracitado princípio, sendo necessário o debate político, a apresentação de argumentos opostos que ensejarão a norma.

Não há razão para acreditarmos que o direito exercido pelos tribunais seja mais "justo" que o direito legislado, mesmo que os juízes sejam formados e se dediquem a buscar as vontades constitucionais, as interpretações conforme à Constituição, a norma positivada tem a possibilidade de ingressar em vias externas e ouvir opiniões que não serão ouvidas na via judicial.

Superadas as questões, têm-se que o Poder Judiciário no Brasil tem tomado proporções maiores, inserindo normas no sistema e suprindo omissões legislativas, através de jurisprudências, sob o argumento que nela há um mandamento constitucional expresso e esse autoriza a sua aplicação.

Da mesma forma que a Constituição impõe matérias a serem legisladas, ela possui seus próprios fundamentos e por uma visão Waldroniana adaptada ao direito brasileiro, seria necessária que a atuação do Judiciário se bastece em apontar a omissão, porém a matéria a ser legislada, a forma, os debates, deveria ocorrer pela via legislativa.

Desta forma, conclui-se que os próprios fundamentos da Constituição Federal que permitem uma maior atuação do Judiciário, impõe a ele o dever de se abster e respeitar a supremacia parlamentar, pois segundo a Constituição, é a via mais adequada para a inserção de normas no sistema, em face da pluralismo político.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 set. 2022.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **MS 32033**, Relator Ministro Gilmar Mendes 24/04/2013. Voto do Ministro Relator (Mérito), p. 61-120. (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006). Acesso no dia 10 de junho de 2023.

BERLIN. Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Traduzido por Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GALVÃO, Jorge Octávio L. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502215245. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215245/. Acesso em: 10 jun. 2023.

JUNIOR, Nilo Ferreira Pinto. **O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal.** Revista Eleitoral TRE/RN, Natal; v. 25, p. 37-45. 2011. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2945. Acesso em 10 junho de 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2009.

PEGORARO, Luiz Nunes. **O Backlash diante do Ativismo Judicial**. 1. ed. Bauru: Spessotto, 2021.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTE, Antônio Carlos da. **A Fundamentação Constitucional dos Crimes Eleitorais e o Efetivo Combate à Corrupção Eleitoral.** (livre docência em direito penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 44. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002;

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Traduzido por Luís Carlos Borges. Martins Fontes, São Paulo, 2003.