

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-179-1

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais I” congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-políticas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

A NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

THE EXISTENCE OF NEED OF JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Cristine Cavalcanti Gomes

Resumo

A análise de compatibilidade de uma lei ou ato normativo a fim de observar se os mesmos preenchem os requisitos formais e materiais a serem necessariamente atendidos é o objetivo do controle de constitucionalidade. No Brasil vigora, como regra geral, o modelo de controle judicial, realizado de forma difusa ou concentrada. Nesse contexto, o modelo de controle judicial de constitucionalidade é criticado por Jeremy Waldron, em seu texto "The core of the case against judicial review". O objetivo do artigo é proceder a um contraponto entre a ideia desenvolvida pelo autor e o modelo vigente no Brasil.

Palavras-chave: Controle, Judicial, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The compatibility analysis of a regulatory law or act in order to see whether they meet the formal requirements and materials to be necessarily met is the purpose of judicial review . In Brazil in force , as a general rule , the judicial model, made of diffuse or concentrated form. In this context, the judicial model of constitutionality is criticized by Jeremy Waldron, in his text " The core of the case against judicial review " . The objective of this article is to make a counterpoint between the idea developed by the author and model invigorating in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control, Judicial, Constitutionality

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade consiste na análise de uma lei ou ato normativo frente à Constituição Federal, a fim de verificar se atende aos requisitos formais, bem como se não ofende materialmente as suas normas.

O controle judicial de constitucionalidade, no Brasil, foi construído paulatinamente por meio das suas Constituições, partindo desde a sua inexistência, na Constituição de 1824, até a instituição de um controle judicial repressivo, exercido de forma difusa e concreta, pela atual Constituição Federal de 1988.

O atual modelo é, em regra, judicial, pois exercido por órgão competente pertencente ao Poder Judiciário e repressivo, porque realizado apenas quando a norma já é existente.

O controle judicial, ademais, é exercido tanto de forma difusa, pela via de exceção, quando a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo não é o objeto central dos autos, por qualquer juiz ou tribunal, quanto de forma concentrada, quando a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade é a questão central, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça Estaduais, com a utilização dos seguintes instrumentos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Contrariamente à ideia do controle judicial de constitucionalidade, no ano de 2006, Jeremy Waldron em seu texto intitulado *“The core of the case against judicial review”*, teceu severas críticas, em um plano abstrato ao modelo, por entender que seria extremamente prejudicial às sociedades democráticas.

Entendeu o referido autor que o modelo judicial de controle de constitucionalidade deveria ser abolido, passando as controvérsias constitucionais a serem solucionadas no âmbito político.

O presente artigo abordará o controle judicial de constitucionalidade no Brasil, sua evolução, no texto de suas constituições, até o desenvolvimento do atual modelo e principais características, fazendo um contraponto entre a ideia desenvolvida por Jeremy

Waldron, em especial acerca da abolição do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e o modelo que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

1. O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Para que exista a possibilidade da realização de um controle de constitucionalidade, pressupõe-se uma Constituição rígida e formal, a qual deve ser entendida como a norma que atribui validade às demais; um órgão competente para o controle e, por fim, a consequência para a desconformidade com a Constituição.

Em relação ao órgão competente para a realização do controle de constitucionalidade, de acordo com a sua natureza, o controle pode ser denominado não judicial, quando é exercido, como já intitulado, por um órgão político. Este modelo, não é o adotado como regra pelo Brasil, que utiliza o controle judicial, mas como exceção, quando realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Imperioso, nesse momento, a análise do surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil e sua evolução paulatina, por suas constituições, antes de tecer considerações acerca do modelo de controle de constitucionalidade utilizado como regra geral.

A Constituição de 1924, não fazia qualquer previsão acerca do controle judicial de constitucionalidade, tendo apenas previsto como competência do Poder Legislativo a interpretação, suspensão e revogação das leis e, como isso, pode-se dizer, a de velar pela guarda da Constituição.

