



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

Reflexões acerca das perspectivas de desenvolvimento da Jurisdição Constitucional no Brasil

*Jorge Octávio Lavocat Galvão **

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar os últimos desenvolvimentos da jurisdição constitucional no Brasil a fim de diagnosticar os motivos que levaram ao atual quadro de aparente crise do sistema em que o público não consegue mais identificar os critérios utilizados pelos juízes para distinguir e julgar os casos ditos constitucionais. Argumentar-se que, por inexistir no Brasil uma definição e debates sobre a natureza da função do controle de constitucionalidade, muitos dos passos tomados no desenvolvimento da Jurisdição Constitucional nos últimos anos têm-se revelado contraditórios e, por vezes, inadequados, pois despidos de significado para o sistema como um todo. Conclui-se, ao fim, que uma autorreflexão por parte dos constitucionalistas e dos juízes acerca do projeto coletivo no qual estão inseridos deve ser levada a cabo antes que sejam tomadas quaisquer decisões concernentes ao tema.

Palavras-chaves: jurisdição constitucional; contradições; crise; desenvolvimento; futuro.

Abstract: The scope of this article is to analyze the latest developments of the Brazilian judicial review system with the aim to diagnose the reasons that lead to the present apparent crisis in which the public seems to not understand the criteria used by the Court to identify and decide constitutional cases. It is argued that, due to the absence of debate concerning the role and nature of the judicial review in Brazil, the latest steps were taken in a contradictory and meaningless way. It is concluded, in the end, that a self-reflective attitude concerning the role of the judicial review should be taken by the scholars and judges before deciding questions regarding the future of the judicial review in Brazil.

Keywords: judicial review; contradictions; crisis; development; future.

* Visiting Researcher da Yale Law School (2012), Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela New York University, Pós-graduado em Direitos Humanos pela London School of Economics and Political Science e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

I.

Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo do dia 10 de março de 2012, o Professor Joaquim Falcão, ao discutir a decisão do Supremo Tribunal Federal que voltou atrás um dia após declarar a inconstitucionalidade da lei que aprovou a medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação de Biodiversidade¹², diagnosticou que “o STF com o mesmo artigo e com o mesmo fato pode decidir que sim e que não. Sua interpretação varia. A Corte faz política também”.³

A partir desse trecho do texto, é possível extrair duas críticas distintas. A primeira e mais óbvia refere-se à percepção do Professor da FGV/RJ de que, no âmbito da jurisdição constitucional, os juízes não estão vinculados a qualquer critério pré-estabelecido, mas influenciados por uma série de fatores não identificáveis *a priori* e que são determinantes para a definição dos casos. Outra crítica possível é a de que alguns processos atualmente julgados pela Corte, por não comportarem respostas jurídicas, mas políticas, não deveriam estar na pauta de nosso tribunal constitucional.

A primeira crítica funda-se na ausência de previsibilidade quanto ao resultado dos julgamentos da Corte, enquanto a segunda observação refere-se ao critério de seleção das questões que são apreciadas pelo tribunal. O que se pretende demonstrar no presente artigo é que ambas as críticas são verdadeiras e válidas no contexto brasileiro e que, apesar de aparentemente desconexas, podem ser alinhavadas em uma análise mais abrangente sobre o papel da jurisdição constitucional no Brasil, especialmente no sentido de que o vazio de significado da função de “guarda da Constituição” tem levado a uma situação de crise institucional.

O que se pretende defender nesse artigo é a tese de que, em virtude de uma ausência de sentido/identidade da prática constitucional pátria, houve uma banalização do discurso constitucional, o que levou a uma crise de critérios de decisão e de identificação dos casos

¹ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.029, Min. Rel. Luiz Fux, julgada em 07/03/12, acórdão ainda não publicado.

² No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal declarou, em 07 de março de 2012, por oito votos a um, a inconstitucionalidade da Lei federal n. 11.516, de 28 de agosto de 2007, sob o fundamento de que a Medida Provisória que lhe deu origem foi convertida em lei sem observar o preceito constitucional que obriga a apreciação do tema por parte de comissão mista do Congresso Nacional. No dia seguinte, após a Advocacia Geral da União suscitar questão de ordem para argumentar que mais de 500 leis editadas desde 2001 seriam declaradas inconstitucionais pelo mesmo vício, dentre elas as que criaram os programas “Bolsa Família” e “Minha Casa, Minha Vida”, o ministro relator voltou atrás, deu efeitos prospectivos (*ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade, o que, na prática, resguardou a validade da norma impugnada, ficando vencido apenas o Ministro Cezar Peluso, que mantinha a decisão anterior.

³ FALCÃO, Joaquim. Mudança de decisões do Supremo pode causar instabilidade social. *Folha de São Paulo*. Poder, São Paulo, 10 de março de 2012.

constitucionais. Argumentar-se-á que, por inexistir no Brasil uma definição e debates sobre a natureza da função do controle de constitucionalidade, muitos dos passos tomados no desenvolvimento da Jurisdição Constitucional nos últimos anos têm-se revelado contraditórios e, por vezes, inadequados, pois despidos de significado para o sistema como um todo. Concluir-se-á, ao fim, que uma autorreflexão por parte dos constitucionalistas e dos juízes acerca do projeto coletivo no qual estão inseridos deve ser levada a cabo antes que sejam tomadas quaisquer decisões concernentes ao tema.

II.

A evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil tem se dado sob o influxo de dois movimentos contraditórios. Por um lado, há uma forte tendência de ampliação dos poderes de revisão da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, principalmente no âmbito do controle concentrado⁴. Pode-se citar como exemplos dessa tendência a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela lei nº. 9.882/99, que possibilitou o conhecimento, na via concentrada, da arguição de inconstitucionalidade de leis municipais e de direito pré-constitucional, o que era vedado por via da ação direta de inconstitucionalidade. No mesmo sentido é a guinada jurisprudencial da Corte que reconheceu a possibilidade de ajuizamento de ações diretas contra normas de eficácia concreta⁵.

Por outro lado, outras medidas foram tomadas com o fito de restringir o acesso e o debate de questões constitucionais. Foi com este propósito que se criou, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, o instituto da repercussão geral, que condiciona o conhecimento do recurso extraordinário à demonstração da existência de controvérsia que transcenda os interesses das partes envolvidas na causa. No mesmo sentido foi a decisão de que, a despeito de ser aberta a causa de pedir em ação direta, se somente for argüida a inconstitucionalidade formal da lei por parte do autor, não pode o Supremo Tribunal Federal apreciar eventual inconstitucionalidade material da

⁴ Mario Cappelletti define controle difuso como “aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião das causas de sua competência” e controle concentrado como aquele “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”. (*O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 67) No Brasil, o sistema é classificado como misto, pois ao mesmo tempo em que a inconstitucionalidade das leis pode ser declarada por qualquer juiz, há ações que provocam diretamente os Tribunais que detêm a última palavra acerca da constitucionalidade de leis, no caso o Supremo Tribunal Federal com relação à Constituição Federal e os Tribunais de Justiça estaduais no que tange às Cartas estaduais.

⁵ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade nº. 4.048, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgada em 14/05/08, acórdão publicado no DJ-e de 22/08/08.

norma⁶. Posicionamento semelhante foi adotado pelo tribunal ao afastar, em sede de recurso extraordinário, a possibilidade de análise *ex officio* da existência de inconstitucionalidade formal de determinada norma⁷.

O que se percebe, no entanto, é que a argumentação utilizada para justificar a evolução do sistema de controle num determinado sentido é sempre secundária e na maioria das vezes meramente pragmática. Argumenta-se, por exemplo, que a criação do instituto da repercussão geral é salutar para diminuir o número de processos⁸, ou que a superação das jurisprudências defensivas por meio da criação da ADPF foi importante para o processo de consolidação do Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Constitucional, sem explicar, porém, o motivo pelo qual esse seria um objetivo a ser alcançado⁹. O resultado desse processo aleatório é a evolução do sistema de controle judicial de constitucionalidade de maneira muitas vezes contraditória.

A questão fundamental, que é saber em que medida se justifica o poder concedido ao Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis previamente aprovadas pelos órgãos democráticos, é pouco levada em consideração no desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil¹⁰. Na verdade, o argumento de que determinada medida proporcionaria uma melhor realização das finalidades da jurisdição constitucional parece ser pouco utilizado em razão de uma sintomática ausência de discussão sobre o tema.

Com efeito, os doutrinadores costumam mencionar que a Carta Magna nomeou o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, sem, contudo, especificar em que consiste o ato de defender o texto constitucional. Em se tratando de uma Constituição extremamente analítica, como a brasileira, tal reflexão se mostra ainda mais imperiosa, visto que qualquer questão de menor importância pode ganhar o *status* de constitucional e eventualmente ingressar na pauta do Supremo

⁶ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.182, Min. Rel. Marco Aurélio, julgada em 12/05/10, acórdão publicado no DJ-e de 10/09/10.

⁷ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º. 630.137, Min. Rel. Ayres Britto, julgado em 29/09/10, acórdão publicado no DJ-e de 05/12/11.

⁸ O plenário do Superior Tribunal de Justiça aprovou, no 05/03/12, o envio de proposta de emenda constitucional que insere o requisito da repercussão geral da questão federal para conhecimento do recurso especial. Dentre os argumentos utilizados para elaboração de tal proposta foi o de que o instituto diminuiu em 76% o número de processos na Suprema Corte desde 2007. Cf. notícia em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104922 (último acesso em 11/03/12).

⁹ Saul Tourinho Leal, por exemplo, ao comentar sobre esse incidente processual, afirma que “a ADPF surgiu com a finalidade de sanar essa deficiência atinente ao controle concentrado de constitucionalidade. Possibilitando levar ao Supremo leis ou aos normativos municipais, bem como o direito pré-constitucional, a ADPF fortificou o controle concentrado, tornando-o completo”. (*Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Impetus, 2010, p. 305)

¹⁰ Este fato se torna mais evidente quando se verifica que muitos dos manuais de direito constitucional não dedicam um tópico sequer sobre a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, limitando-se a analisar sob uma perspectiva dogmática temas secundários, como as técnicas de interpretação ou as espécies de ações constitucionais. Cf., por todos, MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Tribunal Federal. Afinal, qual é a *ratio essendi* da revisão judicial da constitucionalidade das leis e em quais casos os juízes devem declarar a invalidade dos atos dos outros Poderes?

Obviamente que a resposta a essa questão não pode se limitar à afirmativa de que a finalidade do controle é resguardar o texto constitucional e que os juízes devem decidir os casos de acordo com as regras ali estabelecidas. Esta resposta não somente é insatisfatória por nada acrescentar ao debate, como também por ignorar a realidade de que as pessoas e os juízes normalmente discordam quanto ao conteúdo das cláusulas constitucionais¹¹. Em verdade, a resposta a tais questionamentos encerra debate filosófico a respeito do conceito de Constituição e do papel do Judiciário em uma sociedade democrática. A depender da concepção¹² adotada, o objetivo a ser alcançado com a jurisdição constitucional se altera. Torna-se imperioso, portanto, analisar as principais doutrinas constitucionais sobre o papel da jurisdição constitucional com o fito de identificar qual delas mais se aproxima da prática desenvolvida pelos juízes pátrios.

