



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCAS NERY SANTIAGO SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DO
QUÓRUM NECESSÁRIO À DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE NO EXERCÍCIO DO CONTROLE
ABSTRATO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador
2018

LUCAS NERY SANTIAGO SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DO
QUÓRUM NECESSÁRIO À DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE NO EXERCÍCIO DO CONTROLE
ABSTRATO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Dias Marques
da Cruz

Salvador
2018

LUCAS NERY SANTIAGO SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DO
QUÓRUM NECESSÁRIO À DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE NO EXERCÍCIO DO CONTROLE
ABSTRATO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Gabriel Dias Marques da Cruz - Orientador
Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Fábio Periandro de Almeida Hirsch - Examinador
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Tiago Silva de Freitas - Examinador
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

RESUMO

Atualmente, a inconstitucionalidade de leis só pode ser reconhecida, em tribunais, por meio do voto da maioria absoluta dos seus membros (ou dos membros do órgão especial criado para esse fim), como prevê o art. 97 da Constituição Federal. Ocorre que, no Supremo Tribunal Federal, essa maioria absoluta representa apenas seis votos e, não obstante, frequentemente a corte decide os seus julgamentos com uma diferença de apenas um voto (seis a cinco), o que poderia resultar em decisões sem consenso e, portanto, frágeis. A partir dessa constatação, buscou-se analisar, no presente trabalho, se esse "quórum de maioria absoluta" seria adequado à declaração de inconstitucionalidade – principalmente com efeitos abstratos –, uma vez que as leis possuem presunção de constitucionalidade e derivam da atividade do Poder Legislativo, que, em última instância, reflete a soberania popular. Para tanto, o trabalho buscou investigar, detalhadamente, as origens e fundamentos da Cláusula de Reserva de Plenário, regra extraída do art. 97 da Constituição Federal, bem como a relevância da presunção de constitucionalidade e da representação política para a definição adequada do número de votos necessários à declaração de inconstitucionalidade. Ao fim, se chegou à conclusão de que a elevação desse número para 8 votos, o que corresponde a 2/3 dos votos dos Ministros, seria pertinente para dar o prestígio efetivo aos fundamentos da separação de poderes, da democracia constitucional e do controle de constitucionalidade.

Palavras-Chaves: Controle de constitucionalidade. Soberania popular. Representação política. Presunção de constitucionalidade. Reserva de plenário. Maioria absoluta. Maioria qualificada. Democracia constitucional.

ABSTRACT

Currently, the unconstitutionality of a statute, in courts, can only be declared by the vote of the majority of its entire membership, according to the article 97 of the Brazilian Constitution. It happens that, in Brazilian's Supreme Court, this majority decision represents only six votes, and, nevertheless, the Court often decides with a tight difference of only one vote (six to five), what could result in decisions with no consensus and, therefore, feeble. From this observation, this work analyses if this majority decision rule is adequate to proceed to the judicial review of legislation – especially with binding effects –, since the laws have presumption of constitutionality and derive from the activity of the Legislative, that, in the last instance, reflects the popular sovereignty. For that, this work sought to investigate, thoroughly, the origins and foundations of the "Full Bench Clause" – rule that is extracted from the art. 97 of the Brazilian Constitution –, as well as the relevance of the presumption of constitutionality and of the political representation towards the adequate definition of the number of votes to hold unconstitutional a legislative act. At the end, it was concluded that raising the number of votes to 8, what corresponds to 2/3 of the Justices votes, would be pertinent to value the foundations of the separation of powers, of the constitutional democracy and the judicial review.

Keywords: Judicial review. Popular sovereignty. Political representation. Presumption of constitutionality. Full bench. Majority decision. Supermajority rule. Constitutional democracy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A ATUAL SITUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: A MEDIÇÃO DE FORÇAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO	8
3. UM PRIMEIRO OLHAR SOBRE O QUÓRUM DE MAIORIA ABSOLUTA: PROBLEMAS E ASPECTOS RELACIONADOS	16
3.1. A EXISTÊNCIA DE DECISÕES APERTADAS: O PROBLEMA DO 6 A 5.....	16
3.2. A DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS NAS DECISÕES: FORMA AGREGATIVA DE DECIDIR DO STF	20
3.3. A EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA DO STF E A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	23
3.4. OS ÂMBITOS DE DISCUSSÃO RELACIONADOS AO QUÓRUM DE MAIORIA ABSOLUTA.....	26
4. O PAPEL DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	28
4.1. EVOLUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO.....	28
4.2. A CLÁUSULA CUMPRE A FUNÇÃO A QUE SE PROPÕE?	32
5. A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	37
5.1. DELIMITAÇÃO DA FORÇA E DO ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: COMO ELA DEVE SER UTILIZADA PARA QUE POSSUA VALOR EFETIVO?.....	42
6. SOBERANIA POPULAR E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	50
6.1. A IMPORTÂNCIA DA “ESCOLHA DO LEGISLADOR” PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PARA A DEFINIÇÃO DO QUÓRUM DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.	54
6.2. ANÁLISE DA SITUAÇÃO ATUAL DO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL E DOS REFLEXOS NA RELEVÂNCIA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA.	59
7. A POSSIBILIDADE DE ELEVAR O QUÓRUM DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARA 2/3 DOS MEMBROS DO TRIBUNAL	67
7.1. DELIMITAÇÃO DA PROPOSTA.	67
7.2. EXISTÊNCIA DA PREVISÃO DO NÚMERO MÍNIMO DE 2/3 DOS VOTOS EM OUTRAS DELIBERAÇÕES DO STF.	69
7.3. A PEC 33/2011	71
7.4. A ELEVAÇÃO DO NÚMERO DE VOTOS MÍNIMO PARA 2/3 E A DISCUSSÃO SOBRE TENSÃO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES.	74
8. CONCLUSÃO	75
9. REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como foco principal a análise acerca da adequação do quórum¹ necessário para a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, esse quórum é de maioria absoluta, o que, num universo de 11 (onze) ministros que compõem a nossa suprema corte, representa o voto de 6 (seis) ministros.

Não obstante esse quórum de julgamento seja uma constante na história constitucional brasileira desde a Constituição de 1934² – em razão da adoção da chamada Cláusula de Reserva de Plenário, existem discussões e controvérsias relacionadas à sua adequação.

Isso porque, da análise da atividade do STF, percebe-se um expressivo número de ações de controle concentrado decididas pela corte por meio de debates divergentes e com votação apertada. Ademais, muitas vezes, se tem a impressão de que não existe o diálogo necessário no referido tribunal, com o objetivo de formar um entendimento institucional coeso e seguro acerca da (in)constitucionalidade de uma norma.

Essa impressão conduz a outra impressão: a de que, por vezes, quando se depara com casos complexos, a própria corte não tem certeza se uma lei é, ou não, constitucional.

No entanto, ainda assim, o voto de seis ministros é atualmente suficiente para decidir o destino de uma lei. E não se pode deixar de levar em conta que o STF nunca

¹ Desde logo, se revela pertinente um esclarecimento. A palavra “quórum”, a rigor, se refere ao número de pessoas necessário para que uma sessão ou assembleia possa ocorrer. Ou seja, se refere ao número de pessoas presentes na sessão, e não ao número de votos necessários para que se tome uma decisão. Entretanto, tornou-se usual utilizar a denominação “quórum” também para se referir ao número de votos que essa assembleia precisa alcançar para que a sua decisão possa ser válida. Dessa maneira, quando se utilizar, ao longo desse trabalho, expressões como “quórum de decisão”, “quórum de deliberação”, “quórum para declaração de inconstitucionalidade”, se estará referindo ao número de votos mínimo necessário para declarar a lei inconstitucional, e não ao número de ministros que deve estar presente à sessão de julgamento.

² Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

esteve em tanta evidência midiática – e, ao mesmo tempo, sob tanta pressão política e popular.

Sabe-se que as leis possuem presunção de constitucionalidade. Ou seja, que nascem com a presunção de que estão conforme a Constituição e o ordenamento jurídico, sendo a sua invalidade uma exceção.

Ademais, elas são fruto de todo um processo legislativo, que, em última análise, reflete a própria legitimação democrática concedida pelo povo brasileiro às instituições – no caso em análise, ao Poder Legislativo.

