



## A SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: SOFISMA OU PARALOGISMO?

The judicial supremacy in Brazil: sophism or paralogism  
Revista de Processo Comparado | vol. 10/2019 | p. 255 - 277 | Jul - Dez / 2019  
DTR\2019\42372

Miguel Gualano de Godoy

Professor de Direito Constitucional da UFPR. Membro do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Pós-doutorando pela Faculdade de Direito da USP. Ex assessor de Ministro do STF. Advogado. miguelggodoy@hotmail.com

Área do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: O texto trata da questão da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade das leis, diante da sua feição contramajoritária.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade – Contramajoritarismo

Abstract: The text addresses the question of the legitimacy of judicial review of the constitutionality of laws, before it's against-majority feature.

Keywords: Constitutionality control – Against-majority

Sumário:

1.Ponto de partida: de onde vem a legitimidade do controle? - 2.Desconstruindo as origens do controle judicial de constitucionalidade das leis: o caso Marbury v. Madison - 3.A desmitificação do caso Marbury v. Madison - 4.O que o caso Marbury v. Madison tem a nos ensinar? - 5.A supremacia judicial no Brasil - 6.Considerações finais

1.Ponto de partida: de onde vem a legitimidade do controle?

Se<sup>1</sup> a legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo se fundamenta em sua representação democrático-popular, no que se baseia então a legitimidade do Poder Judiciário, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo, para rever e invalidar judicialmente os atos dos demais Poderes? Como aceitar que a última palavra sobre a constitucionalidade de uma lei, um ato normativo ou uma política pública fique nas mãos dos juízes ou ainda nas mãos de pouquíssimos ministros do Supremo Tribunal Federal? Se o povo não possui qualquer controle sobre o Poder Judiciário ao lhe conferir a possibilidade de revisar as leis, os atos e as políticas públicas dos demais Poderes, não se estaria abrindo a possibilidade de que a vontade do povo seja substituída pela vontade de alguns juristas que em geral são pouco conhecidos e a quem não se pode controlar<sup>2</sup>?

2.Desconstruindo as origens do controle judicial de constitucionalidade das leis: o caso Marbury v. Madison

A associação entre a supremacia da constituição e o controle judicial de constitucionalidade foi feita de forma precursora nos Estados Unidos no começo do século XIX e foi Alexander Hamilton quem tentou responder a essas questões em um artigo que ficou conhecido como O Federalista n. 78<sup>3</sup>. Hamilton sustentou que o fato de o Poder Judiciário ter a capacidade de negar validade a uma lei do Poder Legislativo não implica de forma alguma que os juízes sejam superiores aos legisladores. Para Hamilton, não há que se falar em supremacia judicial, mas sim em supremacia da Constituição, entendida como a vontade constituinte do povo. Segundo Hamilton, tampouco significa que tal atuação por parte do Poder Judiciário desconsidere ou ponha abaixo a vontade do povo. Ao contrário, o poder de anular leis por parte do Poder Judiciário serve justamente para se garantir e reafirmar a vontade soberana do povo – representada em última análise pela Constituição. Assim, ao anular uma lei, o Poder Judiciário protege e ratifica a Constituição, o documento que mais fielmente reflete a vontade popular<sup>4</sup>.



Essa argumentação de Alexander Hamilton foi logo retomada e reforçada pelo então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*<sup>5</sup>, julgado em 1803. Destaque-se que tal debate teve início porque a Constituição norte-americana não previu em seu texto o controle judicial de constitucionalidade das leis. Daí a intensa discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para negar validade às leis e aos atos dos demais Poderes. Marshall desenvolve um raciocínio tão lógico quanto bem fundamentado. Para ele, a nulidade da lei inconstitucional é uma decorrência lógica da supremacia da Constituição sobre as demais leis. Dessa forma, sendo a Constituição a norma maior em um dado ordenamento jurídico, compete a todo juiz ou tribunal realizar a sua interpretação da Constituição e a da lei e, assim, negar aplicação a qualquer lei que afronte a Magna Carta. Além disso, o Poder Judiciário contaria com uma maior capacidade para a interpretação da Constituição em razão do seu benéfico e relativo afastamento da política ordinária e das pressões majoritárias de turno, podendo, assim, garantir também a segurança e proteção das minorias<sup>6</sup>.

Foi com base nesses argumentos que o caso *Marbury v. Madison* assentou nos Estados Unidos o controle judicial de constitucionalidade das leis, conferindo aos juízes e às Cortes o poder de invalidar leis e atos normativos dos demais Poderes. Foi a partir daí que também se concluiu que, à Suprema Corte dos Estados Unidos, cabe a última palavra sobre a interpretação constitucional. No entanto, tal conclusão não pode ser lógica e consequência automática do poder de revisão judicial das leis por parte do Poder Judiciário.

Para mostrar a falácia da conclusão de supremacia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, Larry Kramer faz uma crítica histórica contundente à construção do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, bem como à exclusão do povo no processo de interpretação e definição dos significados e conteúdo da Carta Política<sup>7</sup>.

### 3.A desmitificação do caso *Marbury v. Madison*

Kramer inicia sua crítica apontando três importantes casos anteriores à decisão de *Marbury v. Madison* que mostram a relevância da participação popular na interpretação da Constituição. O primeiro caso é de julho de 1793, no qual um júri, em contrariedade à recomendação da Corte, absolve Gideon Henfield da acusação de crime contra o direito internacional por servir a bordo de um navio corsário francês. A decisão foi compreendida como a preservação da Lei Básica pelo povo em face da Corte.