III.

Dentre as concepções constitucionais com maior ressonância no meio acadêmico, aquela desenvolvida por Ronald Dworkin merece atenção especial para os propósitos deste artigo. Dworkin elabora sua teoria do Direito a partir de uma interpretação (re)construtiva da prática judicial americana, verificando como os juízes decidem os casos difíceis para, então, fazer a melhor leitura possível sobre o sentido essencial do ofício da magistratura¹³. Segundo o Professor da NYU, a interpretação que apresenta a prática jurídica em sua melhor forma parte da premissa de que o uso da força estatal somente se mostra justificável se permitida ou exigida pelos direitos individuais reconhecidos em compromissos políticos anteriores. Nesse contexto, para Dworkin, a função

¹¹ Trata-se de fenômeno que a doutrina tem denominado de desacordos morais razoáveis: “*Segundo nos ensina Samantha Besson, os desacordos morais razoáveis são aqueles que resistem a uma resolução racional, sendo um realidade muito mais dividida que o mero pluralismo político. A existência desse tipo de desacordo significa reconhecer que em matérias de suprema importância, sobre as quais se pensava que os indivíduos chegariam a um consenso, a razão parece não guiar a um denominador comum, mas, ao contrário, tende a levar a posicionamentos cada vez mais distantes, opostos. Uma das características mais marcantes das sociedades modernas – acrescenta a autora – é a existência cada vez em maior número, desses tipos de dilemas morais. No rol dos desacordos morais razoáveis encontram-se questionamentos sobre o aborto, a clonagem humana, as pesquisas com células-tronco, a eutanásia, o suicídio assistido, entre outros*”. (GALVÃO, Jorge. Entre Kelsen e Hércules: Uma Análise Jurídico-Filosófica do Ativismo Judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147-148).

¹² Sobre a distinção entre conceito e concepção, cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 74-75.

¹³ “*General theories of Law, like general theories of courtesy and justice, must be abstract because they aim to interpret the main point and structure of legal practice, not some particular part or department of it. But for all their abstraction, they are constructive interpretations: they try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of that practice*”. (DWORKIN, *op. cit.*, p. 90)

essencial do Direito é impedir que atos estatais, por mais nobres e bem intencionados que sejam, acabem por violar direitos.

Sendo assim, para o autor norte-americano, a Constituição impõe certas restrições fundamentais aos poderes constituídos, consagrando um sistema de direitos que deve ser observado por todos os atores estatais. Como várias cláusulas constitucionais que contemplam direitos remetem à moralidade e estão cunhadas em termos vagos, Dworkin sugere que a melhor interpretação possível da prática constitucional exige que o intérprete visualize tais preceitos como uma rede coerente de princípios que integram um projeto único de Justiça¹⁴.

Ao decidirem os casos constitucionais, portanto, os juízes devem se engajar em uma leitura moral da Constituição para identificar se, nas circunstâncias do caso concreto, a decisão da maioria do Parlamento infringiu direitos fundamentais previamente estabelecidos. Trata-se, portanto, de uma concepção substantiva, de cunho liberal e contra majoritário, que visualiza a jurisdição constitucional essencialmente como mecanismo de proteção de direitos individuais¹⁵. Dworkin acrescenta que a observância desses direitos garante que os cidadãos sejam igualmente considerados como sujeitos autônomos capazes de tomar decisões, de maneira tal que o controle de constitucionalidade acaba por resultar no bom andamento do processo democrático¹⁶.

Apesar de a corrente dworkiana ser uma das mais influentes na atualidade, ela não é a única. Os autores ditos procedimentalistas, como John Hart Ely¹⁷, entendem que o controle de constitucionalidade deve ser exercido somente quando determinado ato legislativo ferir direitos concernentes à participação no procedimento democrático. Assim, leis que dificultam uma efetiva representação dos eleitores ou que impeçam o processo de mudança política devem ser declaradas

¹⁴ “The draftsmen of the Constitution assumed that these restraints could be justified by appeal to moral rights which individuals possess against the majority, and which the constitutional provisions, both ‘vague’ and precise, might be said to recognize and protect. (...) The ‘vague’ standards were chosen deliberately, by the men who drafted and adopted them, in place of the more specific and limited rules that they might have enacted” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 133)

¹⁵ Gustavo Zagrebelsky, em texto dedicado à obra de Dworkin, aponta, de forma correta, que a concepção dworkiana de Direito não reconhece os direitos sociais como juridicamente válidos, mas pertencentes à esfera da política. Nos dizeres do constitucionalista italiano: “Integrity also requires that individuals be treated ‘as equal subjects’, as equals, as individuals worthy of the same respect and consideration, or, in other words, as legal subjects endowed with the same standing. This idea of equality contrasts with equalitarianism, which focuses on equal distribution of collective goods. In rejecting the possibility of incorporating the latter substantive of equality as principle – in Dworkin’s terminology, the claim to be treated (not as equals, but) equally – Dworkin’s theory of law belongs to the liberal legal tradition. It recognizes human rights, but only in their individual dimension and in terms of protection against the misuse of discretionary power. It does not recognize social rights among the principles of the legal system, that is, rights that require the launching of public policies to promote the welfare of, and opportunities for, socially disadvantaged individuals, which would thus require a differentiated system of law, liable to compromise the treatment as equals”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin’s principle based constitutionalism: an Italian point of view. *Int. Jnl. of Constitutional Law*, Vol. 1, Nº. 4, 2003, p. 641-642).

¹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, introdução.