Nesse contexto, o aumento do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade surge como uma possibilidade de fazer com que os ministros necessitem de um "acordo" maior entre si e que, conseqüentemente, forneçam um entendimento mais seguro e preciso quando estiverem analisando uma lei em tese, o que privilegiaria a presunção de constitucionalidade das leis e a soberania popular.

Para chegar a essa conclusão, primeiramente se abordará a atual situação do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo como pano de fundo a discussão acerca da legitimidade e dos limites de atuação do legislativo e do judiciário no contexto democrático brasileiro.

Em seguida se identificará problemas que decorrem direta e indiretamente da previsão do quórum de deliberação de maioria absoluta: a existência de decisões apertadas, a forma como o Supremo decide os litígios postos à sua apreciação (forma agregativa ou simples soma de votos) e a superexposição midiática a que o tribunal está submetido atualmente.

Após, se analisará especificamente três aspectos que se relacionam intimamente com a adequação do quórum para declaração de inconstitucionalidade: a Cláusula de Reserva de Plenário, enquanto regra prática decisória no âmbito dos tribunais e do STF, especificamente; o princípio da presunção de constitucionalidade e a delimitação da sua importância; e a representação política enquanto expressão da vontade/soberania popular.

Por fim, se apresentará a proposta considerada mais adequada para a elevação do quórum decisório no STF.

2. A ATUAL SITUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: A MEDIÇÃO DE FORÇAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO

Atualmente, como não é novidade, o Brasil vive um cenário de eminência do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Essa eminência é uma característica que deriva de diversos fatores e não se nota apenas no Brasil (BARROSO, 2012b, p. 2-3).

Na relação entre as instituições democráticas, principalmente entre o Legislativo e o Judiciário, existe uma ideia geral – e superficial – de que o judiciário seria um Poder imparcial, técnico e racional e que, por isso, seria o mais apto a defender a Constituição e os direitos fundamentais dos cidadãos em último lugar, inclusive em razão de ataques dos dois outros Poderes. Enquanto isso, o Poder Legislativo seria uma instituição onde imperariam interesses escusos e que não representariam a vontade do povo, ao eleger os representantes políticos que o compõem³.

Como ressalta Juliano Zaiden Benvindo (2014, p. 72-75), na verdade, a harmonia e o diálogo adequados entre os Poderes é uma realidade ainda longe de ser alcançada. Assim, numa relação de medição de forças entre o Judiciário e o Legislativo, percebe-se que o Judiciário, representado pelo STF, ganha cada vez mais destaque na resolução definitiva de grandes problemas nacionais, inclusive ocupando espaços que originalmente não lhe caberiam.

É importante registrar, portanto, que é nesse cenário que se desenvolve o controle de constitucionalidade no Brasil e, principalmente, no STF, que é o órgão do Poder Judiciário que melhor sintetiza as disputas de poder na nossa República. Para melhor compreensão do tema e contextualização da proposta desse trabalho, é necessária uma breve reflexão tanto acerca da evolução do controle de constitucionalidade como acerca dos fatores que conferiram um poder político de destaque ao STF na democracia brasileira, em detrimento do poder do Congresso.

³ “A idéia [sic] de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos jurídicos acadêmicos, pode ser considerada ingênua. Vários estudos recentes têm demonstrado que, tanto, a primeira como a segunda, se sustentam somente se estiverem amplamente articuladas por forças políticas capazes de lhes viabilizarem a implementação, isto é, que sejam capazes de se auto-implementarem” (DA ROS, 2007, p. 101).

Começamos com uma breve evolução acerca do controle de constitucionalidade, que não gera maiores discussões. Como é sabido, a possibilidade de revisão da legislação pelo Poder Judiciário nasce em 1803, nos Estados Unidos, por meio da decisão proferida pelo *Justice Marshall* no caso *Marbury vs. Madison*. Naquele momento, firmou-se o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, que contrariasse a Constituição (MORAES, 2003, p. 583). Trata-se do controle exercido pela via difusa, em que a inconstitucionalidade da lei é analisada com questão prejudicial à providência almejada pela parte que vai a juízo.

Posteriormente, já na primeira metade do século XX, surge a noção do controle concentrado de constitucionalidade, mais precisamente por meio da Constituição Austríaca de 1920, fortemente influenciada pelas ideias de Hans Kelsen (CUNHA JR., 2013, p. 275-276). A Carta Magna Austríaca previa que a competência para declaração de inconstitucionalidade deveria se restringir a um tribunal, a corte constitucional do país. Além do mais, consolidou-se a noção do controle abstrato de normas, em que se analisa a validade de uma norma de forma genérica, e não aplicada a um caso concreto. Ou seja, a constitucionalidade da norma é analisada de forma principal (ou direta). Nesse caso, sendo declarada inconstitucional, a norma deixará de poder ser aplicada em qualquer caso.

No Brasil, desde a Constituição de 1891 o controle difuso das normas está previsto (art. 60, §1º, “a” e “b”). O controle concentrado apresentou os seus primeiros sinais com a Constituição de 1934, ao prever, em seu art. 12, § 2º, a chamada Representação Interventiva, mas foi apenas em 1965, por meio da Emenda Constitucional 16/1965, que a possibilidade do controle abstrato pela via direta passou a existir, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o exercício dessa função, típica de uma corte constitucional.

Dessa forma, o Brasil possui, atualmente, um sistema "híbrido" de controle de constitucionalidade, porque, ao mesmo tempo que permite que qualquer juiz realize controle de constitucionalidade concreto, também prevê o controle de constitucionalidade abstrato – esse que só pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em face da Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em face de suas constituições estaduais. Existe uma combinação de métodos e

critérios (CUNHA JR., 2013, p. 299-301; SILVA, J.A., 2015, p. 50-52;). Essa é uma característica que confere amplo poder de atuação ao Supremo Tribunal Federal.

A outra reflexão exige um pouco mais de aprofundamento e repousa em discussões delicadas, que procuram investigar até que ponto o controle de constitucionalidade e a própria atividade do Poder Judiciário podem avançar, em uma realidade democrática que deveria ser marcada pela harmonia e pelo equilíbrio entre os Poderes.

Como já mencionado, o Brasil vive, atualmente, um cenário em que o Poder Judiciário possui grande relevância institucional. Essa circunstância é motivada por diferentes fatores, que foram sendo associados à atividade do Poder Judiciário com o passar do tempo e o transformaram em uma espécie de "defensor da democracia e garantidor da ordem do país".

Cabe destacar brevemente os mais relevantes.

Atualmente, se observa uma grande concentração de competências no âmbito do STF (VIEIRA, 2008, p. 446-450). A corte, além de funcionar como instância recursal máxima do país e possuir diversas competências originárias, ainda acumula funções típicas de tribunais constitucionais, como é a apreciação de constitucionalidade em abstrato. Isso decorre da ideia de que o Poder Judiciário seria uma instituição mais estável e "confiável" para garantir "as regras do jogo" democrático e intermediar os conflitos entre política e respeito à Constituição. Até mesmo o mercado financeiro utilizaria essa estabilidade a seu favor (VIEIRA, 2008, p. 442).

Soma-se a essa ascensão do Poder Judiciário a chamada "crise de representatividade do Poder Legislativo", que, notoriamente no Brasil, tem despertado um sentimento de ausência de identificação do Poder Legislativo com o povo. É como se os políticos não representassem satisfatoriamente os interesses populares.

Há uma corrente que inclusive considera que o Legislativo se omite em determinadas discussões de forma proposital. Veja-se essa frase do ministro Luiz Fux⁴:

⁴Declaração veiculada na notícia "Judiciário decide porque há omissão do Parlamento, diz Fux sobre aborto", do jornal O Estado de S. Paulo, em 05 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,judiciario-decide-porque-ha-omissao-do-parlamento-diz-fux-sobre-aborto,10000092645>> Acesso em 11/07/2018.

Essas questões todas deveriam, realmente, ser resolvidas pelo Parlamento. Mas acontece uma questão muito singular. O Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional.

Deve-se ter em mente, ainda, que a própria natureza da Constituição Federal de 1988 lança as bases para uma atuação de destaque do Poder Judiciário, por ser altamente programática e analítica. Isso é, hoje em dia, existe não só uma grande judicialização das relações, mas uma grande "constitucionalização". A Constituição cria "promessas positivas", que podem ser juridicamente exigidas pelos cidadãos.