Na Constituição de 1981, sob influência da Constituição Norte-Americana, houve a positivação do controle de constitucionalidade (difuso, pela via de exceção), atribuindo a competência ao Supremo Tribunal Federal, ademais, para rever as sentenças proferidas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, quando fossem questionadas validade ou aplicação de leis ou tratados federais.

Posteriormente, com a reforma constitucional de 1926 da Constituição de 1981, houve modificações no controle de constitucionalidade. Manteve-se o modelo difuso, contudo, ampliou-se a competência do Supremo Tribunal Federal, de rever sentenças proferidas pelos Tribunais de Justiça Estaduais para uniformizar a jurisprudência dos demais Tribunais.

A Constituição de 1934 manteve o modelo inaugurado na Constituição de 1981, qual seja, o controle difuso, porém, trouxe significativas modificações, a saber, instituiu a cláusula de reserva de plenário, assim, a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer pela maioria do total de membros dos Tribunais; o controle concentrado por meio da representação interventiva, tendo como legitimado o Procurador-Geral da República, nas hipóteses em que de desconformidade a princípios constitucionais pelos Estados-membros; atribuição de competência ao Senado para suspender execução de atos normativos declarados inconstitucionais pelo órgão competente, atribuindo-lhe efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e, por fim, em seu art. 68 proibiu que o Poder Judiciário conhecesse de questões exclusivamente políticas, devendo abster-se de enfrentá-las, acaso submetida à apreciação.

A Constituição de 1937, por seu turno, também conhecida como Constituição Polaca, manteve o modelo de controle estabelecido pela Constituição de 1934, bem como o quórum especial instituído, além disso, manteve a proibição do Poder Judiciário de conhecer das questões exclusivamente políticas.

Trouxe, contudo, a possibilidade de o Presidente da República solicitar ao Poder Legislativo que validasse lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o fizesse pelo quórum de 2/3 dos membros do Senado e da Câmara. Dessa forma, a lei continuaria em vigor a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Com a Constituição de 1946, de viés eminentemente democrático, houve uma restauração do controle judicial de constitucionalidade, que passou a não sofrer mais influência tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. Estabeleceu a competência para o Supremo Tribunal Federal exercer o controle difuso em sede de recurso extraordinário; manteve a cláusula de reserva de plenário, ou seja, a eficácia da decisão declaratória dependeria de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal; manteve a competência do Senado Federal de suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, trouxe uma nova roupagem à representação de inconstitucionalidade interventiva, instituída pela Constituição de 1934, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade de sua propositura, objetivando a intervenção federal nos Estados-membros, que violassem os princípios constitucionais,

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, diferentemente da forma estabelecida pela Constituição de 1934, a intervenção federal passou a depender da decisão do Supremo de inconstitucionalidade do ato praticado pelo Estado-membro, supostamente violador dos princípios constitucionais.

A Constituição de 1946 foi objeto da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, a qual inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, inaugurando a fiscalização abstrata de normas, tendo como legitimado à sua propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, apenas o Procurador-Geral da República.

A referida emenda previu, ainda, a possibilidade do controle concentrado, perante os Tribunais de Justiça, tendo como objeto leis ou atos normativos municipais em desacordo com as Constituições Estaduais.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 01/1969, não trouxeram grandes modificações em sede de controle de constitucionalidade. Preservaram o controle difuso e o controle abstrato, nos moldes da Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional n. 16/1965, contudo, a Constituição de 1967, não trouxe em seu texto a norma estabelecida pela mencionada emenda constitucional acerca da possibilidade do legislador estabelecer a competência originária aos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em descordo com a Constituição Estadual.

A Constituição de 1967, ainda, ampliou a representação de inconstitucionalidade interventiva, no sentido de que fossem garantidos os princípios denominados sensíveis da Constituição, bem como, o provimento da execução das leis federais. Além disso, passou à competência do Presidente da República a possibilidade de suspensão do ato estadual.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, estabeleceu-se normatização a respeito do controle de constitucionalidade de atos normativos municipais em face de possíveis desconformidades com a Constituição Estadual, com o objetivo de intervenção no Município.