¹⁷ ELY, John H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

inconstitucionais pela Suprema Corte. Hart Ely, nesse sentido, considera correta a decisão que pôs fim à segregação racial¹⁸ nos Estados Unidos, sob o fundamento de que a situação de preconceito e de exclusão a que estavam submetidos os negros consistiam barreiras que impediam a plena participação dessa minoria no processo político. Por outro lado, a decisão que permitiu a prática do aborto¹⁹ é duramente criticada pelo constitucionalista americano, na medida em que, em sua visão, a cláusula constitucional que estabelece o devido processo legal – utilizada pela Suprema Corte americana como fundamento do acórdão – teria natureza essencialmente procedimental, e não substantiva como foi utilizada.

Há ainda outras concepções a serem consideradas. Richard Posner acredita que os juízes, ao decidirem os casos, devem utilizar o critério da eficiência econômica²⁰. Assim, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido com o fito de maximizar as riquezas e diminuir os custos sociais, declarando-se a inconstitucionalidade das leis que produzam ineficiência econômica.

De uma perspectiva distinta, mas também sob o enfoque econômico, há quem defenda uma mínima interferência do Estado na propriedade privada e, conseqüentemente, a manutenção do *status quo* por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis que impliquem regulação no uso de bens privados ou restrição na liberdade de contratar²¹. Outros, no entanto, acreditam exatamente no contrário, que uma das principais funções da jurisdição constitucional é o de transformar da sociedade por meio da promoção de justiça social redistributiva²².

Os próprios juízes das Cortes Constitucionais admitem, por vezes, seguir determinada corrente de pensamento. O Ministro Nelson Jobim, por exemplo, se autointitulada um consequencialista. Em entrevista ao jornal Valor Econômico, ao ser questionado sobre a forma como julgava os casos, ele respondeu: “*Quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da*

¹⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

²⁰ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. É verdade, porém, que esse posicionamento corresponde à primeira fase do pensamento de Posner que posteriormente tornou-se adepto do pragmatismo jurídico. Sobre a evolução do pensamento de Posner, cf. SALAMA, Bruno. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹ Cf. BERNSTEIN, David. *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: University of Chicago Press, 2011.

²² Nesse sentido é o ensinamento do constitucionalista gaúcho Lênio Streck, para quem há “*um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado de Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais) E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo*”. (STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007, p. 140).

decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as conseqüências. Você pode ter uma conseqüência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva”.²³

O Ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte americana, por outro lado, adota expressamente a doutrina denominada de originalismo, segundo a qual os juízes, ao se depararem com casos constitucionais, devem ser fiéis ao sentido original da Carta Magna. Esta vertente teórica contrapõe-se à ideia de uma “Constituição viva”, em que o significado do texto constitucional se modifica ao longo das gerações, amoldando-se às novas circunstâncias sociais, econômicas e políticas²⁴. Segundo Scalia, o ato de interpretar a Constituição consiste em identificar o sentido das cláusulas para os Pais Fundadores dos Estados Unidos no século XVIII e aplicá-los à realidade presente, declarando a inconstitucionalidade das práticas incompatíveis com os valores que nortearam o trabalho do Poder Constituinte. De acordo com essa concepção, à Corte, cumpre a função de resguardar os compromissos políticos e morais assumidos em nome da sociedade no momento de sua fundação²⁵.

IV.

Dentre as várias concepções possíveis, ao que parece, a jurisprudência constitucional brasileira não adota nenhuma. Sequer é possível dizer que os Tribunais são voláteis e adotam, a cada acórdão, uma concepção distinta. A verdade é que as decisões constitucionais muitas vezes parecem transparecer a ausência de qualquer fundamento ou diretriz justificadora da prática do controle de constitucionalidade. Ao analisar o caso brasileiro a única conclusão a que se pode chegar é a de que o controle de constitucionalidade é feito para a defesa pura e simples do texto constitucional e, às vezes, nem isso. O estudo de alguns casos evidencia esse argumento.

Em 18 de março de 2005, o Procurador-Geral de Justiça do MPDFT ajuizou, de maneira inconsiderada, uma ação direta de inconstitucionalidade contra 9 (nove) leis distritais que haviam alterado a destinação de uso de lotes comerciais para permitir a exploração de posto de gasolina²⁶. O *parquet* alegou que as referidas leis continham vício formal, pois os projetos de lei

²³ BASILE, Juliano e JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim - Entrevista com o Ministro Nelson Jobim. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 13 de dezembro de 2004.

²⁴ Sobre o tema, cf. STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010 e ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. *Harvard L. Rev.* n.º. 126, 2006-2007, p. 1738.

²⁵ Cf. SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. The University Center for Human Values Series, 1997.

²⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 2005.00.2.001604-2, Des. Rel. Vásquez Cruxên, julgada em 11/10/05, acórdão publicado no DJU de 07/03/06.

teriam sido de iniciativa do Poder Legislativo enquanto que a Lei Orgânica do DF confere ao Poder Executivo tal prerrogativa, e vício material, tendo em vista que a Carta distrital prevê a necessidade de realização de estudos prévios de viabilidade para a modificação de destinação de uso do solo e as leis em questão teriam sido editadas sem obedecer a esse requisito.

Não obstante se tratar de ação direta contra leis de efeitos concretos e de terem sido veiculadas quase uma dezena de leis em uma única medida - práticas vedadas pela jurisprudência da Suprema Corte - o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios superou as barreiras processuais e levou o processo a julgamento, declarando a inconstitucionalidade de todos os atos legislativos impugnados sem distinguir a situação de cada lei específica²⁷.