Utilize-se como exemplo os seus artigos 3^o, 196⁶ e 205⁷. Da análise desses dispositivos – e da noção atual da Constituição como instrumento normativo jurídico, dotado de eficácia direta e imediata, sempre que possível⁸ –, percebe-se que a própria ordem constitucional brasileira criou um amplo espaço para que o Poder Judiciário, sob a premissa de estar dando efetividade à nossa Carta Magna, busque soluções, em processos judiciais, que são típicas de outros Poderes, como a determinação de fornecimento de medicamentos não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde, de matrícula em uma escola pública, de inclusão em programas de financiamento estudantil, etc.

Além de permitir que o Poder Judiciário atue para neutralizar as omissões executivas do Poder Público (quando já existe legislação definindo a forma como determinado direito poderá ser exercido), a Constituição também previu instrumentos jurídicos para atacar as omissões legislativas do Poder Público, como são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Por meio de tais mecanismos, o Poder Judiciário atua diretamente em um campo destinado originalmente ao legislador, buscando soluções próprias – e cada vez mais concretas –, com o objetivo de impedir que a falta de determinada lei inviabilize o exercício de

⁵ Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁸ Sobre o assunto, veja-se o livro de Dirley da Cunha Jr. (2013, p. 173-174).

um direito assegurado constitucionalmente. Um exemplo famoso desse tipo de atuação ocorreu no MI 708/DF, julgado pelo STF.

Todas essas circunstâncias conferiram, com o passar do tempo, *status* privilegiado ao Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, em que pese essa realidade não seja objeto de reflexão abrangente no Brasil, existem também diversos argumentos que questionam a eminência do Poder Judiciário em desfavor da atividade do Poder Legislativo.

Não se está alheio à realidade do Poder Legislativo no Brasil. De fato, o Congresso está longe de ser a instituição que deveria ser, e há, sim, interesses pessoais circulando pelos seus corredores, mas os limites deste trabalho impedem uma análise mais profunda sobre a complexidade dos jogos de poder no parlamento. Ocorre que o Poder Judiciário também não é um órgão perfeito. Também está sujeito a influências políticas, a circunstâncias externas – consciente ou inconscientemente (como se explorará adiante) – e tampouco está livre da famigerada corrupção.

Para apontar os defeitos de um Poder, acaba-se, às vezes, partindo de um conceito idealizado do outro⁹.

O fato é que não se pode partir de uma lógica maniqueísta para discutir questões tão complexas como “quem protege melhor os direitos dos cidadãos?” ou “a relação entre os Poderes no Brasil deve ser repensada?”.

Como ressalta Benvindo (2014, p. 79), farta literatura defende que “o local do desacordo sobre direitos deve ser trabalhado pelo parlamento de forma mais legítima”. Citando Jeremy Waldron, um expoente dos questionamentos a essa supremacia judicial, ele pontua que embora [as cortes] tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade.

Waldron (2006, p. 1378, tradução nossa), enfrentando essa discussão, afirma que “legislativos são constituídos de forma a garantir que as informações sobre a tolerância de várias opções para diferentes segmentos da sociedade sejam nutridas

⁹ “De um lado, autores como Ronald Dworkin são partidários da supremacia judicial e se engajam na discussão normativa a partir de uma pintura idealizada da atividade judicial e uma caricatura desonrosa da atividade legislativa. De outro lado, partidários da supremacia do parlamento, inspirados na literatura da ciência política, buscam apresentar um retrato mais fidedigno dessas atividades, mas enaltecem as virtudes do parlamento, como Jeremy Waldron” (LEITE e BRANDO, 2016, p. 149-150).

no processo de decisão". Para ele, o procedimento legislativo comum é capaz de resolver desacordos sobre direitos respeitando as vozes e opiniões das pessoas – nos seus milhões – cujos direitos estão em jogo, bem como de tratá-las como iguais (2006, p. 1406).

Fazendo referência a outro argumento em favor dos parlamentos, Conrado Hübner Mendes (2008b, p. 93) pondera que a deliberação moral não teria seu melhor lugar na corte, pois ali se "polariza e divide" argumentações, ao invés de se proceder a concessões.

Dessa forma, mesmo que não se questione a legitimidade do Judiciário para dar "a última palavra", é necessário reconhecer que o âmbito de discricionariedade do Legislador precisa ser respeitado, afinal é no Parlamento que os interesses sociais, em seus mais variados aspectos, são discutidos por excelência.

Leonardo Varella Gianetti (2016, p. 134) faz a seguinte ressalva a respeito do assunto:

E Álvaro de Vita, também ao prefaciá-lo livro de Hübner Mendes (2008, p. XVI e XVII), elucida que a "sabedoria convencional" a respeito do judicial review criou um arranjo institucional que não serviu para assegurar a supremacia da Constituição, mas sim a supremacia da Corte sobre o legislativo, ou a supremacia da interpretação que a Corte faz da Constituição

Nesse trabalho não se pretende exatamente questionar a legitimidade do Poder Judiciário para atuar como "instituição democrática protagonista", até porque essa análise demanda uma atenção exclusiva. Não se pretende, tampouco, negar a importância da jurisdição constitucional para a consolidação da democracia¹⁰, ou mesmo do ativismo judicial, que, mesmo enfrentando críticas quanto à sua legitimidade, vem prestando, na prática, um importante serviço a nível social, frente à

¹⁰A imbricação entre liberdades fundamentais e tribunais, entre proteção de direitos e controle de constitucionalidade, é tida como uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos. Não se pensa hoje em democracia sem Parlamento, arena típica do conflito de interesses, do "governo dos homens" (rule of men). Tampouco em constitucionalismo sem uma Corte Constitucional, lugar de realização última da justiça, do "governo das leis" (rule of law), qualificada por predicados como imparcialidade, independência e neutralidade partidária. Ainda que haja divergência sobre cada conceito, é seguro dizer que cada um desses ideais definiu seu espelho institucional. E a jurisdição constitucional é o elo para acomodação dos ideais democrático e constitucionalista. O guardião do constitucionalismo perante a taquicardia majoritária" (MENDES, 2008a, p. 10).

morosidade dos outros Poderes. Em determinadas situações, alguma instituição precisa agir na falta de outras¹¹.

O que se pretende mostrar, no entanto – e fixar como premissa –, é que essa realidade de "supremacia" do Poder Judiciário não é inquestionável. Afinal, se ela "não pode ser assumida simplesmente como algo que exista, deve ser politicamente construída" (WHITTINGTON apud BENVINDO, 2014, p. 91).

E de fato o é. No caso do Brasil, se mostrou os principais argumentos que criaram, hoje, essa realidade. E ela foi fruto, inclusive, do próprio desenvolvimento político brasileiro, que, em diversos momentos, "contribuiu" para o fortalecimento do Poder Judiciário¹², o que não é necessariamente bom ou ruim. Apenas aconteceu.

Aqui no Brasil, em razão de assumirmos o Poder Judiciário como instituição protagonista, sempre que se tenta tocar em um assunto que, de certa forma, desafie essa primazia, ou, pelo menos, traga à discussão a questão da representatividade e da eminência das instituições – notadamente o Legislativo e o Judiciário – no Estado Democrático de Direito, a tendência é que haja reação significativa.

Mas não se deve deixar levar pela ótica de que o Judiciário é o único Poder capaz de defender a democracia e os direitos fundamentais das pessoas e que qualquer proposta que pretenda refletir sobre essa autoridade significa "rasgar a Constituição".

É por isso que a proposta desse trabalho, de analisar a possibilidade de elevação do número mínimo de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade, pode soar "estranha" à primeira vista. E veja-se que o aumento do quórum de declaração de inconstitucionalidade nem chega a desafiar a "supremacia" do STF: ele continua a ser o tribunal responsável por dar "a última palavra" nos temas sensíveis da realidade social brasileira.

Essa possibilidade apenas exige que o Supremo forneça uma resposta sólida, realmente capaz de desqualificar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, considerando toda a estrutura movimentada previamente para criá-la, existência de

¹¹"Se as instituições majoritárias não observam, deixam de garantir ou garantem de forma deficiente as condições democráticas, outras instituições que buscam garanti-las serão consideradas legítimas" (GIANETTI, 2016, p. 130).

¹² Cite-se, por exemplo, a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, que criou a Súmula Vinculante.

casos moral e juridicamente complexos e existência de presunção de constitucionalidade das leis, como se verá ao longo do trabalho.