Por fim, com a Constituição de 1988, houve a introdução de inúmeras modificações em sede de controle de constitucionalidade, especialmente em relação ao

controle concentrado, quais sejam: houve a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que anteriormente era atribuída apenas ao Procurador-Geral da República, conforme a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965; estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das grandes controvérsias, em sede de controle concentrado de constitucionalidade; possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal suspendesse, de imediato, a eficácia do ato inconstitucional, mediante pedido de medida cautelar; reduziu, sem eliminar, o controle difuso, ao reduzir a competência da jurisdição constitucional ordinária.

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, após a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional n. 03 de 17 de março de 1993, passou a ser realizado mediante as seguintes cinco ações, a saber, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, conforme art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conforme art. 103, § 2, da Constituição Federal de 1988; Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, conforme art. 36, III, da Constituição Federal de 1988; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme art. 102, I, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, modificado pela EC 03/1993 para o art. 102, § 1 e, por fim, com surgimento na Emenda Constitucional n. 03/1993 a Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Este controle tem como características principais a circunstância de que a competência é do Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, somente por este realizado; ocorre mediante a utilização de alguma das ações acima mencionadas, tendo como questão principal, a declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato normativo, no caso da ação direta de constitucionalidade, objeto do processo, sendo assim, não há caso concreto, partes ou pretensão resistida entre elas, pois, envolve tão somente a verificação de uma lei em tese, ou sua ausência, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso, por seu turno, possui como características básicas a de ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, a partir da análise de um caso em concreto posto à sua apreciação.

Dessa forma, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não é o objeto principal dos autos, mas, aquele caso em debate, contudo, para solucionar a lide faz-se mister analisar a questão constitucional do objeto dos autos, que será prejudicial àquele, razão pela qual é chamado via de exceção e de modo incidental.

A alegação de inconstitucionalidade, portanto, será a causa de pedir e não o pedido, como no controle de constitucionalidade concreto.

Esse é o modelo de controle de constitucionalidade que vigora no ordenamento jurídico brasileiro: realizado por órgão integrante do Poder Judiciário, repressivamente, de forma difusa ou concentrada. Passa-se à análise da crítica de Jeremy Waldron a ele.

2. A ANÁLISE DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR JEREMY WALDRON

No ano de 2006, Jeremy Waldron publicou o texto intitulado “*The core of the case against judicial review*”, por meio do qual, de forma abstrata, formulou críticas ao controle judicial de constitucionalidade, sustentando a tese de que qualquer restrição ou interpretação deveria ser imposta de forma democrática.

Em primeiro lugar, o autor afirmou que o controle de constitucionalidade era vulnerável em dois aspectos. O primeiro, baseado na ausência de transparência, tendo em vista que não forneceria à sociedade uma visão clara e transparente acerca do que realmente estaria sendo julgado, uma vez que distraíam quando tratavam de questões referentes a precedentes, textos e interpretações.

Em segundo lugar, não teria legitimidade, considerando que davam privilégio a um número pequeno de Ministros não eleitos, afastando os princípios de representação e igualdade política na solução de litígios envolvendo questões constitucionais, ao não permitir aos cidadãos direito a sua participação.

Partiu do pressuposto de que haveria um forte controle de constitucionalidade das normas elaboradas pelo Poder Legislativo, em que se privilegiava o controle judicial, relegando instrumentos políticos de controle, o que seria motivo de sua preocupação.

Acreditava Waldron que um controle de constitucionalidade deveria possibilitar uma atenção especializada aos direitos individuais em comparação aos direitos estruturais,

como, por exemplo, o princípio da separação dos poderes, contudo isso não era o que ocorria, uma vez que, a atenção dispensada era igual, entendendo ser este um motivo de inconsistência nas interpretações realizadas em sede de controle de constitucionalidade. Além desse fator, outro que entendia gerador de inconsistência era o fato de que o controle de constitucionalidade era realizado em momento diverso, geralmente, muito superior à elaboração da norma.