Tal decisão, entretanto, atingiu equivocadamente a lei distrital nº. 1.541/97, cuja iniciativa foi do Governador do Distrito Federal e que foi precedida de extensos estudos de viabilidade. De uma hora para outra, por erro grosseiro, o particular, após ter investido no empreendimento e de pagar a mais valia do terreno ao Distrito Federal, viu seu direito aniquilado por uma decisão em processo de controle concentrado de constitucionalidade do qual sequer teve a oportunidade de se manifestar²⁸.

Ao tomar conhecimento da decisão, a parte prejudicada ingressou nos autos na qualidade de informante para requerer que o erro material perpetrado fosse sanado de ofício pela Corte, visto que obviamente não era a intenção do julgador declarar a inconstitucionalidade de uma lei que não padecia dos vícios declarados na decisão, o que denotaria o descompasso entre a

²⁷ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS DISTRITAIS Nº. 1.425, 1.471, 1.504 e 1.541, DE 1997, e 2.047, 2.048, 2.118, 2.120 e 2.129, DE 1998 - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA - ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO DE LOTES – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL – OCUPAÇÃO DESORDENADA DO TERRITÓRIO – PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE E AO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL.

1 – Rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita, uma vez que a lei distrital que venha a violar a Lei Orgânica do Distrito Federal, que é instrumento normativo primário e que equivale às constituições promulgadas pelos estados-membros, deve ter sua constitucionalidade aferida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade a ser proposta perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforme entendimento, inclusive, do excelso Supremo Tribunal Federal.

2 – Reconhecido o vício na iniciativa das referidas Leis Distritais nºs. 1.425, 1.471, 1.504 e 1.541, de 1997, e 2.047, 2.048, 2.118, 2.120 e 2.129, de 1998, todas de autoria parlamentar, promovendo a alteração da destinação de lotes para a instalação de postos de abastecimento de combustíveis, é de se julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, porquanto toda lei relativa ao uso e ocupação do solo no Distrito Federal está afeta à iniciativa exclusiva do senhor Governador.

3 – A alteração indiscriminada da destinação de imóveis, além de proporcionar a ocupação desordenada do território, com prejuízos ao meio ambiente e ao patrimônio urbanístico, viola os princípios da isonomia, da impessoalidade, da razoabilidade, da motivação e do interesse público, expressos na Lei Orgânica do Distrito Federal.

4 – Conhecimento e procedência da ação.

²⁸ A legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Distrito Federal é definida pela lei federal nº. 11.697/08, em seu art. 8º, §2º, limitando a participação no processo objetivo ao Governador do Distrito Federal, ao Procurador-Geral de Justiça, à mesa Câmara Legislativa, ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos e às entidades de classe.

vontade da Corte com o que de fato fora decidido. O Presidente do Tribunal, no entanto, não conheceu do pleito sob as seguintes alegações: i) uma vez decidida a representação de inconstitucionalidade, presumem-se discutidas todas as questões (doutrina da causa de pedir aberta nas ADIN); ii) já haveria trânsito em julgado da ação; e iii) o particular não seria parte legítima para se manifestar no processo.

Cumprir destacar que, do ponto de vista jurídico, todos esses óbices poderiam ser ultrapassados, caso o tribunal reconhecesse o erro material, pois, de acordo com o Código de Processo Civil, o erro material pode ser conhecido de ofício pelo magistrado e não está sujeito à preclusão²⁹. A Corte de Justiça, no entanto, ao decidir a questão sob o prisma processual, se furtou a reconhecer o erro cometido, preferindo manter hígidez do acórdão em detrimento do direito individual da parte. Ou seja, se por um lado houve a superação de uma série de óbices preliminares para o conhecimento da ação, por outro a Corte não se sensibilizou com o argumento de que sua decisão havia violado injustamente direito individual.

Duas conclusões emergem desse caso. Primeiro, se o ponto da prática jurídica é a contenção da força estatal em face de direitos individuais reconhecidos em compromissos políticos anteriores, como defende Dworkin, essa definitivamente não foi a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em verdade, a prática da jurisdição constitucional aniquilou direito substantivo do requerente (direito à propriedade) sem nenhuma razão aparente.

Segundo, o desenvolvimento da jurisprudência da Corte e, conseqüentemente, do sistema de controle de constitucionalidade, deu-se de maneira aleatória e injustificada. Com efeito, foi superada a questão preliminar acerca da impossibilidade de se arguir a inconstitucionalidade de leis de efeitos concretos em ação direta – jurisprudência criada exatamente para se evitar que, em sede de controle abstrato, houvesse violação de direitos de pessoas singularmente consideradas –, ao mesmo tempo em que foi mantido o entendimento de que o terceiro interessado não pode intervir no feito. Caso o Tribunal de Justiça adotasse uma concepção substantiva acerca do papel da jurisdição constitucional, a jurisprudência teria evoluído no sentido oposto, justamente para proteger os direitos dos envolvidos. Na verdade, verifica-se que não houve qualquer concepção constitucional a justificar os passos tomados pelo Tribunal.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à validade da lei complementar nº. 135/10 é mais um caso que denota a ausência de reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional. Tratou-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que declarou a inexigibilidade do candidato ao governo do Distrito Federal com base na

²⁹ Código de Processo Civil, art. 267, *caput*.

chamada “lei da ficha-limpa”³⁰. Não obstante haver uma disposição expressa na Constituição Federal no sentido de que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, a menos de um mês do pleito eleitoral, a Corte debateu por quase 11 horas se a norma editada no mesmo ano das eleições seria aplicável de imediato.

O cerne do debate foi decidir se a expressão “*processo eleitoral*” englobaria todas as etapas desde o fim do período de filiação partidária, que ocorre um ano antes das eleições, ou se se limitaria ao período após as convenções partidárias. Os ministros favoráveis à aplicação imediata argumentavam que a lei que estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade deveria ser observada, pois regularia período anterior ao “*processo eleitoral*”, de maneira que os chamados “ficha-suja” não poderiam ser escolhidos como candidatos pelos partidos.