3. UM PRIMEIRO OLHAR SOBRE O QUÓRUM DE MAIORIA ABSOLUTA: PROBLEMAS E ASPECTOS RELACIONADOS

Estabelecido o esclarecimento do capítulo anterior e definido o contexto da relação atual entre o Judiciário e o Legislativo, que deve servir de ponto de partida para a compreensão do trabalho, passa-se a investigar os motivos pelos quais o quórum previsto atualmente para a declaração de inconstitucionalidade – o quórum de maioria absoluta – pode se revelar inconveniente ou, pelo menos, não ideal no cenário democrático-constitucional brasileiro.

3.1. A EXISTÊNCIA DE DECISÕES APERTADAS: O PROBLEMA DO 6 A 5

Esse é o problema imediato que decorre da chamada “Cláusula de Reserva de Plenário”, que prevê o quórum de maioria absoluta para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

O Supremo Tribunal Federal possui 11 (onze) ministros, de forma que, para que seja possível declarar uma lei inconstitucional, basta que 06 ministros votem em um mesmo sentido.

E essa situação ocorre com bastante frequência¹³. O STF, como visto, a partir da posição de evidência que possui e da legitimidade para interpretar a Constituição “por último”, analisa definitivamente diversos temas de relevância social, religiosa, econômica, etc. Até mesmo sobre os limites da própria separação de poderes a Corte tem se pronunciado.

E quando essa análise ocorre no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, e afins, a decisão dela decorrente tem consequências sobre todo o país – se a lei for federal –, em razão dos efeitos *ultra partes* e vinculantes da decisão que analisa lei em tese. Ou seja, não se trata apenas da relevância dos temas submetidos à análise do STF, mas da abrangência que a decisão em um ou em outro sentido costuma ter.

Considerando toda essa importância, a diferença de apenas um voto para declarar uma lei inconstitucional parece insuficiente.

¹³ Por exemplo, ADI nº 5526, ADC nº 43, ADI nº 4983, ADI nº 4439.

Com efeito, por mais instruído tecnicamente que sejam os ministros, é suficiente a opinião de seis pessoas – para que não se diga que é a opinião apenas do ministro que desempata o julgamento – para anular todo um processo legislativo anterior, fruto da representação política e do princípio majoritário, cujo produto – a lei – goza de presunção de constitucionalidade? Ainda mais quando existe uma opinião contrária de outros cinco ministros sobre a mesma questão?

E nem que se diga que os votos dos ministros são “imparciais e racionais” e por isso a sua decisão se baseia apenas em critérios técnicos e jurídicos¹⁴: hoje em dia já se sabe que essa é uma noção idealizada, e que vários fatores extrajurídicos influenciam nas decisões proferidas pelos juízes, sejam eles internos, como a personalidade e os valores ideológicos do juiz (sua pré-compreensão de vida e do próprio direito)¹⁵, ou externos, como a interação com forças políticas¹⁶, a perspectiva de cumprimento de suas decisões (BARROSO, 2012a, p. 401-403) e até mesmo as circunstâncias de tempo, lugar e forma relacionadas aos julgamentos¹⁷.

É melhor, portanto, que o juiz aceite essa realidade e procure atuar para controlá-la ao máximo, ao invés de ignorá-la, simplesmente acreditando que, por um “esforço de objetividade”, o seu julgamento será puramente técnico¹⁸.

¹⁴“É altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional (BENVINDO, 2014, p. 73).

¹⁵Para uma análise mais abrangente sobre as influências “intrínsecas à natureza humana do julgador”, cf. Fernandes, 2013, p. 101-123.

¹⁶ “Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais”. (BARROSO, 2012a; p. 396-397)

¹⁷ Barbosa Moreira (2005) discorre sobre diversos aspectos práticos presentes no julgamento colegiado que são capazes de alterar o seu rumo.

¹⁸ Essa, na verdade, é uma discussão que vai muito além do tema do estudo das decisões judiciais, alcançando todo o processo de conhecimento das ciências sociais. Sobre o tema, Michael Löwy (1994, p. 32) afirma que “Liberar-se por um “esforço de objetividade” das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar do pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas. Para se liberar destes “preconceitos” é necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais: ora, a sua principal característica é que eles não são considerados como tais, mas como verdades evidentes, incontestáveis, indiscutíveis”

Portanto, não bastasse a estreita diferença de votos para declarar uma lei inconstitucional, é inevitável constatar que a suposta inconstitucionalidade da lei *pode* decorrer de mero casuísmo.

Isto é, o ministro responsável por desempatar o julgamento tem os seus próprios valores ideológicos, sociais, e proferirá o seu voto conforme essas crenças, mesmo que inconscientemente, ainda mais se estiver diante de um caso que não possa ser decidido por meio da mera subsunção da norma ao fato, o que aumenta o campo discricionariedade judicial – e, normalmente, são justamente esses casos limítrofes, moral e politicamente complexos, que dividem opiniões a ponto de ocorrer o “6 a 5”.

Não se está dizendo, evidentemente, que a decisão vai ser mero fruto do acaso. Afinal o direito tem pretensão de imparcialidade e existem limites e critérios jurídicos e constitucionais para qualquer interpretação judicial. O direito continua existindo. Mas não se pode ignorar os fatores que *influenciam* o julgamento. E isso não representa, necessariamente, um defeito, pois é fruto da condição humana. É evidente que a pretensão de autonomia e neutralidade é o objetivo, mas a natureza humana não funciona de forma tão simples¹⁹.

Portanto, o que se pretende deixar claro é que a *consequência* – a declaração de inconstitucionalidade da lei – dessa influência – que pode ser maior ou menor a depender do caso – é muito significativa, quando um voto pode decidir o destino da lei.

Deve-se ressaltar que, entrelaçados aos fatores extrajurídicos que influenciam o juiz, se verificam também diversas complexidades que decorrem da interpretação das normas jurídicas, isto porque, por fatores diversos, há variadas situações que não conseguem ser satisfatoriamente resolvidas pelo direito por meio da simples aplicação literal de uma norma, ou mesmo situações em que as normas a elas relacionadas não possuem densidade, especificidade suficiente para serem aplicadas sem o discernimento do juiz.

¹⁹ Nesse sentido, Ambrosio (2012) busca analisar como a estrutura de personalidade do juiz influencia no seu julgamento, e de que forma a administração dessa circunstância pode ser utilizada produtivamente.

São os chamados “*hard cases*”, ou “casos difíceis”. São aqueles casos limítrofes, em que discussões jurídicas, políticas e morais se combinam ao ponto de permitir diferentes visões amparadas por justificativas “razoáveis”.

No “Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito”²⁰, a expressão é definida como “casos nos quais se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso, não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia”.

Luís Roberto Barroso (2012a, p. 386-388) identifica três aspectos que compõem esses casos difíceis: *i*) a existência de linguagem e cláusulas abertas nos textos jurídicos; *ii*) os desacordos morais razoáveis: a constatação de que pessoas “bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível”²¹ e *iii*) a existência de colisões de normas constitucionais, como o desenvolvimento nacional e a proteção ao meio ambiente, a liberdade de expressão e o direito de privacidade, etc.

Ou seja, são muitas variáveis existentes no contexto de decisão dos ministros para que apenas um voto de diferença seja capaz de determinar o destino de uma lei.

Cabe ainda uma última reflexão neste subtópico. Com uma diferença de um único voto entre a procedência e a improcedência da ação, sobretudo nos “casos difíceis” conceituados acima, a impressão que o tribunal transmite, enquanto instituição, é que nem os próprios ministros têm certeza se uma lei é constitucional ou não. A alta polarização verificada nas conclusões (seis para um lado e cinco para o outro) mostra que os ministros não alcançaram um consenso razoável. Ou seja, o tribunal não mostra segurança acerca da sua posição e, dessa forma, como será visto adiante, não deveria declarar a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo, sobretudo no controle abstrato de normas.

²⁰ ARNAUD, André-Jean (org.). Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 86

²¹ “[...] todos nós, mesmo de boa-fé, em algum momento discordamos sobre qual é o conteúdo de um direito, bem como sobre quais direitos temos” (LEITE e BRANDO, 2016, p. 136); “Falando de forma geral, o fato de que pessoas discordam sobre direitos não significa que tenha que haver uma parte do desacordo que não leve os direitos a sério [...]. Eu entendo que na maioria dos casos o desacordo é perseguido de forma razoável e de boa-fé. Os assuntos envolvidos são assuntos sérios, sobre os quais não é razoável esperar que haveria um consenso” (WALDRON, 2006, p. 1368)

3.2. A DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS NAS DECISÕES: FORMA AGREGATIVA DE DECIDIR DO STF

Em relação a esse problema, cabe uma observação inicial: não é a regra do quórum de maioria absoluta que causa o fenômeno da dispersão de fundamentos nas decisões dos ministros do STF, mas ela faz com que as consequências desse fenômeno sejam mais relevantes. Na sequência se explicará o porquê.