O segundo caso aconteceu em julho de 1795. Mais de cinco mil pessoas se reuniram diante do Federal Hall em Nova Iorque para protestar contra um tratado recém-editado pelo governo americano – o *Jay Treaty*. A manifestação, composta majoritariamente por comerciantes e trabalhadores, fora organizada pelos republicanos, que queriam ver o referido tratado anulado. No entanto, o federalista Alexander Hamilton tratou de logo trazer ao protesto integrantes da elite da cidade e outros comerciantes adeptos dos federalistas. Quando Hamilton subiu ao palanque para falar e controlar a manifestação, foi sistematicamente vaiado. Hamilton, decidido a sair vitorioso da manifestação e crendo que com seus apoios conseguiria convencer a multidão, propôs a edição de uma declaração escrita que refletisse a vontade do povo. A multidão parou para lhe escutar, mas se enfureceu quando Hamilton disse que “seria desnecessário que o povo opinasse sobre o tratado” porque o povo tinha “total confiança na sabedoria e virtude do Presidente dos Estados Unidos, a quem, junto com o Senado, competia a discussão sobre a questão”. A proposta de Hamilton foi expressamente rejeitada pelo povo e ele e seus apoiadores tiveram de sair às pressas depois da demonstração da enorme insatisfação popular. A revolta contra tal ato se repetiu em diversos estados e cidades de todos os Estados Unidos.

O terceiro caso aconteceu em julho de 1798, quando ocorreu uma mobilização pública em vários Estados do país como forma de repúdio ao *Alien Act* e *Sedition Act*. Tal ato



dava ao Presidente o poder de prender e deportar estrangeiros, mesmo em tempos de paz. Houve grande revolta do povo e de diversos republicanos contra tal ato sob a alegação de que ele afrontava expressamente a Constituição norte-americana. O Alien Act e o Sedition Act foram logo declarados inconstitucionais e anulados depois de debates públicos realizados nos estados de Kentucky e Virgínia. Uma companhia militar da Virgínia chegou inclusive a declarar que não colaboraria para cumprir tais leis por serem flagrantemente inconstitucionais. Em resposta a toda essa movimentação, os Federalistas argumentaram que “a decisão sobre a constitucionalidade de todos os atos legislativos incumbe apenas ao Poder Judiciário”. De pronto, tal declaração foi rechaçada sob a alegação de que, dessa forma, estariam os Federalistas removendo a pedra fundamental sobre a qual o pacto federal se ergue, pois se estaria retirando do povo sua soberania suprema<sup>8</sup>.

Esses casos mostram como à época da fundação dos Estados Unidos, os norte-americanos não só concebiam, como apoiavam o governo popular. O que se vê, portanto, é como o povo, sem ser encarado como abstração vazia ou mito filosófico, participou da implementação da Constituição, avocando para si o direito de interpretá-la e definir seus significados. Os Pais Fundadores tinham receios dos perigos de um governo popular. No entanto, também eram cativados por suas possibilidades e sentiam um profundo respeito pela sua importância. Afinal, a Constituição norte-americana havia sido produto de uma mobilização fundamentalmente popular. E era esse mesmo povo que a todo momento estava atuando diretamente e pressionando seus representantes para que a Constituição fosse interpretada e aplicada de forma adequada. Simplesmente entregar essa tarefa nas mãos exclusivas do Poder Judiciário era algo impensável. Além disso, a revisão judicial das leis surgiu muito antes do caso *Marbury v. Madison*, o qual apenas sistematizou e repetiu os argumentos levantados em outros casos prévios.

A compreensão moderna de que a interpretação da Constituição cabe apenas aos juízes e Cortes não reflete, assim, a concepção original do constitucionalismo norte-americano (um constitucionalismo aliás, do qual o Brasil é herdeiro). Por isso, mais do que realizar uma revisão histórica das origens do controle judicial de constitucionalidade, é preciso resgatar e reestabelecer o papel ativo e necessário do povo na tarefa de interpretação da Constituição – algo que foi esquecido na história e prática do direito constitucional contemporâneo<sup>9</sup>.

#### 4.O que o caso *Marbury v. Madison* tem a nos ensinar?

Essa reconstrução da história e da prática constitucional norte-americanas são fundamentais para se compreender adequadamente a criação do controle judicial de constitucionalidade das leis e se desmitificar o caso *Marbury v. Madison*, sobretudo porque ele é, muitas vezes, tomado por boa parte da doutrina constitucional brasileira como a decisão fundamental na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou seu poder de exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis.

No entanto, como foi demonstrado, a instituição do controle judicial de constitucionalidade não é uma consequência lógica e inexorável da supremacia da Constituição, tampouco foi aceita de forma consensual e pacífica e muito menos resulta na ideia que tem sido equivocadamente naturalizada de que aos juízes e às Cortes cabe a última palavra sobre o significado e a interpretação da Constituição. Ao contrário, o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis compõe um dos vários elementos e ações na interpretação da Lei Maior. É certo que aos juízes e às Cortes cabe exercer o referido controle judicial de constitucionalidade, mas não como intérpretes supremos, e sim como mais um ator na tarefa de interpretação da Constituição.

A instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis trata-se também de uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, que deve ser feita tomando-se em conta os riscos e as vantagens envolvidos na adoção desse tipo de instrumento<sup>10</sup>.

Se nos Estados Unidos o embate entre constitucionalismo popular, por um lado, e



controle judicial de constitucionalidade e supremacia judicial, por outro, está em voga desde o século XVIII até os dias de hoje, na Europa, o debate sobre o controle de constitucionalidade apareceu, ainda que com diferentes matizes, no começo do século XX – especialmente com Hans Kelsen<sup>11</sup> e Carl Schmitt<sup>12</sup>. E também, mais marcadamente, na segunda metade do século XX, com as novas Constituições promulgadas depois da Segunda Guerra Mundial, as quais adotaram justamente um controle judicial de constitucionalidade das leis concentrado nas Cortes Constitucionais (tais como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, entre outros).