Ainda, aduzia que um tribunal constitucional talvez tivesse melhor capacidade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, contudo, esse fato poderia torna-lo, excessivamente preocupado no desenvolvimento de sua doutrina e construção de jurisprudência, podendo causar prejuízo na análise das violações a direitos fundamentais.

Dessa forma, construiu quatro hipóteses cujo acontecimento, ao seu ver, tornaria desnecessária a realização do controle judicial de constitucionalidade em relações envolvendo direitos individuais, provando, por fim, a ausência de legitimidade do poder judiciário em derogar normas oriundas do Poder Legislativo quanto àqueles direitos.

A primeira hipótese consistia no bom funcionamento das instituições democráticas, eleitas por voto direto e universal, e do Poder Legislativo, inclusive. Isso decorria do fato de estarem presentes as seguintes características: as instituições não precisam ser perfeitas, mas engajadas em se aperfeiçoar; existência de eleições, regulares, com voto direto; existência de vários partidos políticos; existência de uma sociedade democrática; existência de normas elaboradas pelo Poder Legislativo, com mecanismos de participação da sociedade e existência de debates com a sociedade, em ambiente democrático.

A segunda hipótese era o bom funcionamento das instituições judiciais, fundamentadas em bases não democráticas, com a presença das seguintes características: existência de instituições judiciárias independentes, composto por meio de eleição não democrática; atuação dos Tribunais apenas em caso concreto e não de forma abstrata; predominância de Magistrados com alta escolaridade, gozando de status e privilégios no meio político, de forma a impedir que sofram qualquer tipo de pressão, com a plena consciência do seu papel.

A terceira hipótese fundamentava-se na existência de comprometimento da sociedade e de seus governantes nas questões relativas aos direitos individuais e das

minorias, estando presentes os seguintes requisitos: a sociedade aceitava e compreendia na conquista do bem estar da maioria os direitos referentes aos que se encontravam em situação diferenciada, possuindo, ademais, consciência dos direitos humanos; havia um forte comprometimento na sociedade com os direitos individuais e da minoria.

Por fim, a quarta hipótese era que o desacordo sobre os direitos dos membros da sociedade eram revestidos de boa fé, caracterizando-se pelo fato, de como já afirmado, existir um grande consenso entre a sociedade, sendo os dissensos referentes não a questões interpretativas, mas, a questões objetivas, tais como, as escolhas importantes que a sociedade deve seguir quando se depara em confronto com algum dilema moral.

Considerando a existência das referidas hipóteses, não haveria motivos para a existência do controle judicial de constitucionalidade, pontuava o autor.

Afirmava que a busca pela solução dos desacordos em uma sociedade não induzia seu desaparecimento, contudo, conduzia a um debate para o Poder Legislativo, através do qual, as leis são elaboradas, e davam dão azo às controvérsias acerca dos direitos individuais.

Dessa forma, a procura por um órgão legítimo para solucionar os dissensos acerca dos direitos fundamentais era, no seu entendimento, imperativa, contudo, nenhum modelo de controle era perfeito, seja o controle judicial de constitucionalidade, seja o fundamentando no controle político, com alicerce no Poder Legislativo, razão pela qual propôs a avaliação à escolha do melhor e legítimo, com base em duas razões: resultados e procedimento.

Quanto aos resultados, afirmava serem os empregados durante o processo decisório, a fim de assegurar o resultado bom, justo ou correto, enquanto os relativos ao procedimento eram aquelas que eram desempenhados, independente das suas consequências ao processo decisório.

As referidas razões, possuidoras de caráter normativo, eram para o autor, também, detentoras de caráter de urgência, em razão do simples fato de possuírem como objetivo evitar violações de direitos fundamentais.

Assim, analisando tais questões Waldron verificou que o processo decisório de natureza política (Poder Legislativo) era o mais adequado e legítimo, no sentido de solucionar as questões relativas a conflito de direitos fundamentais.