O termo “dispersão de fundamentos” foi utilizado primeiramente pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 92.566-SP²², ao referir-se ao julgamento do RE nº 466.343-SP e foi então objeto de análise amíúde por parte de Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando (2016). Os autores identificaram que, por meio da forma como o STF elabora os seus acórdãos, por vezes fica difícil descobrir até mesmo a *ratio decidendi* dos casos, isto é, a opinião majoritária da corte acerca de determinado assunto. Isto porque os ministros utilizam diferentes fundamentos para chegar a uma mesma conclusão. Ao final, essas conclusões individuais são somadas e se verifica qual a conclusão majoritária.

Segundo os autores, esse fenômeno ocorre por três razões mais diretas. A primeira – e mais relevante – é o fato de que a maioria decisória no STF, conforme o próprio Regimento Interno da corte (art. 173), é formada unicamente a partir da soma das conclusões (por exemplo, pela procedência ou pela improcedência) dos votos em um ou em outro sentido. Não se leva em conta a fundamentação utilizada para alcançar aquela conclusão.

Outro fator seria a causa de pedir aberta das ações de constitucionalidade: essa ideia orienta que, “uma vez admitido o processamento da ação, o STF tem ampla margem para analisar a questão de inconstitucionalidade” (LEITE e BRANDO, 2016, p.143). Ou seja, os ministros podem analisar a constitucionalidade da norma objeto de impugnação com base no seu confronto com qualquer norma constitucional – e não apenas com base na norma constitucional referida na ação. Essa amplitude de

²² "Houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram [...]. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO). O eminente Ministro MARCO AURÉLIO não perfilhou qualquer dessas orientações" (STF, 2008, p. 466-467).

análise também favorece a utilização de fundamentos diferentes, embora a corte já tenha limitado a aplicação do princípio no sentido de não admitir alegação de vício formal quando a ação tiver sido ajuizada com base em alegação de vício material e vice-versa.

O terceiro fator, de acordo com os autores, é a indeterminação relativa da Constituição, em razão de vagueza linguística, existência de diferentes métodos interpretativos, lacunas normativas, dentre outros.

A partir desse cenário, o problema para o qual os autores pretendem chamar atenção é o de que, havendo diferentes fundamentos em um julgamento, pode ser que nenhum deles alcance o número de “adeptos” necessário para realmente declarar a norma inconstitucional.

Imagine-se um cenário fictício em que, pela inconstitucionalidade, os ministros apontam os fundamentos A e B. Três ministros aderem ao fundamento A e três aderem ao fundamento B. Já pela constitucionalidade da lei se posicionam cinco ministros, todos utilizando o mesmo fundamento.

Nessa situação, portanto, não existe posicionamento forte o suficiente para declarar a lei inconstitucional, porque: com base no fundamento A, apenas três ministros entendem que a lei é inconstitucional. Com base no fundamento B, também apenas três ministros a entendem inconstitucional. Mas não existe nenhuma combinação em que, pelos mesmos motivos, seis ministros concordem que a norma é inconstitucional. Nessa situação, inclusive, o argumento pela constitucionalidade é mais forte que os argumentos pela inconstitucionalidade.

Não bastasse essa realidade, Leite e Branco (2016, p. 151-152) identificam que os ministros não dialogam entre si, para tentar amenizá-la:

[...] cada ministro decide isoladamente sem a preocupação de relacionar seu voto com o do relator ou de seu antecessor na própria sessão de julgamento, bem como com qualquer fundamento contido em outro pronunciamento. Por vezes, quando tais referências são feitas, elas são “superficiais, dispensáveis ou meramente elogiosas

Ao longo do artigo, os autores ainda identificam outros aspectos indesejáveis relacionados à forma agregativa de decisão do STF, mas o que nos importa em especial já foi ressaltado: a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de

uma norma sem que haja motivo real para tal. Sobre esse aspecto, eles afirmam que (LEITE e BRANDO, 2016, p.155):

[...] quando os ministros não conseguem alcançar um consenso em torno do fundamento da inconstitucionalidade, não devem pronunciá-la como resultado do julgamento. Admitir que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos de ministros, que não convencem nem mesmo os seus pares, podendo eventualmente resultar de interpretações idiossincráticas do texto constitucional, é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia

Outros autores já se manifestaram sobre a forma meramente agregativa com que o STF produz os seus resultados, como Luís Roberto Barroso²³ e Virgílio Afonso da Silva²⁴.

Agora perceba-se: se a ideia de declarar uma lei inconstitucional por um voto de diferença já é problemática por si só, ainda mais problemática se torna quando o fundamento desse voto sequer tem relação com o fundamento (ou os fundamentos) dos demais.

Pois bem.

Voltando ao assunto específico do quórum de decisão, afirmou-se no início do tópico que a dispersão de fundamentos não era causada pelo próprio quórum, mas que suas consequências seriam agravadas por ele. Isso ocorre justamente na medida em que, quanto maior o quórum, maior deverá ser o número de ministros que devem aderir a cada fundamento, dificultando a circunstância de que um fundamento apoiado por, por exemplo, dois ministros, seja determinante para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Elevando-se o quórum para 2/3 dos ministros (oito ministros), por exemplo, em um cenário com três fundamentos distintos, seria necessário que pelo menos dois desses fundamentos fossem apoiados por três ministros diferentes.

É verdade que a elevação do quórum não elimina a existência desse fenômeno. Para que isso aconteça, só mesmo mudando a forma de decisão da corte do modelo

²³ “[...] o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final” (BARROSO, 2012a, p. 404)

²⁴ cf. SILVA, 2008.

agregativo para o deliberativo. Ocorre que essa se trata de uma mudança muito mais profunda: não apenas no modo em que a corte terá que operar – os próprios Leite e Brando reconhecem que a adoção da regra de simples soma de votos provavelmente foi adotada por questões de operabilidade prática²⁵ – mas na forma como os ministros se relacionam entre si e como veem a atividade de julgamento colegiado.

Como mudança mais profunda, requererá mais tempo de amadurecimento e mesmo depois de madura, provavelmente não seria implantada de uma vez só vez, mas através de medidas paulatinas. Dessa forma, enquanto essa mudança não ocorre, a elevação do quórum de deliberação, apesar de “apenas” amenizar o fenômeno, surge como uma mudança menos drástica e de mais fácil implantação, visto que não impacta de forma tão significativa na operabilidade da corte.

3.3. A EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA DO STF E A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Essa constatação de que o STF tem uma posição de destaque no contexto democrático brasileiro não chama atenção apenas de cientistas políticos, sociais e juristas – que seriam os profissionais, digamos, mais diretamente interessados na atividade do tribunal, além dos próprios parlamentares e gestores públicos –, mas da própria sociedade civil, em geral.

Ainda que a sociedade possa não enxergar esse fenômeno com a profundidade – ou sob a ótica ora analisada –, é inegável que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição conhecida pelo povo. As pessoas sabem nomes de ministros componentes da corte, discutem no dia-a-dia as decisões de maior relevância e até mesmo dedicam o seu tempo para assistir a determinados julgamentos!

Esse interesse recente pelo STF decorre, também, da atenção que o tribunal tem recebido da mídia, talvez por perceber que é o STF que dá a “palavra definitiva” sobre muitos assuntos de grande interesse econômico, social, religioso, etc. A respeito do tema, pondera Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 442): “Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura”.

²⁵“A regra aqui analisada não é propriamente virtuosa ou perniciosa, visto que parece atender adequadamente a meta de operacionalizar as atividades da Corte” (LEITE e BRANDO, 2016, p. 143).

O referido autor destaca que, mesmo entre o “público especializado”, essa atenção vem crescendo (2008, p. 442): “Na academia, por sua vez, multiplica-se o número de trabalhos destinados a analisar os diversos aspectos da vida e da atuação do Supremo, seja nas faculdades de direito, seja nos programas de ciência política, sociologia, história, etc.”