Por sua vez, no Brasil, o debate sobre o controle de constitucionalidade ganha uma nova conformação a partir da Constituição de 1988 e, especialmente, a partir da adoção de uma postura mais protagonista do Supremo Tribunal Federal na definição das controvérsias constitucionais do país. De toda forma, essa retomada dos fundamentos e construção do controle judicial de constitucionalidade das leis é importante porque qualquer país que hoje adote a revisão judicial das leis – seja no modelo difuso (como nos Estados Unidos), seja no modelo concentrado (como na maior parte dos países da Europa), seja no modelo misto (difuso e concentrado, como no Brasil<sup>13</sup>) – tem o desafio de buscar oferecer melhores fundamentações, instrumentos e respostas para o exercício do controle judicial de constitucionalidade e a adequada interpretação da Constituição.

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade das leis é misto, ou seja, pode ser exercido (i) de maneira difusa, por qualquer juiz ou tribunal, nos casos concretos e (ii) de maneira concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata (contra leis e atos normativos em tese) ou concreta.

Entretanto, além da previsão constitucional expressa do controle judicial de constitucionalidade das leis, tem-se aceitado no Brasil, assim como tem ocorrido nos Estados Unidos, a ideia de que a última palavra sobre a interpretação da Constituição cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal. Tal conclusão tem sido invocada com argumentos muito similares aos que historicamente foram sempre invocados nos Estados Unidos para legitimar o controle judicial de constitucionalidade das leis, ou seja, a tradição histórica, a supremacia da Lei Maior e seu caráter normativo e, somado a isso, a expressa opção institucional adotada pelo Brasil na Constituição de 1988 que, em seu art. 102, conferiu ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

#### 5.A supremacia judicial no Brasil

A opção institucional feita pela Constituição de 1988, a sua supremacia, o desenvolvimento da teoria constitucional no Brasil, expressamente o constitucionalismo brasileiro da efetividade, a recepção da teoria da Constituição dirigente e o neoconstitucionalismo fizeram com que se assentasse a ideia de que ao Supremo Tribunal Federal cabe a última palavra sobre a interpretação da Lei Suprema. Tal postura tem sido, inclusive, expressamente afirmada em diversos julgamentos<sup>14</sup> e discursos<sup>15</sup>. Um caso exemplar é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.860<sup>16</sup>, julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797<sup>17</sup>, que questionava a constitucionalidade da Lei 10.628/2002 (LGL\2002\3298). Tal lei estabelecia foro por prerrogativa de função a quem fosse processado criminalmente mesmo depois de ter deixado o cargo. No julgamento das referidas ações, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002 (LGL\2002\3298), como também estabeleceu que a ele cabe a última palavra sobre o significado da Constituição. Tal decisão é ilustrativa porque desde a Carta de 1946 e por muitos anos seguintes, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o foro privilegiado por prerrogativa de função se mantinha mesmo se o sujeito processado criminalmente deixasse o cargo que ocupava (tal qual previa a Lei 10.628/2002 (LGL\2002\3298)). Tal posicionamento foi, inclusive, consolidado pela Súmula 394.

No entanto, depois de muito tempo sustentando tal entendimento, em 25 de agosto de 1999 ao julgar o Inquérito 687, o Supremo Tribunal Federal reviu sua posição e



modificou radicalmente seu entendimento sobre o foro privilegiado por prerrogativa de função. A partir desse julgamento em 1999, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o foro privilegiado por prerrogativa de função era uma proteção do cargo e não da pessoa. Segundo esse novo entendimento, se o sujeito processado deixar o cargo que lhe conferia o foro privilegiado, conseqüentemente ele também deveria perder o foro especial. O Supremo Tribunal Federal então cancelou a Súmula 394 e consolidou esta nova postura como entendimento prevalecente.

Entretanto, a fim de reverter o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional editou a Lei 10.628/2002 (LGL\2002\3298), que estabeleceu que a competência especial por prerrogativa de função deveria prevalecer mesmo depois da cessação do exercício da função pública. Contra tal previsão legal, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs uma ação direta de inconstitucionalidade – a ADI 2.860. No julgamento dessa ação, o relator do caso Ministro Sepúlveda Pertence votou pela inconstitucionalidade da Lei 10.638/2002, alegando que seu objetivo principal era estabelecer uma determinada e específica interpretação sobre Constituição de 1988. Tal objetivo, segundo Pertence, feriria a supremacia da Constituição, pois norma inferior não poderia ditar interpretação de norma superior, incorrendo, assim, em expressa inconstitucionalidade formal. O Ministro Pertence também alegou a existência de inconstitucionalidade material, pois a Lei 10.638/2002 se contrapôs a entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o raciocínio do Ministro Pertence, como cabe ao STF a guarda da Constituição, as decisões do STF sobre sua interpretação não podem estar sujeitas a revisões por meio de legislação ordinária sob pena de se tornar inviável a supremacia da Lei Maior<sup>18</sup>.

Diante disso, vê-se que o Supremo Tribunal Federal fundamenta a sua supremacia judicial como consequência decorrente da previsão constitucional do art. 102 e da supremacia da Constituição. A partir dessa perspectiva, qualquer lei que contrarie a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição deve ser reputada inconstitucional, independentemente do seu conteúdo. Isso equivale a dizer que a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Diante dessa postura, a supremacia judicial consolida-se, assim, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Do ponto de vista formal, pois uma decisão do Supremo Tribunal Federal só poderia ser superada por ele mesmo mediante a revisão de seu entendimento sobre a interpretação da Constituição, ou então por meio de emenda à Constituição. E, do ponto de vista material, pois como uma decisão do STF tem, em geral, caráter final, ela poria, assim, fim à discussão e à controvérsia.