A referida conclusão decorreu das seguintes conclusões, quanto ao controle judicial de constitucionalidade: tinha melhor aplicação quando se tratava apenas de duas partes; possibilidade de sofrer pressões externas e do julgador em relação a seus interesses pessoais; impossibilita a averiguação dos direitos que de, fato, estão sendo discutidos; os casos que são apreciados são selecionados de modo a enfatizar uma política pública desempenhada pelos governantes; o fato das normas terem sido escritas em tempo anterior à realização do controle judicial de constitucionalidade poderia ensejar diversidade frente ao que está sendo julgado; os Magistrados poderiam se preocupar apenas na análise interpretativa do texto constitucional, em detrimento das questões de âmbito moral; a motivação preocupa-se excessivamente em mencionar precedentes, e leis, de forma a demonstrar a necessidade de legitimar a decisão, e não ao debate direto da questão moral em discussão.

Por seu lado, quanto ao controle realizado pelo Poder Legislativo, também o entendia passível de pressões externas e indesejáveis, contudo, apesar de privilegiar as maiorias, em decorrência de tratar-se de uma estrutura democrática, os diversos mecanismos de garantir a participação de todos nos debates acerca da questão, quais sejam, as audiências públicas, as votações bicamerais, demonstram a sua real preocupação em assegurar uma decisão que não seja apenas reflexo do pensamento da maioria.

Além disso, a motivação das decisões são racionais e propensas às questões centrais referentes aos direitos fundamentais em si, sem qualquer distração como ocorre no outro modelo, em questões que envolvem, por exemplo, a legitimidade do postulante.

Outro aspecto levantado por Waldron para fundamentar sua escolha, referiu-se ao fato de que, apesar das eleições possuírem seus erros, é o procedimento que melhor atende aos princípios democráticos, tendo em vista que os parlamentares são eleitos, submetendo-se ao crivo de seus eleitores, no período estabelecido, o que não ocorre com os Magistrados, que são, na maioria das vezes, indicados pelo Presidente da República, sendo este o legitimamente eleito.

Assim concluiu que os parlamentares possuíam maior legitimidade democrática que os magistrados, em razão de sua participação no processo advir do credenciamento popular.

Os parlamentares por terem sido eleitos por voto popular, ao participar de um processo decisório ali estariam representado quem os elegeu, comportando-se, portanto, segundo esse fator, e os Magistrados, entretanto, por não terem sido eleitos, não são representantes de ninguém, a sua participação é em decorrência apenas de sua atividade jurisdicional e não questão de direito.

Ademais, considerando que nas eleições todos são tratados igualmente, pois os votos possuem o mesmo valor, os eleitos devem possuir o privilégio de ter poder decisório sobre os direitos fundamentais.

Dessa forma, os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade não deveriam ser dignos de respeito dos cidadãos, considerando que não garantem o respeito aos valores democráticos, da mesma forma que os procedimentos legislativos e eleições.

Nesse diapasão, Waldron formulando crítica à afirmação de que a maioria por vezes representaria a tirana, uma vez que os processos democráticos tinham por fundamento as bases majoritárias, afirmou que aquela existiria apenas quando um cidadão tivesse um direito negado, tendo em vista que este sempre se voltaria contra aqueles que tivessem posicionamento diverso.

Nesse contexto, aduzia ser inevitável o surgimento das tiranias, principalmente quando se estava diante de controvérsias acerca de direitos fundamentais, o que também seria possível quando se tratava do controle judicial de constitucionalidade, não se agravando pelo fato de ser uma decisão da maioria, portanto.

Na verdade, entendia Waldron que o fato da decisão ter sido tomada pela maioria, em verdade e, de certa forma, diminuiria a alegação de tirania, pois demonstrava que foi construída com participação e, não exclusão.

Finalizou seu estudo afirmando que o modelo de controle judicial de constitucionalidade não é ruim em sua integralidade, apenas quando as quatro hipóteses acima elencadas forem prevalecentes, alertando, ainda, que, no caso da existência de corrupção política, racismo e outros preconceitos, de não funcionamento regular do legislativo, o melhor seria então o exercício do controle judicial de constitucionalidade.