A questão jurídica restou indefinida em virtude de um inesperado empate na votação dos ministros, o que levou à renúncia de um dos dois únicos candidatos viáveis ao pleito. O que esse julgamento demonstra é que a ausência de parâmetro de conduta no exercício da jurisdição constitucional levou a que os ministros, aparentemente acuados pela opinião pública, mesmo diante da clareza do texto constitucional e da proximidade das eleições, não conseguissem dar uma resposta tempestivamente satisfatória à questão.

Um dos pontos que chamou a atenção foi o fato de que alguns ministros favoráveis à aplicação da lei fizeram um exercício de ponderação, afastando a aplicação da regra constitucional em face ao princípio da moralidade. Ressalte-se, novamente, que a questão posta nos autos se restringia à aplicabilidade da lei ao pleito de 2010, e não quanto à constitucionalidade material das hipóteses de inelegibilidade. Isto significa que o ingresso em uma argumentação acerca do princípio da moralidade era absolutamente desnecessário, pois, em regra, a data da entrada em vigência de determinada lei independe do conteúdo da norma.

Se a Corte adotasse, por exemplo, uma concepção procedimental, cuja essência é a preservação do bom funcionamento do processo democrático, com certeza teria evitado um mal entendido dessa grandeza às vésperas da eleição ao governo distrital.

Um último exemplo que expõe a ausência de uma concepção que fundamente a jurisdição constitucional brasileira pode ser visto no caso do julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da lei nº. 10.248/93 do Estado do Paraná³¹. O referido

³⁰ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 630.137, Min. Rel. Ayres Britto, julgado em 29/09/10, acórdão publicado no DJ-e de 05/12/11.

³¹ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 855, Min. Rel. Octavio Gallotti, julgada em 06/03/08, acórdão publicado no DJ-e de 27/03/09.

diploma legislativo obrigava os estabelecimentos que comercializassem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. Tratava-se de norma editada com o fito de proteger o consumidor ante a evidência de fraudes no processo de distribuição de gás liquefeito de petróleo.

A Corte, no entanto, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da lei sob o fundamento de que a exigência imposta ao comerciante de portar em cada caminhão de transporte de GLP uma balança para a pesagem de botijões seria medida demasiadamente onerosa e, portanto, desproporcional. Ademais, com base em laudo do INMETRO, argumentou-se que a pesagem *in loco* seria impraticável em virtude da má qualidade das vias brasileiras que acabaria por desregular as balanças, concluindo-se que, para o consumidor, a fiscalização por amostragem seria mais eficaz. Nesse contexto, sem invocar expressamente qualquer preceito do texto constitucional e com base nas noções de proporcionalidade e razoabilidade, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada procedente.

As inquietações decorrentes da análise desse caso são múltiplas. Em primeiro lugar, seria a questão referente à forma de como é vendido o botijão de gás assunto para ser tratado pela Suprema Corte? Teria o tema relevância necessária para ser debatida em sessão plenária pelos ministros do Supremo? Qual das concepções acima discutidas conceberia esse tópico secundário como matéria de envergadura constitucional? Em segundo lugar, seria papel da Corte revisar as opções do legislativo estadual, indicando, no caso concreto, qual forma de proteção ao consumidor seria mais eficaz e que, portanto, deveria ser adotada? Ou melhor, há espaço de conformação para que o Parlamento faça suas escolhas políticas ou todas as escolhas legislativas estão sob o crivo do Poder Judiciário? Em caso de não haver violação inequívoca a direito fundamental, o juízo de proporcionalidade e de razoabilidade da lei não seria atividade típica a ser realizada pelos representantes eleitos pelo povo?

O Ministro Eros Grau, compartilhando do mesmo sentimento de perplexidade, desabafou: *“o meu temor é com relação ao princípio da proporcionalidade, porque isso significa que estamos julgando o legislador, estamos a ele imputando um desvio legislativo. Nós temos competência para apreciar a constitucionalidade da lei, não se ela é boa ou má. E, independentemente de ser boa ou má, se não viola a Constituição, a única maneira de investir contra ela seria nós nos candidatarmos e participarmos do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não pode praticar aquilo que Canotilho chama de ‘desvio de Poder Legislativo’”*.

Na verdade, o que o Ministro Eros Grau estava alertando era para o fato de que, por agir de maneira irrefletida quanto à sua função, a Corte, ao ampliar por meio da jurisprudência o parâmetro de controle, estaria adotando uma prática interpretativa abusiva e irracional. Em última análise, o que o ministro estava dizendo é que o Supremo Tribunal Federal, ao se julgar competente para analisar a conveniência e oportunidade de todo e qualquer ato legislativo, corria o risco de estar banalizando o discurso constitucional e, conseqüentemente, desvirtuando o sentido da prática do controle de constitucionalidade. Trata-se de um inequívoco diagnóstico quanto à ausência de consciência do papel da Suprema Corte.

V.

Inúmeras são as causas que levaram a jurisdição constitucional a essa situação de vácuo conceitual, destacando-se duas razões em especial. Em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988, além de ser altamente detalhista, não especificou em seu texto original qualquer mecanismo de filtro sobre quais questões deveriam se submeter ao regime de controle por parte do Supremo Tribunal Federal. Além disso, dentre as garantias fundamentais a Carta Magna consagrou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional³², segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, tendo a parte o direito de ver apreciadas as suas razões em uma decisão devidamente fundamentada.