Em nome do exercício de sua competência, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado e reafirmado um salvo-conduto que o permite ser o único fiel intérprete da Constituição. É a concretização, portanto, da primazia do Supremo Tribunal Federal – a “supremocracia”<sup>19</sup> – em detrimento dos demais Poderes e, principalmente, em detrimento e à revelia do povo. Mais do que isso, a atuação preponderantemente monocrática dos Ministros<sup>20</sup> nos últimos anos tem feito com que a “supremocracia” se transforme em “ministrocracia”<sup>21</sup>. Dessa forma, o STF tem expressado não apenas um Tribunal que se autoproclama como último intérprete, mas uma corte individual, carente de colegialidade e que tem agido a despeito do que determina a Constituição, as Leis 9.868/99, 9.882/99 e o Código de Processo Civil<sup>22</sup>.

A reconstrução histórica da origem do controle judicial de constitucionalidade das leis e a desmitificação do famoso caso *Marbury v. Madison* já demonstraram como a supremacia judicial não é uma dedução lógica da supremacia da Constituição, e tampouco se afigurou como entendimento pacífico ou estável – seja na história dos Estados Unidos, seja na do Brasil, seja na de qualquer outro país<sup>23</sup>. Afirmar que a Constituição é hierarquicamente superior às demais leis, que goza de normatividade, imperatividade e autoaplicabilidade não significa que a única forma correta de interpretá-la e aplicá-la seja a estabelecida pelo Poder Judiciário. Ao contrário, a história constitucional mostra que, se o Poder Judiciário e seu órgão de cúpula têm um papel fundamental a



desempenhar na interpretação da Constituição – e certamente eles têm –, o exercício de sua competência não pode excluir os demais Poderes e muito menos o povo dessa tarefa.

A supremacia da Constituição e o controle judicial de constitucionalidade das leis não importam a exclusão da atividade interpretativa dos demais Poderes, das instituições e do povo. Ao contrário, o Poder Judiciário é mais um ator nessa tarefa de interpretação da Constituição e o exercício da sua competência é mais um elemento a ser levado em conta na definição do seu conteúdo. A interpretação da Constituição deve, portanto, ser uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo.

### 5.1.A opção institucional da Constituição de 1988 e o art. 102

Superada a ideia e a fraca justificativa de que a supremacia judicial decorre da supremacia da Constituição ou de uma eventual tradição histórica, é imperioso apontar as fragilidades dos argumentos invocados para sustentar a supremacia judicial no Brasil como decorrência da opção institucional feita pelo constituinte, especialmente como consequência da previsão do art. 102 da Constituição de 1988.

É certo que o Brasil de fato adotou a opção institucional de estabelecer o controle judicial de constitucionalidade das leis, prevendo especificamente no art. 102 da Constituição de 1988 que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. No entanto, tal previsão em sua origem buscou traduzir a consolidação do processo de redemocratização do Brasil, complementando o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes e a preservação da ordem constitucional nascente. Quando da elaboração da Constituição de 1988 e da redação de tal previsão, a preocupação principal era protegê-la de possíveis aviltamentos aos compromissos fundamentais ali exarados tendo em vista a trágica experiência da ditadura experimentada anteriormente pelo Brasil, ou seja, na origem, o Poder Judiciário e especialmente o Supremo Tribunal Federal foram vistos como a garantidores da abertura política, da democracia, e, por isso, se incumbiu ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Como garante da Constituição, o Supremo Tribunal Federal era visto como um órgão promotor da democracia, e não como órgão que encerra(ria) o debate democrático<sup>24</sup>.

Ademais, o art. 102 não estabeleceu que “compete ao STF a última palavra sobre a interpretação da Constituição”. Vale dizer, não está óbvio no art. 102 ou em parte alguma da Constituição que é o Supremo Tribunal Federal quem define, em última análise, o significado da Constituição. E mesmo que estivesse literalmente previsto, tal texto ainda estaria sujeito à tarefa interpretativa. Tal entendimento decorre, portanto, da interpretação que o Supremo Tribunal Federal dá ao art. 102 da Constituição de 1988 com base na sua supremacia sobre as demais normas.

Ressalte-se aqui a importante diferença entre texto e norma, visto que qualquer texto (neste caso, o texto do art. 102 da Constituição de 1988) só adquire sentido e densificação convertendo-se em norma, a partir da atividade hermenêutica que o intérprete realiza<sup>25</sup>. O que importa deixar claro neste momento é que a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal tem chegado sobre sua competência prevista no art. 102 não é, portanto, lógica ou automaticamente aferida do Texto Maior como ele em geral afirma, mas sim produto da interpretação que ele dá ao art. 102 e, conseqüentemente, o resultado de como ele compreende o significado de “guarda da Constituição”. Uma compreensão que não encontra fundamentação nas origens da elaboração da Constituição e tampouco da literalidade de seu texto como em geral afirma o Supremo Tribunal Federal.

Contudo, se o texto constitucional não tinha por objetivo e tampouco atribuiu literalmente ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição e, se da supremacia da Constituição, não decorre lógica ou automaticamente a supremacia do Poder Judiciário ou do Supremo Tribunal Federal na definição do significado da Constituição, por que devemos então aceitar a interpretação que o Supremo Tribunal



Federal faz do art. 102 e que resulta na sua autoproclamação como intérprete final da Constituição? Simplesmente não devemos.