Contrapondo-se o modelo brasileiro à crítica formulada por Jeremy Waldron, chega-se à seguinte conclusão: o modelo que vigora como regra geral no Brasil é o criticado abstratamente por Waldron, qual seja, o modelo judicial.

Quanto às vulnerabilidades apontadas, quais sejam a ausência de clareza e a ausência de legitimidade, importante tecer as seguintes considerações.

Primeiramente quanto à inexistência de transparência, no modelo brasileiro, como exposto, especialmente no modelo concentrado, existem regras procedimentais a serem observadas, mormente quanto à legitimidade ativa (legitimados ordinários e extraordinários) e normas passíveis de serem analisadas em determinado instrumento do modelo para que seja possível a sua propositura que, muitas vezes, como afirmado por Waldron relegam a discussão constitucional quanto ao desrespeito dos direitos fundamentais a um segundo plano.

Isso porque a discussão ao invés de partir para uma análise sobre o direito fundamental em si, cuida-se, na verificação do preenchimento dos requisitos para o ajuizamento daquele instrumento do controle concentrado, o que, de fato, conduz à uma ausência de clareza quanto ao que é, de fato, o objeto central dos autos.

No que tange à ausência de legitimidade do controle realizado pelos Magistrados, considerando que somente aqueles eleitos pelo povo respeitariam, de fato, os princípios democráticos, não se vislumbra acerto da posição adotada por Waldron.

O conceito de legítimo pressupõe a ideia de algo aceito pela lei, portanto, sendo o controle judicial de constitucionalidade instituído pela Constituição Federal, lei maior, fundamento de validade das demais, tem-se como modelo legítimo, assim como a atribuição de competência aos Magistrados para realizá-lo.

Mister salientar que a eleição é uma outorga de um mandato para representação política. Nesse contexto, vale ressaltar que o poder constituinte originário é uma forma de representação do povo, que, se manifestando elegeu os Magistrados para a realização do controle judicial de constitucionalidade.

Além disso, no que tange ao modelo de controle difuso vigente no Brasil, cuja regra é o efeito intersubjetivo, há previsão de participação do Senado Federal, composto de representantes eleitos pelo povo, na norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, ampliar os efeitos da decisão para todos.

Ademais, falando-se em participação popular, as leis que disciplinam o controle judicial de constitucionalidade preveem a figura do *amicus curiae*, de forma a possibilitar

um amplo debate, fornecendo os elementos necessários à solução da lide constitucional, pelos representantes da sociedade civil.

Ainda, o novo Código de Processo Civil, na norma do art. 138, prevê que a ampliação da participação do *amicus curiae* no processo, de forma a viabilizar à efetiva pluralidade democrática. É o seu teor:

CAPÍTULO V

DO AMICUS CURIAE

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Dessa forma, observa-se o respeito aos princípios democráticos pelo controle judicial de constitucionalidade, bem como sua legitimidade oriunda da Constituição Federal.

Diferentemente do alegado por Waldron, apesar da existência de um forte controle judicial de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, existem instrumentos políticos de controle, quais sejam, no caso do veto, pelo Poder Executivo, nos termos do art. 66, § 1, da Constituição Federal de 1988 e pelas Comissões de Constituição e Justiça ou da Câmara ou do Senado Federal, pelo Poder Legislativo, ambos realizados preventivamente.

Já de forma repressiva, nos casos em que o Congresso Nacional susta os atos normativos emanados pelo Poder Executivo que ultrapassem os limites da delegação realizada pelo Poder Legislativo, com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal ou quando rejeita uma medida provisória, já em vigor, por possuir conteúdo contrário à Constituição ou não atender aos requisitos da relevância e urgência, consoante art. 62 § 5, da Constituição Federal de 1988.

Além desses, o Poder Executivo pode deixar de aplicar, administrativamente, uma lei em vigor quando entender que ela é inconstitucional e, o Tribunal de Contas da União, dentro do exercício de suas atribuições, poderá fazer a análise de compatibilidade com a Constituição das leis e atos normativos emanados pelo poder público.