A expressão mais recente e notável desse fenômeno talvez tenha ocorrido no julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (HC 152752), em abril de 2018, que não só foi acompanhado por milhões de pessoas em todo o país, como desencadeou diversas manifestações sociais a favor e contra a concessão do respectivo salvo-conduto²⁶, ao final não concedido.

Naquele momento, o tribunal tinha a perfeita noção de que, mais uma vez, embora atuando como tribunal recursal, a sua decisão teria forte impacto social, qualquer que fosse o seu sentido.

Um dos fatores que mais possibilitou essa “popularização” dos ministros e da atividade do STF foi a implantação, em 11 de agosto de 2002, da TV Justiça, canal coordenado pela própria corte. Por meio da TV Justiça, o público geral pode acompanhar os julgamentos do plenário do STF, nos quais são julgadas as ações de controle concentrado, por meio do quórum de maioria absoluta. É uma medida que, sem dúvidas aponta no sentido de dar legitimidade às decisões do nosso principal tribunal. Luís Roberto Barroso (2012a, p. 404) destaca que essa característica de transmissão ao vivo de julgamentos é um traço distintivo da deliberação do STF, “talvez sem outro precedente pelo mundo afora”.

Isto é, mais do que nunca, a atividade do tribunal pode ser “avaliada” pela opinião pública, o que se verifica como um bom exemplo de “materialização” da transparência que o Estado deve prestar ao povo, enquanto ente instituído por este, que, não se esqueça, é o titular da própria soberania exercida representativamente pelo Estado.

E é justamente dessa exposição midiática que, embora confira legitimidade à atuação do STF, surge uma enorme responsabilidade correlata: a de demonstrar que, enquanto corte máxima do país, dará uma resposta sólida e convincente acerca dos

²⁶Matéria publicada no portal Brasil de Fato. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2018/03/21/movimentos-incentivam-pessao-popular-no-stf-em-favor-do-habeas-corpus-de-lula/>> Acesso em 18/07/2018.

problemas postos à sua apreciação. Cada vez mais, diferentes setores sociais reagem a decisões do Supremo. E não só: agora, bem informados acerca das pautas de julgamento, manifestam suas opiniões e pressões antes mesmo dos julgamentos²⁷.

Ocorre que, por meio do quórum de maioria absoluta, e observados todos os obstáculos expostos nos tópicos anteriores, essa capacidade de convencimento fica comprometida. Ora, se os próprios ministros discordam asperamente entre si (inclusive sobre situações alheias aos processos²⁸), não se comunicam da maneira adequada antes de decidir, utilizam fundamentos divergentes e, ao final do julgamento, decidem por um voto de diferença, como esperam passar uma imagem de segurança quanto à decisão tomada?

Pela precisão da análise, vale fazer nova menção a Luís Roberto Barroso (2012a, p. 406), quando afirma que

Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer outra autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão

O próprio autor, no entanto, ressalta que os tribunais não são, evidentemente, escravos da opinião pública e, por vezes, a decisão juridicamente correta não é a mais popular (2012a, p. 407).

Mas perceba-se que, nos casos em que o tribunal precisa sustentar uma decisão impopular, a “consistência” da opinião da corte é ainda mais importante, afinal a motivação das decisões tem mais importância para quem é contrariado. Isto é, se a decisão conseguir convencer o “perdedor” de que a sua pretensão realmente não

²⁷Interessante caso é o da ADPF 293, que questiona a “obrigatoriedade de diploma ou de certificado de capacitação para registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício das profissões de artista e técnico em espetáculos de diversões”, ainda pendente de julgamento, que e movimentou artistas famosos e socialmente influentes de todo o país em defesa da obrigatoriedade de obtenção de diploma ou certificado de capacitação – sem essa exigência, artistas amadores e profissionais seriam equiparados.

²⁸Matéria publicada no portal Jusbrasil, relatando discussão entre dois ministros. Disponível em <<https://oab-ma.jusbrasil.com.br/noticias/1020278/briga-entre-ministros-coloca-atuacao-do-supremo-em-discussao>> Acesso em 12/07/2018.

merece prosperar, terá atingido elevado grau de sucesso, em termos de pacificação social²⁹.

Quando se transporta essa situação para o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, em que não há lide concreta e, portanto, vencedores e perdedores propriamente ditos, não há dúvidas de que um dos destinatários da pretensão de convencimento da decisão será a sociedade civil, até porque, de regra, ela será alcançada pelos seus efeitos. Por “motivação da decisão”, nesse caso, pode-se entender a opinião institucional da corte acerca da matéria objeto da ação direta.

3.4. OS ÂMBITOS DE DISCUSSÃO RELACIONADOS AO QUÓRUM DE MAIORIA ABSOLUTA

Uma vez contextualizado o cenário em que o STF pratica o controle de constitucionalidade no Brasil e apontados os problemas que decorrem de forma mais imediata da aplicação do quórum de maioria absoluta, deve-se, agora, identificar as três vertentes que orientarão a investigação acerca da coerência e da conveniência da elevação do quórum necessário para declaração de inconstitucionalidade: *i)* a Cláusula de Reserva de Plenário, instituto do qual se extrai o próprio quórum de maioria absoluta, sendo portanto, uma regra decisória; *ii)* a presunção de constitucionalidade que acompanha todas as leis, desde o momento em que nascem, e como ela deve ser utilizada no nosso ordenamento para que tenha valor efetivo e *iii)* a atividade do legislador, fruto da representação política, que por sua vez, encontra fundamento na soberania popular e, teoricamente, traduz em leis a vontade do povo

Todos esses aspectos se relacionam com a adequação do quórum de decisão de inconstitucionalidade de maneiras diferentes, mas, ao mesmo tempo, também se conectam.

Em razão disso, é necessário o seguinte esclarecimento: algumas vezes, durante o trabalho, se retomará conceitos já discutidos em pontos anteriores.

Por exemplo, a cláusula de reserva de plenário, como se verá, tem como fundamento o próprio princípio de presunção de constitucionalidade; a presunção de constitucionalidade se relaciona com a representação política (e a soberania/vontade

²⁹“If we want to justify a decision-procedure in these circumstances of controversy, we must understand that we are doing it not as an academic exercise, but in order to confer some legitimacy on the decision in the eyes of people who would otherwise bitterly oppose it” (WALDRON, 2014, p. 717).

popular), na medida em que a própria condição de agentes públicos que os representantes políticos têm faz concluir que os atos praticados por eles devem presumir-se constitucionais, etc.

O que muda é o foco da análise. No capítulo destinado à Cláusula de Reserva de Plenário se buscará fazer uma análise do instituto enquanto regra prática, instrumento concretizador do princípio da presunção de constitucionalidade, justamente para identificar se a sua atual definição sustenta a sua teoria.

No capítulo destinado à presunção de constitucionalidade, a análise será mais abrangente, pois buscará identificar qual a real relevância desse princípio para a ordem constitucional brasileira, de forma a dar-lhe coesão.

Já no capítulo destinado à representação política e soberania popular, como já sugere o título, a discussão ganhará contornos mais sócio-políticos, voltados à análise da (in)adequação do quórum enquanto reflexo do equilíbrio entre os Poderes, principalmente entre o Legislativo e o Judiciário. São, pois, diferentes maneiras de abordar assuntos que se entrelaçam.

4. O PAPEL DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A denominada Cláusula de Reserva de Plenário encontra-se presente no nosso ordenamento jurídico por meio do art. 97 da Constituição Federal de 1988, que determina que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Relaciona-se, portanto, com o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais brasileiros, pois estabelece que uma lei só poderá ser invalidada, seja com efeitos concretos ou abstratos, se votarem nesse sentido ao menos a maioria dos membros do tribunal ou órgão especial competente, quando existente.

A seguir se demonstrará circunstâncias importantes relacionadas à concepção desse instituto e dos fundamentos que o justificam.

4.1. EVOLUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

A cláusula de reserva de plenário foi introduzida no direito brasileiro por meio da Constituição de 1934 (SILVA, J. A., 2014, p. 53) e, desde então, tem recebido tratamento semelhante em todas as Constituições posteriores (FOLADOR, 2015, p. 18). É dizer, sua natureza se conservou, mantendo-se a exigência do voto da maioria absoluta dos magistrados do tribunal para tornar possível a declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina aponta que o seu surgimento teria ocorrido nos Estados Unidos, onde recebeu a denominação de “*full bench*”, justamente em razão da alusão a uma “corte cheia” para julgar os casos em que se discutia a constitucionalidade de uma disposição normativa. Nesse país, no entanto, a regra foi formada por evolução jurisprudencial, que criou o hábito de sempre adiar o julgamento dos processos envolvendo alegações de inconstitucionalidade, em razão da relevância da matéria, até que todos os membros da corte estivessem presentes.