Como dito antes, se o sentido de um texto não pode ser dado pelo próprio texto, mas sim por alguém que lhe seja externo (o intérprete), a interpretação e a aplicação dos princípios da Constituição encontram um grande desafio diante da abertura semântica de seus comandos normativos (os razoáveis e profundos desacordos sobre os conteúdos dos princípios constitucionais<sup>26</sup>); a interpretação e a aplicação da Constituição deve ser uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e o povo. É certo que Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal contam com uma série de condições especiais que os qualificam para fazer uma interpretação profunda e relevante da Constituição, tais como sua especialidade técnica, seu relativo afastamento das disputas e seus interesses político-partidários etc. No entanto, apelar a essas condições como fundamentos da supremacia judicial, a fim de que a sua interpretação prevaleça sobre as demais é um erro, pois tais condições não são absolutas, fixas e imutáveis. Quando isso acontece, os elementos que, na interpretação da Constituição, qualificam o Poder Judiciário, os juízes, as Cortes e especialmente o Supremo Tribunal Federal, perdem o seu valor e se enfraquecem, pois eles não se sustentam por si sós.

Defensores da supremacia judicial argumentam que ela é necessária para assegurar a função decisória do direito, o que sem um controle judicial firme tornaria o direito constitucional imprevisível, caótico e não uniforme<sup>27</sup>. Todavia, tal argumento não é óbvio. Isso porque não existem finalidades ou decisões perfeitas no Direito. Aliás, no próprio Direito as decisões dadas são um exemplo claro da transformação constante pela qual ele passa. Dessa forma, incerteza e instabilidade existirão mesmo em um regime de total supremacia judicial. A escolha, portanto, não é entre ordem ou caos, estabilidade ou anarquia, mas entre diferentes tipos de estabilidade e distintos mecanismos para obtê-la, como o fizeram, por exemplo, Canadá, Reino Unido ou Nova Zelândia<sup>28</sup>. Ninguém discorda que as decisões são importantes para resolver as questões que se apresentam e assentar expectativas. A divergência está na forma como as respostas devem ser buscadas. Os defensores da supremacia judicial têm sido desatentos às formas como diferentes atores políticos lidam com a Constituição. Ademais, é certo que os críticos da supremacia judicial também esperam que as decisões da Suprema Corte definam e concluam questões constitucionais controversas. Não se está, de forma alguma, a mitigar a importância do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Mas tais decisões podem ser dadas sem necessariamente serem acompanhadas pela afirmação de supremacia judicial. Uma decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, continua respaldada por sua necessidade, seus fundamentos, sua importância e sua dificuldade em superá-la, pois, para tanto, não bastará a maioria simples na Câmara e no Senado. Para superar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, será preciso muito mais do que isso – uma emenda à Constituição; uma lei ordinária que busque novos argumentos ou novas razões para mostrar ao Supremo Tribunal Federal que ele se equivocou; uma mobilização popular e debate público. O Poder Judiciário, os juízes e as Cortes não precisam, portanto, da supremacia judicial para serem respeitados ou terem as suas decisões acatadas.

O argumento em defesa da supremacia judicial de que o Poder Judiciário oferece um foro mais seguro para a preservação da Constituição ou a adequada interpretação de seus compromissos fundamentais, apesar de ser mais plausível, também carece de substância. Sempre haverá um desacordo moral profundo na sociedade<sup>29</sup>. Dessa forma, é difícil dar respostas últimas, absolutas e imodificáveis. As respostas judiciais são sempre contingentes, precárias. Não podem se pretender absolutamente corretas e imutáveis. Ademais, o povo tem, sem dúvida, um papel importante e também necessário na preservação da Constituição e do que se entende por ela<sup>30</sup>. O fato de o Poder Judiciário ser um Poder afastado das paixões políticas e pressões eleitorais realmente é um benefício. Mas tal fato não é suficiente para se transferir a ele o poder exclusivo de interpretação da Constituição. Se, por um lado, tal isolamento é benéfico, por outro, somente quem está profundamente envolvido com a causa, ouviu e participou



juntamente com os potencialmente afetados poderá tomar a melhor decisão, ou seja, aquele é um argumento epistêmico bom, mas que sucumbe diante de outro ainda melhor.

O Poder Judiciário também não protege necessariamente as pré-condições da democracia, pois ele não está fora da política e, portanto, não escapa da tarefa de também definir o que é a própria democracia. Nesse mesmo sentido, juízes e Cortes, ainda que afastados dos interesses e debates político-partidários, também são atores políticos por excelência. Não estão isolados do mundo e muito menos da política que os circunda<sup>31</sup>. A formação de suas convicções se baseia nos autos dos processos, mas são inevitavelmente permeadas pelo mundo que os rodeia. Não há que se confundir, assim, imparcialidade com neutralidade<sup>32</sup>.

Além disso, a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis não garante por si só a proteção das minorias. Se o caso *Brow v. Board of Education*<sup>33</sup> é um célebre caso invocado para evidenciar como de fato a Suprema Corte pode proteger as minorias, por outro lado, o caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>34</sup> mostra que essa mesma Corte pode adotar, sobre o mesmo tema, um entendimento absolutamente diferente e em completo desfavor das minorias.

No Brasil, o controle judicial abstrato de constitucionalidade das leis exercido pelo Supremo Tribunal Federal também não tem sido primordialmente utilizado como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais ou então das minorias. Ao contrário, tem servido precipuamente, ao menos entre 1988 e 2012, para a preservação das competências da União, limitação da autonomia dos Estados para adotar desenhos institucionais diversos dos estabelecidos para a esfera federal e, nos poucos casos diretamente relacionados à proteção dos direitos fundamentais, há uma atuação eminentemente corporativa para a proteção de direitos de certos grupos, em geral, daqueles ligados ao próprio sistema de justiça<sup>35</sup>.

Ademais, no Brasil, durante algum tempo, o Poder Judiciário tratou dos direitos fundamentais sociais como normas que não podiam ser aplicadas direta e imediatamente, mas dependiam de norma posterior para lhes conferir eficácia<sup>36</sup>. Esse posicionamento, no entanto, foi revisto posteriormente, sobretudo a partir dos casos que demandaram a disponibilização de medicamentos por parte do poder público. A defesa da supremacia judicial se mostra, assim, moralmente controversa e empiricamente falsa<sup>37</sup>.