Assim, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a julgar toda e qualquer controvérsia referente ao extenso texto constitucional. Teoricamente seria possível, por exemplo, questionar, mediante ação direta de inconstitucionalidade, legislação carioca que versasse sobre o horário de funcionamento do Colégio Dom Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, pois o texto constitucional, no §2º art. 242, fez expressa menção à instituição, dispondo que ela permaneceria na órbita federal. Percebe-se que os mais irrelevantes assuntos foram alçados à condição de “constitucional”, o que induziu a Suprema Corte a se debruçar sobre uma infinidade de temas secundários, como o caso da pesagem do botijão de gás acima citado.

Acrescente-se o fato de que, no novo regime constitucional de 1988, o rol dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade foi expressivamente dilatado. Se antes o Procurador-Geral da República possuía o monopólio da titularidade da ação direta,

³² Princípio expresso na redação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição brasileira, nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

atualmente o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil partido político com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional também possuem legitimidade para questionar a constitucionalidade de determinado ato normativo, o que, em virtude dos múltiplos interesses dos diferentes atores, acarretou a propositura de uma grande quantidade de ações versando sobre os mais variados assuntos.

Todos esses ingredientes levaram a uma compreensão equivocada de que o papel da jurisdição constitucional é a defesa pura e simples do texto constitucional. Afinal, se determinada questão, por mais irrelevante que seja, tem assento constitucional e deve ser apreciada pelo Supremo, não haveria outro sentido na prática senão uma estritamente legal. Essa banalização do argumento constitucional torna-se mais evidente quando notamos que somente 11% das ações diretas de inconstitucionalidade versam sobre direitos fundamentais³³.

Outro fator que evidencia essa ausência de espírito da prática de controle de constitucionalidade no Brasil é a forma como os debates têm sido travados. Nos Estados Unidos, as questões formuladas à Suprema Corte fixam a discussão sobre a perspectiva da violação de determinado direito fundamental. Recentemente, por exemplo, foi concedido *writ of certiorari* para analisar a constitucionalidade do sistema de saúde criado pelo Presidente Barack Obama, mas, ao invés de se discutir o mérito da política pública escolhida pelo Congresso, a questão foi cunhada de tal maneira que o que será julgado pela Corte é se a obrigatoriedade de contratação de seguro de saúde imposta pelo “*ObamaCare*” viola, ou não, o direito individual à liberdade de contratar³⁴.

No Brasil, por outro lado, há uma forte tendência de se voltar o debate ou para o texto legal – basta dizer que questões de inconstitucionalidade formal representam 61% dos julgados pelo Supremo em sede de controle abstrato³⁵ - ou para o mérito da escolha legislativa em si. Em recente caso, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 91-A da Lei 9.504/97, na redação dada pela Lei 12.034/2009, que exigia a apresentação do título de eleitor e de documento oficial de identidade com foto como requisito de votação, sob a alegação de que a

³³ Dado extraído de COSTA, Alexandre A. *et. al.* *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência das ADIs.* Disponível em http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF. (último acesso em 15/03/12)

³⁴ Cf. The Supreme Court and ‘ObamaCare’: a concise guide. *The Week Magazine*, 15 de novembro de 2011. Disponível em <http://theweek.com/article/index/221434/the-supreme-court-and-obamacare-a-concise-guide>. (último acesso em 15/03/12)

³⁵ COSTA, Alexandre, *op. cit.*, p. 29.

exigência da dupla identificação feriria o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade³⁶. O tema comportava análises constitucionais muito interessantes, como saber se esse tipo de limitação do sufrágio, ao desestimular a participação popular no processo eleitoral, implicaria em violação ao princípio democrático ou se o ato estaria excluindo, de maneira abusiva, determinada parcela da população. O tribunal, no entanto, ao decidir com base no princípio da proporcionalidade, esvaziou completamente o debate, além de não ter dado qualquer pista sobre qual concepção de jurisdição constitucional estava adotando.

A segunda razão para o vácuo conceitual diz respeito ao limitado debate na doutrina quanto ao conceito de constituição e à legitimidade da jurisdição constitucional. De fato, enquanto que nos Estados Unidos sempre houve discussão quanto ao papel apropriado da revisão constitucional³⁷, no Brasil, até pouco tempo, não havia muito sobre o assunto. Textos clássicos - como o de Lúcio Bittencourt - limitavam-se a relatar a evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade e a citar a experiência estrangeira, sem, contudo, formular uma concepção abrangente sobre o tema³⁸.

Ademais, muitos dos doutrinadores contemporâneos focam no debate travado no início do século XX entre Kelsen e Schmitt para explicar os modelos de constituição e de controle de constitucionalidade. Como se sabe, Hans Kelsen formulou uma concepção jurídica de constituição segundo a qual a defesa do texto deveria ser feita por meio de um tribunal constitucional, enquanto que Carl Schmitt advogava que a Constituição seria a decisão política fundamental que somente poderia ser defendida pelo Chefe de Estado³⁹. Kelsen saiu-se vitorioso do debate, tendo o seu modelo de controle concentrado influenciado vários países, inclusive o Brasil⁴⁰.

Ocorre que a teoria pura do Direito de Kelsen não consegue explicar as complexidades dos casos constitucionais contemporâneos. Não obstante, parte da doutrina parece ainda estar enfeitiçada pelo debate. A concepção kelseniana de constituição como uma norma puramente jurídica continua a alimentar o entendimento de que não há nada por trás do controle de constitucionalidade além da defesa pura e simples do texto legal.

³⁶ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.467, Min. Rel. Ellen Gracie, julgada em 30/09/10, acórdão publicado no DJ-e de 31/05/11.