Nos Estados Unidos, portanto, a observância da reserva de plenário constitui mera “regra de conveniência e não uma obrigação constitucional. E, embora

geralmente aceita e observada, cada tribunal a estabelece e regula, de acordo com sua própria discricção” (BITTENCOURT, 1997, p. 44).

Assim também observa Saul Tourinho Leal (2010): “Nos Estados Unidos a previsão de quórum para os julgamentos da Suprema Corte não está na Constituição, mas no regimento da Corte. É que os juristas americanos entendem que inserir na Constituição dispositivos relativos ao quórum necessário para deliberação da Suprema Corte poderia resultar num engessamento para os trabalhos judiciários”.

A natureza jurídica da cláusula, para Bittencourt (1997, pág. 45) – comentando, à época, o art. 200 da Constituição de 1946, cuja redação era semelhante à do art. 97 da Constituição de 1988 – seria de condicionante da eficácia jurídica da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Não se trataria de uma regra de competência, portanto, nem de uma limitação (“fixação”) do quórum dos tribunais para o julgamento das questões de inconstitucionalidade.

A Constituição apenas condicionaria a validade do julgamento ao número mínimo de votos correspondente à maioria absoluta do órgão julgador competente. Dirley da Cunha Jr. (2013, p. 314) e Celso de Mello (STF, RE 488.033, Min. Celso de Mello, DJ de 19.10.06) adotam esse mesmo entendimento.

Didier Jr. e Cunha (2016, vol. 3, p. 671), contudo, classificam a regra do *full bench* como efetiva regra de competência funcional, já que o desrespeito à atribuição de julgamento por parte do plenário ou órgão especial do tribunal implica incompetência absoluta.

Percebe-se, na verdade, que as classificações propostas por esses autores possuem enfoques diferentes e não são incompatíveis. Pelo contrário, podem até mesmo complementar a compreensão acerca do papel do instituto.

O instituto foi adotado com o objetivo primordial de fazer com que todos os membros de uma corte se posicionassem acerca de uma alegação de inconstitucionalidade surgida em um processo³⁰. Daí a denominação de “reserva de

³⁰ Embora a cláusula de reserva de plenário, da forma como introduzida na ordem constitucional brasileira, não *garanta* que todos os magistrados estarão presentes à sessão para manifestar-se – já que apenas exige um *número de votos mínimo*, e não um comparecimento total –, a regra indiscutivelmente aponta nesse sentido. A presença de todos os membros do tribunal é “medida muito louvável”, nas palavras de Lúcio Bittencourt (1997, p. 47), enquanto que, para Fábio Carvalho Leite (2012, p. 100-101), a atribuição do controle de constitucionalidade ao “todo” do tribunal constitui a própria “base de legitimidade” da cláusula.

plenário”, pois a cláusula determinava justamente uma reserva, uma exclusividade de atribuição ao plenário do tribunal, que é o seu órgão máximo. Se, dentre todos os membros, a maioria se posicionasse a favor da incompatibilidade com a Constituição, ela poderia ser declarada.

E essa exigência de quórum qualificado tem como base o fundamento principal da cláusula de reserva de plenário: o princípio de presunção de constitucionalidade das leis. Embora seja objeto de capítulo próprio a seguir, convém, para a adequada compreensão da atual análise, conceituar brevemente tal princípio.

Em passagem esclarecedora, assevera Dirley da Cunha (2013, pág. 225):

A supremacia da Constituição conduz à exigência de que toda norma jurídica seja produzida a partir dos parâmetros formais e materiais nela delineados. Isso significa, em última análise, que as normas jurídicas infraconstitucionais devem conformar-se com a Constituição, resultando daí a existência de sua constitucionalidade. E a *exigência de constitucionalidade*, decorrente da supremacia constitucional, sugere a ideia de que todas as normas jurídicas *presumem-se* constitucionais, ou seja, em conformidade com a Constituição (grifos do autor)

Como se pode ver, a presunção de constitucionalidade das normas é uma decorrência da própria forma sob a qual foi concebida a ordem constitucional brasileira. Da ideia de “supremacia constitucional” se extrai a noção de que o ordenamento legal, hierarquicamente inferior à Constituição, deve se adequar a ela, material e formalmente. Então, para que o próprio Estado possa funcionar, a adequação (constitucionalidade) tem que ser a regra e a inadequação (inconstitucionalidade) a exceção.

Deve-se supor que, ao editar as leis, o Legislativo pelo menos *envide esforços* para criar uma lei em consonância com o sistema.

Essa presunção só poderá ser desconstituída por meio do mecanismo do controle de constitucionalidade, já delineado no capítulo 2.

É nesse momento que ela deve ganhar seu valor prático, já que os tribunais deverão seguir a orientação de que, na dúvida, se decidirá pela constitucionalidade da lei. Claro, se o julgador não tem certeza acerca de qual decisão tomar, dentre duas possíveis, mas em favor de uma existe uma presunção, essa deverá ser a escolhida. Então os julgadores não deverão invalidar leis, seja em um caso concreto, seja de

forma genérica, “sem que primeiro se lhes demonstre a mácula de inconstitucionalidade *insanável*” (BONAVIDES, 2001, pág. 248, grifo nosso).

Da mesma forma, havendo várias possibilidades de interpretação de uma norma, deverá ser escolhida “aquela que não contrarie o texto constitucional, mas que procure equacionar a investigação compatibilizando a norma legal com o seu fundamento constitucional” (CUNHA JR., 2013, p. 226).

Sendo assim, a exigência do voto da maioria da totalidade dos membros de uma corte privilegiaria esse princípio na medida em que impediria que “em matéria tão importante pudesse prevalecer a ‘maioria’ efêmera ou precária do tribunal” (BITTENCOURT, 1997, p. 50).

Atualmente, no entanto, a análise das questões de inconstitucionalidade não precisa mais, obrigatoriamente, ser exercida pelo pleno dos tribunais. Isto porque, em 1977, a EC 07/77, então alterando a Constituição de 1967/69, determinou que, nos tribunais com mais de 25 membros, fosse criado um órgão especial, que substituiria a competência do plenário para esse fim³¹.

Como se nota da leitura do art. 97 da CFRB/88, essa regra foi mantida até hoje, não obstante, conforme o atual art. 93, XI, a constituição do órgão especial seja uma *faculdade* dos tribunais com mais de 25 membros. Esse órgão terá, de acordo com o regimento interno da corte, entre 11 e 25 julgadores.

Também no STF, mais diretamente relacionado à nossa análise, o controle de constitucionalidade, embora ainda seja competência do plenário da Corte Suprema, não precisa ser realizado na presença de todos os ministros. O art. 22 da Lei nº 9.868/1999 determina que, para que se possa tomar decisões a respeito de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis, devem estar presentes na sessão

³¹ Art. 144. Os Estados organização a sua justiça, observados os artigos 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes: [...] V - nos Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores **será** constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre seus grupos ou seções; (grifo nosso)

de julgamento pelo menos *08 (oito)* ministros. No mesmo sentido dispõe o art. 143, parágrafo único, do Regimento Interno do STF.

4.2. A CLÁUSULA CUMPRE A FUNÇÃO A QUE SE PROPÕE?

À primeira vista, não há dúvidas que de que a reserva de plenário foi uma ideia concebida para servir como importante *instrumento prático* da defesa da presunção de constitucionalidade das leis, afinal, para que a inconstitucionalidade fosse declarada, a decisão nesse sentido deveria ter sido debatida por todos os membros da corte, e assim atingir-se-ia a certeza da inconstitucionalidade e a segurança da decisão.

É justamente na última conclusão do parágrafo anterior que reside o problema. Será, mesmo, que o quórum de maioria absoluta, reflexo da regra do *full bench*, confere essa segurança aos julgamentos de inconstitucionalidade?

A resposta não deve ser positiva. A referida cláusula é responsável, como já demonstrado no capítulo 3, por um relevante problema do controle de constitucionalidade no Brasil: a existência de decisões colegiadas, no âmbito do STF, decididas pela diferença de um voto.