## 5.2. Objeções à supremacia judicial: democracia, igualdade e separação de poderes

Do ponto de vista democrático<sup>38</sup>, sobram razões para se criticar a interpretação e compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o que é "a guarda da Constituição". A supremacia judicial defendida pelo STF viola a ideia básica de que a democracia é o governo do povo, exercido por ele diretamente ou por intermédio de seus representantes, ou seja, ao se autodeclarar o intérprete final da Constituição, o Supremo Tribunal Federal exclui o Poder Legislativo, o Poder Executivo, as demais instituições, os órgãos e o próprio povo da tarefa de interpretação e concretização da Constituição<sup>39</sup>. Não há tampouco uma suposta representação argumentativa da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal, pois os juízes não representam, eles não são eleitos, não estão submetidos ao controle popular. Ao contrário, compõem uma elite profissional<sup>40</sup>.

Tal postura viola ainda a noção básica de igualdade<sup>41</sup>, tão cara à democracia e ao constitucionalismo. Ao se estabelecer que ao Supremo Tribunal Federal cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição, põe-se abaixo a ideia fundamental de igualdade segundo a qual cada sujeito tem o mesmo valor moral do que o outro e tem, assim, o direito de intervir nas decisões mais importantes sobre a sua vida e de sua comunidade. Essa perspectiva faz com que a vida pública e coletiva da sociedade deixe de ser o resultado de uma discussão pública e democrática entre todos e passe a refletir as posições de algumas poucas pessoas mais bem posicionadas na sociedade – os 11





Ministros do Supremo Tribunal Federal. E que não se argumente que as decisões não são de pessoas, mas da instituição, pois o argumento continuaria sendo válido.

Por que a opinião do STF deveria valer mais do que a opinião dos demais Poderes, dos órgãos, das instituições ou do próprio povo? Quando uma sociedade é caracterizada por sua grande desigualdade e pela injustificada e desigual distribuição de recursos (como são as sociedades latino-americanas, em geral, e a sociedade brasileira, em particular), a possibilidade de que os resultados das questões públicas da comunidade sejam dados em benefício próprio por essa parcela minoritária e privilegiada da sociedade é enorme, sobretudo pela distância que marca tais pessoas da maioria em geral. E, mesmo que tal distância fosse, de alguma forma, mitigada, ainda assim haveria um déficit democrático, visto que as questões públicas mais importantes continuariam a ser decididas por uns poucos e não por muitos<sup>42</sup>.

A supremacia judicial também assume uma compreensão equivocada sobre o conceito de República e separação entre os Poderes. Ela fere o princípio republicano ao estabelecer que um órgão que não é eleito, que não tem seus mandatos periodicamente sujeitos à revisão e que não precisa prestar contas continuamente à população define as principais questões da vida pública em uma sociedade. Ademais, compreende a separação entre os Poderes não apenas como uma divisão estrita, estanque, mas que também confere um poder desproporcional ao Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais. Assim, não apenas se deixam de lado o debate e a decisão sobre que República se quer, como também a separação entre os Poderes deixa de ser concebida como um sistema de freios e contrapesos no qual os Poderes fiscalizam-se mutuamente a fim de evitar abusos e ingerências de uns sobre os outros<sup>43</sup>. Pior do que isso, a ideia de supremacia judicial põe abaixo e encerra um debate atual absolutamente necessário, qual seja, como se deve entender atualmente a separação entre os Poderes.

A postura da supremacia judicial não fomenta uma ação conjunta, coordenada e colaborativa entre os Poderes na definição do que é a Constituição, mas ao contrário a compreende como uma disputa (e não um diálogo) entre os Poderes sobre quem então deve ter a última palavra. Assim, ao invés de os Poderes buscarem de forma dialógica e colaborativa a melhor resposta sobre o significado da Constituição, eles passam a disputá-la, não importando o debate, a qualidade argumentativa, se a resposta será boa ou ruim ou se protegerá ou não os direitos fundamentais<sup>44</sup>.

Diante disso, é flagrante o risco de o Poder Judiciário, sob o pretexto de interpretar e aplicar a Constituição, conforme sua competência constitucional, substituir-se ao poder constituinte dotando suas decisões de uma eficácia até mesmo superior à das normas constitucionais.

## 6. Considerações finais

A supremacia judicial, ao estabelecer o Supremo Tribunal Federal como o intérprete final da Constituição, transforma a supremacia da Constituição em uma instância de justificação que ganha independência e põe fim a sua própria justificação, legitimando toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, independentemente de seu conteúdo e pelo simples fato de ter sido prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, como se ele representasse a vontade do poder constituinte<sup>45</sup>.

Em que pese a afirmação e reafirmação da supremacia judicial interpretativa, não há garantia alguma de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário seja melhor para a efetivação dos direitos fundamentais do que a interpretação levada a cabo pelos outros Poderes. Ao contrário, a história constitucional tem mostrado como são variáveis as posições e posturas dos juizes e das cortes ao longo do tempo e como, muitas vezes, adotam-se posturas e decisões que representam retrocessos jurídicos e sociais<sup>46</sup>. Seria esse o que Roberto Mangabeira Unger justamente chamou de "segredo sujo" da teoria do direito contemporânea<sup>47</sup>. Uma postura em desconformidade com a democracia e que se expressa sobretudo na incessante identificação de limites sobre as maiorias ao invés

de limitar o poder das minorias dominantes. Um comportamento que resulta na hipertrofia de práticas e arranjos contramajoritários em detrimento das reformas institucionais que buscam expandir o nível de engajamento e compromisso público popular<sup>48</sup>. Uma democracia, portanto, sistematicamente bloqueada sob a falácia de sua promoção ou proteção. É preciso, pois, superar o sofisma (ou, na melhor das hipóteses, o paralogismo) de que a supremacia judicial decorre, portanto, de uma tradição histórica, da supremacia da Constituição ou da opção institucional feita pela Constituição de 1988.