³⁷Vide, por exemplo, o seminal artigo de THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard L. Rev.* nº. 7, 1893, p. 129-156.

³⁸ BITTERCOURT, Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

³⁹ Cf. sobre o tema FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *A & C: revista de direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, v. 10, n. 39, jan. 2010.

⁴⁰ Sobre a influência de Kelsen no controle de constitucionalidade brasileiro, cf. MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217-220.

Por outro lado, essa ausência de discussão sobre o papel da jurisdição constitucional possibilitou o surgimento de uma corrente doutrinária chamada de “Neoconstitucionalismo”⁴¹, que propõe, em apertada síntese, uma maior intervenção do Poder Judiciário na vida política do país com vistas a promover transformação social por meio de interpretações que se utilizam dos princípios constitucionais e do juízo de ponderação como matéria prima. Não é difícil perceber que a incitação ao ativismo judicial inerente a essa corrente doutrinária só tem agravado o quadro de incerteza quanto à função da jurisdição constitucional brasileira. Como bem diagnosticado pelo Professor Carlos Horbach, “*na interpretação da lei ou da Constituição, os ‘neo-constitucionalistas’ separam o termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito*”.⁴² E é exatamente essa maleabilidade da interpretação constitucional que está no cerne da crítica de Joaquim Falcão mencionada no início deste artigo.

A ausência de uma definição conceitual aliada a uma maior flexibilidade interpretativa gera uma perigosa combinação que tende a aprofundar ainda mais a crise de identidade que vive jurisdição constitucional no Brasil. Ou seja, o método interpretativo proposto pelo Neoconstitucionalismo não só é ineficaz para superar a crise institucional diagnosticada no presente artigo, como tende a agravá-la. Somente a partir da adoção de uma teoria que justifique adequadamente a prática de revisão constitucional é que será possível apontar o sentido no qual deve evoluir o sistema de controle de constitucionalidade, quais propósitos devem se promovidos e, por conseguinte, como o texto constitucional deve ser interpretado.

⁴¹ O termo foi usado pioneiramente pela jurista italiana Suzana Pozzolo, que sintetizou, então, em quatro teses as ideias do Neoconstitucionalismo: 1) *princípios versus normas*: tese que afirma que o ordenamento jurídico é formado não só por regras, mas por regras e princípios, sendo que estes últimos estabeleceriam um vínculo entre o Direito e a Moral; 2) *ponderação versus subsunção*: afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, não são aplicadas pelo método da subsunção, mas necessitam de um método peculiar denominado de ponderação ou balanceamento; 3) *Constituição versus independência do legislador*: tese de que texto constitucional tem penetração geral no ordenamento jurídico, estabelecendo um conteúdo substancial condicionante, semelhante ao defendido pelos jusnaturalistas, que acaba por limitar drasticamente a esfera de atuação do legislador; e 4) *juízes versus liberdade do legislador*: tese favorável à interpretação judicial criativa, que impõe aos magistrados a função de, ao decidir um caso concreto, aplicar o Direito à luz das exigências substanciais de Justiça. (POZZOLO, Suzana. Neoconstitucionalismo y Especificdad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, nº. 21, vol. II, 1998, p. 340-342).

⁴² HORBACH, Carlos. A Nova Roupagem do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *São Paulo: Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 859, p. 88, mai./2007.

VI.

Ronald Dworkin argumenta que o desenvolvimento das práticas sociais, como o direito e o costume, dá-se por meio de uma interpretação construtiva constituída por três etapas. Primeiro, há uma fase pré-interpretativa na qual são identificados os padrões de conduta que constituem o conteúdo da prática. Em seguida, há uma fase interpretativa em que se elabora a melhor justificativa geral para os elementos da prática, indicando qual o seu propósito e o motivo pelo qual se revela importante mantê-la. E por último, há uma etapa pós-interpretativa, na qual se propõe reformulações para ajustar a prática de maneira que ela melhor sirva à justificativa⁴³.

Qualquer desenvolvimento no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade, seja ela jurisprudencial ou legislativa, exige do intérprete esforço reflexivo semelhante. Assim, antes de efetuar qualquer modificação estrutural no modo de funcionamento da Corte, deve-se, primeiramente, formular uma explicação que melhor justifique o poder conferido aos juízes para declarar a inconstitucionalidade das leis para, então, evoluir em consonância com o propósito da prática.

Dessa forma, se, por exemplo, a melhor interpretação é aquela que incumbe aos tribunais a defesa dos direitos individuais, deve-se repensar a tendência de objetivação do controle de constitucionalidade, pois, conforme explica Elival da Silva Ramos, “*o sistema de controle de matriz estadunidense (controle concreto ou difuso) revela-se adequado ao resguardo de Constituições de perfil liberal-democrático, colhendo situações em que a legislação infraconstitucional viola a Lei Maior com repercussão nas relações intersubjetivas*”.⁴⁴ Da mesma forma, se, de acordo com determinada justificativa, certas questões não devem ser decididas pelo Supremo Tribunal Federal, então o instituto da repercussão geral poderia ser amoldado para excluir esses temas da apreciação da Corte.

A falta desse fio condutor tem caracterizado a evolução da jurisdição constitucional brasileira, deixando exposta uma série de contradições em nosso sistema. Nesse sentido, tanto a volatilidade de posicionamentos dos ministros quanto a inadequação da Corte como foro de discussão de determinados temas, motivos da crítica de Joaquim Falcão, parecem ser sintomas decorrentes dessa ausência de diretriz conceitual no que se refere ao controle de constitucionalidade no Brasil.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 65-66.

⁴⁴ RAMOS, Elival. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481.

Artigo recebido em 16 de janeiro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 09 de março de 2013.