Outra discussão trazida por Waldron, a de que um tribunal constitucional voltado apenas para as controvérsias constitucionais não fosse tão favorável, pois, poderia torná-lo excessivamente preocupado no desenvolvimento de sua doutrina e construção de jurisprudência, não se mostra totalmente verdadeira.

No modelo em vigor no Brasil, convivem dois modelos, o difuso, realizado por qualquer juiz ou Tribunal e, o concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça, na esfera estadual. A preocupação com o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência, ao contrário do afirmado pelo autor é totalmente favorável à análise das controvérsias constitucionais porque demonstra pretensão de evolução, de se manter atento aos anseios e questões morais da sociedade no momento da realização do controle de constitucionalidade.

Reconhecendo a referida importância, tem-se que o Supremo Tribunal Federal não se encontra vinculado aos efeitos de sua decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que poderá, em outro caso levado à sua apreciação, modificar seu entendimento anteriormente exposto.

As quatro hipóteses trazidas por Waldron, que, acaso presentes tornariam desnecessárias a existência do controle judicial de constitucionalidade, mostram-se utópicas, pelo menos para o caso do Brasil, considerando a inexistência da presença das seguintes características: ausência de pressão, de qualquer forma aos Magistrados, mesmo gozando de status e diversos privilégios e garantias, o que garantiria o bom funcionamento das instituições judiciais e o forte comprometimento na sociedade com os direitos individuais e da minoria, cite-se como exemplo da ausência do mencionado comprometimento que, recentemente houve o aumento da penalidade para quem estaciona em vagas destinadas às pessoas com deficiência e idosos, em virtude do excessivo descumprimento.

Portanto, respeitadas as críticas formuladas por Waldron, o modelo de controle judicial de constitucionalidade, previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, é legítimo,

uma vez que oriundo do poder constituinte originário, necessário, a fim de garantir a supremacia da Constituição e garantidor do respeito aos princípios democráticos, considerando os mecanismos dispostos tanto de possibilidade de controle político, quanto assegurado da participação da sociedade civil.

CONCLUSÃO

O modelo ideal de controle de constitucionalidade buscado por Waldron, fundamentando em uma legitimidade do órgão realizador oriunda da eleição, considerando que, dessa forma, estariam sendo atendidos os princípios democráticos, não se coaduna com o modelo vigente como regra adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isso, contudo, não quer dizer que o modelo adotado pelo Brasil careça de legitimidade, ou, por via de consequência, que desrespeite, ou não possibilite a participação da sociedade ou tenha mecanismos de controle político, pelo contrário, além da presença de sua legitimidade advir da Constituição Federal, fornece instrumentos de participação da sociedade civil e dispõe de controle político, de forma preventiva e repressivamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, preocupa-se em manter-se atento à evolução da sociedade, de modo que as controvérsias relativas a direitos fundamentais possam ser sempre objeto de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual não se vincula aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Portanto, pode não ser o modelo perfeito, pois assim como o modelo de controle político possui falhas, como a de não possuir tamanha transparência no que está sendo devidamente jugado, pois, antes da análise constitucional em si, preocupa-se com questões preliminares tais como legitimidade ativa, cabimento, objeto, entre outros, mas como bem ressaltou Waldron, nenhum o será.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL, **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 14 dez.2015.

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 dez.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf. Acesso em 21 dez. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 453.444/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 22/06/2005. Publicação: DJe125, publicado em 01/07/2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2297900>. Acesso em 22 dez. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RCL n. 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 20/03/2014. Publicação: DJe208, divulgado em 21/10/2014 e publicado em 22/10/2014. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342563/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em 22 dez. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RCL 1733/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 24/11/2000. Publicação em 01/12/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLLA%2E+E+1733%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/9wsjd8u>. Acesso em 22 dez. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 221/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgamento: 16/09/1993. Publicação em 22/10/1993. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707299/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-221-df>. Acesso em 22 dez. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: *JusPodvim*, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal (115/1346). 2006.