Ter a competência para guardar a Constituição, exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos a fim de justamente preservar a Constituição, não significa que o seu conteúdo seja sempre definido finalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Guardar a Constituição não significa, portanto, ter a última palavra sobre seu significado. Declarar uma lei inconstitucional e invalidar atos dos demais Poderes são sim competências e atribuições do Poder Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal. Ele pode e deve exercer essa competência. Tem autorização expressa da Constituição de 1988 para isso. Mas, daí a se concluir que apenas ele pode, em caráter final, estabelecer o significado da Constituição, é uma conclusão ilógica, moralmente controversa, empiricamente falsa e afronta os nossos compromissos mais fundamentais com a democracia, o republicanismo e a igualdade.

---

1 Parte das reflexões apresentadas neste artigo foi previamente desenvolvida e apresentada em outras duas obras, a saber: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017; GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. *Marbury v. Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017.

2 GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 68.

3 HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Cambridge: Harvard University Press. 2009. p. 508-517. Vide também: GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 68-72.

4 HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Cambridge: Harvard University Press. 2009. p. 508-517. Vide também: GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 70.

5 5 U.S. 137 (1803).

6 5 U.S. 137 (1803). Vide também: HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Cambridge: Harvard University Press. 2009. p. 516-517. GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 69-71.

7 KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

8 KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 03-05.

9 KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 06-08.

10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29.



11 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. A. P. Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

12 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992. SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

13 Ressaltem-se as pertinentes críticas às (ultrapassadas) classificações do controle de constitucionalidade que o dividem em controle abstrato ou concreto, difuso ou concentrado. Vide: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do Positivismo Jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

14 ADI 293-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 06.06.1990; ADI 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005; ADI 2.860/DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 15.09.2005. O Min. Carlos Velloso afirmou em tal oportunidade que o "Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição"; MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007. Assim afirmou o Min. Celso de Mello no referido julgamento ao se referir que ao Supremo Tribunal Federal compete "a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese de normas constitucionais inscritas no texto da Lei Fundamental". Nessa ocasião, o Min. Celso de Mello foi ainda mais longe e chegou a afirmar que "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte"; Extradução 1.085, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009. Caso Cesare Battisti. No julgamento do referido caso, o Ministro Gilmar Mendes declarou que: "a última palavra compete à Corte Constitucional quanto à configuração, ou não, da natureza política de delito imputado ao extraditando."

O próprio Supremo Tribunal Federal expressa esse entendimento na publicação oficial que edita: *A Constituição e o Supremo*. A referida obra traz o texto completo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e abaixo de cada artigo da Constituição apresenta os principais julgados do STF que refletem a sua posição em relação àquela previsão normativa da Constituição. Vide: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação/Supremo Tribunal Federal, 2011.

Também disponível em: [[www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079)].

15 O Min. Celso de Mello assim se manifestou em 23.04.2008 ao proferir discurso na posse do Min. Gilmar Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal: "É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembléia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra." (grifo feito pelo próprio Min. Celso de Mello à p. 28.) Disponível em:

[[www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse)]

16 ADI 2.860/DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 15.09.2005.

17 ADI 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005.

18 ADI 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 10-11.



19 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: Revista Direito FGV, São Paulo, v. 04, n. 02, p. 444-445, 2008. Vide também: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Juruá, 2012.

20 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. Global Constitutionalism, v. 7, p. 236-262, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP (on-line), v. 37, p. 13-32, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, E. P. Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. Revista Uruguaya de Ciencia Política, v. 1, p. 175-197, 2018. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, I. A. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda? Journal of Law and Courts, v. 5, p. 105-140, 2017.

21 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP (on-line), v. 37, p. 13-32, 2018.

22 GODOY, Miguel Gualano de. Nos 30 anos da Constituição, o Supremo contra o processo. Jota, 05 de novembro de 2018. Disponível em: [www.jota.info/stf/supra/nos-30-anos-da-constituicao-o-supremo-contra-o-processo-05112018].

23 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: Revista Direito FGV, São Paulo, v. 04, n. 02, p. 442-446, 2008. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 22.

24 SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 29. Vide também: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. São Paulo: Malheiros, 1994.

25 DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 60-65. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160-161. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 205. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76-82. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica em Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

26 WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Clarendon Press, 1999.

27 ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Fredrick. Defending judicial supremacy: a reply. In: Constitutional commentary, Minnesota, v. 17, n. 03, p. 455-282, 2000. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Fredrick. On extrajudicial constitutional Interpretation. In: Harvard Law Review, Cambridge, v. 110, n. 07, p. 1359-1387, 1997.

28 Sobre esses exemplos e outros, vide: GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. In: American Journal of Comparative Law, Baltimore, v. 49, n. 4. Baltimore, p. 707-760, 2001. TUSHNET, Mark. Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008. Vide também: KRAMER, Larry. The People Themselves: popular



constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004. p. 234-235.

29 WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 268.

30 KRAMER, Larry. The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004. p. 236-238.

31 MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96-97/99/101-103.

32 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 18-23.

33 347 U.S. 483 (1954).

34 60 U.S. 393 (1857).

35 Dados da pesquisa "A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? – O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais", realizada por pesquisadores da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB), sob a coordenação dos Professores Juliano Zaiden Benvindo (Direito/UnB) e Alexandre Araújo Costa (Instituto de Ciência Política/UnB). A pesquisa foi realizada entre 2012 e 2014, financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq), envolveu trabalho de mais de uma dezena de pesquisadores e realizou uma análise das quase 4.900 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF) entre 1988 e 2012, buscando compreender como têm funcionado os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Diferentemente de outras pesquisas que tratam do assunto, que normalmente focam na identificação do perfil de ajuizamento dessas ações, a referida pesquisa se concentrou na identificação do perfil dos julgamentos realizados, examinando de que forma o STF tem apreciado as demandas que lhe são submetidas no sistema de controle abstrato, destacando também como os atores políticos legitimados a provocar esse sistema têm atuado para esse fim. É interessante destacar algumas conclusões da pesquisa: "[...] o sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente no Brasil possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos. Há também um espaço razoável para a cooptação dos legitimados por grupos de pressão que, com isso, adquirem acesso ao controle concentrado, acesso esse que é vedado às entidades que defendem os interesses dos cidadãos, e não interesses coletivos de certos grupos profissionais. Com isso, não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais. [...] Tudo isso indica que deve ser repensada a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas à (sic) serem cooptadas por interesses de grupos de pressão. Além disso, devemos ter em mente que a jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. Todavia, essa percepção também deve ser temperada pela constatação de que as decisões obtidas pela única entidade corporativa que não está sujeita à pertinência temática, a OAB, estão longe de mostrar uma especial concentração na defesa do interesse público e dos direitos da coletividade. [...] Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza



basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos.”

“Nessa medida, o processo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no que toca às ADIs, aparentemente não se mostra apto a gerar um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes para a população em geral, especialmente na medida em que os atores que podem protagonizar as ADIs estão mais vinculados aos seus interesses corporativos e institucionais que à garantia do interesse comum. Assim, o discurso que deu margem à ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988, como uma forma de tornar socialmente mais aberto o controle concentrado, mostra-se na prática vazio, pois os novos legitimados atuam quase que apenas em nome de interesses de grupos específicos. O que assistimos desde a promulgação da atual Constituição foi uma ampliação do controle federativo e do controle corporativo, e não uma ampliação do controle voltado à defesa dos interesses coletivos, que continua sendo realizado fundamentalmente pela PGR.”

36 Nesse sentido, destaque-se a classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva e a crítica feita a ele, anos mais tarde, por Virgílio Afonso da Silva. Vide: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Vide também: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

37 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97-98. Vide também: GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 74-75.

38 Relembre-se que a concepção de democracia aqui invocada é aquela defendida por Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, segundo a qual todos os potencialmente afetados por uma decisão devem tomar parte no processo de discussão e decisão em pé de igualdade. Vide: GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. GARGARELLA, Roberto. *Constitución y democracia*. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

39 É nesse cenário que se desenvolve o debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a possibilidade e necessidade do controle judicial de constitucionalidade das leis. Dworkin acredita no importante papel a ser desempenhado pelos juízes e cortes, enquanto Waldron se vê muito cético em relação ao Poder Judiciário e propõe o resgate da dignidade da legislação. Vide: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999. WALDRON,



Jeremy. A Dignidade da Legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Para uma leitura profunda e completa sobre o debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, vide: MENDES, Conrado Hübner. Controle de constitucionalidade e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Vide também: SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogos Institucionais e Ativismo. Curitiba: Juruá, 2012. p. 33-37. GARGARELLA, Roberto. Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004. p. 73-76.

40 MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101.

41 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 279-282 e 419-427. DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 123-128. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 121-122. GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana et al. (Orgs.). Derecho constitucional. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 79. GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66-67.

42 GARGARELLA, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad – el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 260-261. HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1-5/11-12/38-49/149-168/211-223. Vide também: GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62-63.

43 GARGARELLA, R. Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 249.

44 GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades. In: Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 10 de maio de 2013. Vide também: MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101. Para uma nova compreensão sobre a separação entre os Poderes, vide: MAUS, Ingeborg. Separação dos Poderes e Função Judiciária. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20-63. GARGARELLA, Roberto. Nos los representantes – crítica a los fundamentos del sistema representativo. 2. ed. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2010. ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Poderes. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 116. "O que se deve buscar é tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível, relevar a burocracia judicial excludente em favor de uma tutela dos direitos fundamentais que garanta os recursos básicos a todo e cada cidadão."

45 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 23.

46 TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.

47 UNGER, Roberto Mangabeira. What Should Legal Analysis Become? London: Verso Press, 1996. p. 72-73/152-153. "The two dirty little secrets of contemporary



jurisprudence - jurisprudence in the age of rationalizing legal analysis are its reliance upon a rightwing Hegelian view of social and legal history and its discomfort with democracy: the worship of historical triumph and the fear of popular action. The rightwing Hegelianism finds expression in a daily practice emphasizing the cunning of history in developing rational order advances toward allocational efficiency, or clarifications of institutional responsibility, or principles of moral and political right out of the unpromising stuff of historical conflict and compromise. The discomfort with democracy shows up in every area of contemporary legal culture: in the ceaseless identification of restraints upon majority rule, rather than of restraints upon the power of dominant minorities, as the overriding responsibility of judges and jurists; in the consequent hypertrophy of countermajoritarian practices and arrangements; in the opposition to all institutional reforms, particularly those designed to heighten the level of popular political engagement, as threats to a regime of rights; in the equation of the rights of property with the rights of dissent; in the effort to obtain from judges, under the cover of improving interpretation, the advances popular politics fail to deliver; in the abandonment of institutional reconstruction to rare and magical moments of national refoundation; in the single-minded focus upon the higher judges and their selection as the most important part of democratic politics; in an ideal of deliberative democracy as most acceptable when closest in style to a polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room; and, occasionally, in the explicit treatment of party government as a subsidiary, last-ditch source of legal evolution, to be tolerated when none of the more refined modes of legal resolution applies. Fear and loathing of the people always threaten to become the ruling passions of this legal culture. Far from being confined to conservative variants of contemporary legal doctrine, these passions have left their mark upon centrist and progressive legal thought."

48 UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso Press, 1996. p. 72-73/152-153.