Se bem pensado, a regra chega a ser incongruente: ora, ela foi concebida como corolário do princípio da presunção de constitucionalidade, mas não é capaz de efetivamente garanti-lo em um julgamento colegiado. Como visto acima, o principal desdobramento prático da presunção de constitucionalidade das leis é que, em sendo possível, em existindo dúvida razoável, optar-se-á por manter a norma no ordenamento.

Um “placar” de 6x5, no Supremo, em favor da inconstitucionalidade de uma norma, demonstra o que senão uma dúvida? A noção de violação *inequívoca* cai por terra com esse cenário. Afinal, se cinco julgadores, num universo de 11, entendem que uma lei é *compatível* com a Constituição, essa interpretação não pode ser considerada nem ao menos *razoável*?

Se se retomar, ainda, a discussão de que esse voto decisivo (assim como todos os demais) pode ser influenciado por diversos fatores extrajudiciais, como os valores pessoais do juiz, a interação com forças políticas, a perspectiva de cumprimento de suas decisões, etc. (cf. tópico 3.1), chega-se à conclusão de que a própria razão de ser da Cláusula de Reserva de Plenário vale muito pouco.

O questionamento quanto ao quórum relacionado à Cláusula do *Full Bench* foi feito durante o próprio processo de elaboração da Constituição de 1934 – a que conferiu a essa regra o *status* constitucional.

Como conta Fábio Carvalho Leite (2012, p. 96), o jurista João Mangabeira, membro da subcomissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934, ressaltou ser contrário “à inconstitucionalidade [...] numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 contra”, justamente em razão da ausência de legitimidade de uma maioria apertada.

Entretanto, não só as críticas de João Mangabeira não tiveram força suficiente para alterar o texto final da Constituição (que terminou adotando o quórum de maioria absoluta), como a “regra de ‘simples maioria absoluta’, adotada pela Constituição de 1934, foi mantida nas Constituições de 1937, 1946 e 1967/69, sem ter despertado na doutrina qualquer reflexão crítica sobre o ponto levantado por João Mangabeira” (LEITE, 2012, p. 99), o que teria gerado um grau elevado e irrefletido de legitimidade ao instituto.

Dentre os motivos pelos quais a “doutrina” referida por Fábio Leite considerou *suficiente* esse quórum de maioria absoluta, pode-se imaginar o próprio cenário do controle de constitucionalidade no Brasil, à época.

Com efeito, a instituição da cláusula, a nível constitucional, representou um avanço significativo na importância dada à apreciação de matérias constitucionais: saiu-se de um contexto normativo em que a declaração de inconstitucionalidade poderia ocorrer sem maiores exigências – por qualquer órgão fracionário de um tribunal e por qualquer maioria – para um contexto em que apenas o plenário, órgão máximo dos tribunais, e apenas pelo voto de sua maioria absoluta, estaria autorizado a fazê-lo.

O efeito positivo, justificado com base no prestígio à presunção de validade das leis, pode ter reduzido a importância da discussão quanto à suficiência da solução adotada. Talvez por essa razão autores como Lúcio Bittencourt³² e Pontes de

³² “[...] a Carta de 1946 adotou princípio equilibrado e louvável, que, atendendo aos reclamos da função jurisdicional em sua plenitude, acautela o interesse do Estado, preservando-o contra os efeitos maléficos de uma declaração de inconstitucionalidade baseada em simples maioria eventual” (BITTENCOURT, 1997, p. 51).

Miranda³³ tenham considerado esse quórum como a materialização ideal da supremacia constitucional e do interesse público.

Mas hoje o nosso sistema de controle de constitucionalidade é muito mais complexo e abrangente do que o sistema existente na época de introdução da cláusula do *full bench*. Somente a título de exemplo, a Constituição de 1934 sequer previa um mecanismo de controle abstrato, pela via direta, das normas consideradas inconstitucionais. Apenas havia o controle concreto de normas. Ou seja, mesmo as decisões do STF possuíam efeitos apenas *inter partes*.

Na mesma esteira, as próprias noções de Estado e de democracia mudaram substancialmente, principalmente com a evolução do chamado Estado Constitucional de Direito, a partir da Segunda Guerra Mundial. É somente após esse período que as constituições passam a ser reconhecidas como documentos dotados de direta e efetiva força normativa, de acordo com a qual todo o ordenamento deve se conformar.

Enquanto em 1934 predominava uma noção de Estado Legislativo de Direito, em que “a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador” (BARROSO, 2012a, p. 365), em 2018 encontra-se plenamente consolidada a ideia da supremacia das constituições, “com a incorporação explícita em seus textos de valores (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e opções políticas gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a obrigação de o estado prestar serviços na área da educação e saúde)” (CUNHA JR., 2013, p. 39/40).

A partir daí, as relações entre Poderes mudam, tornando-se mais dinâmicas e intensas, e o controle de constitucionalidade alcança novo patamar.

É, pois, nesse contexto atual – principalmente no contexto de um controle de constitucionalidade forte e abrangente – que se deve olhar para a Cláusula de Reserva

³³ “O constituinte brasileiro evitou fáceis julgamentos de inconstitucionalidade (art. 179) e, tendo invertido os dados do problema, pondo o interesse público antes do interesse privado, a missão do juiz é pugnar pelo que mais lhe cabe defender: o programa e convicção da Constituição de 1934” (MIRANDA, Francisco Pontes de. Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil - Tomo II. Rio [de Janeiro]: Guanabara Waissman Koogan, p. 549)

de Plenário, para analisar se da sua observância decorre uma decisão sólida, capaz de refletir bem o princípio constitucional que lhe dá causa.

E a situação limítrofe do 6x5 (ou mesmo a situação do 7x4) permitida pela cláusula expõe, em verdade, incerteza. Como consequência, a “evidência” da inconstitucionalidade fica comprometida. O tribunal não fornece uma resposta sólida, consistente, mas uma resposta que deixa aparente a sua falta de acordo, o que, no exercício do controle abstrato de normas, gera efeitos significativos.

Essa falta de acordo era justamente o que procedimento previsto no art. 97 da CFRB/88 deveria evitar. O tribunal fornece uma resposta convincente a ponto de desconstituir a presunção de constitucionalidade quando apresenta uma opinião institucional coesa; e essa coesão é expressada, objetivamente, através do número de votos do tribunal em um mesmo sentido. Salvo na hipótese de ocorrência de uma dispersão de fundamentos muito irradiada, o número de votos é o recurso por excelência, em um julgamento colegiado, para demonstrar convergência de opinião e, portanto, segurança e legitimidade.

Por fim, é necessário fazer uma breve análise acerca da relação entre o quórum definido pelo art. 97 da CRFB/88 e a segurança jurídica.

Se, no controle concreto, a relação entre maioria apertada e insegurança jurídica é facilmente identificável, por facilitar a chamada jurisprudência oscilante, no abstrato esse problema também existe – embora não com a mesma intensidade –, em razão do reconhecimento da mutação constitucional.

Esse fenômeno se relaciona com a possibilidade de alteração informal do sentido das normas constitucionais, conforme o passar do tempo e a mudança das realidades sociais, econômicas, etc. Assim, uma mesma norma infraconstitucional pode ter a sua constitucionalidade em tese aferida mais de uma vez, quando se alegar que o sentido das normas constitucionais que serviram como parâmetro ao seu controle foi modificado.

Não se pode esquecer, ainda, dos julgamentos – quando envolverem controle de constitucionalidade concreto – de recursos repetitivos e recursos com repercussão geral reconhecida, que criam precedentes com força vinculante.

A exigência de um quórum maior evitaria que, depois de algum tempo, circunstâncias pontuais como a mudança de entendimento de um ministro ou a

mudança de apenas um ministro na composição da corte pudessem alterar precedentes consolidados ou mesmo o posicionamento acerca da constitucionalidade de uma lei.

Sobre essa questão, Waldron (2014, p. 1698/1699) pondera:

O assunto pode ser decidido pela regra de maioria em um ano, mas os juízes da Suprema Corte vêm e vão, e partidários esperam que a maioria apertada em um sentido, quanto a determinado assunto, possa ser revertida para a maioria apertada no outro sentido. Então, por exemplo, desde 1973, tem sido um traço importante da política presidencial tentar garantir indicações judiciais para a Suprema Corte – considerando a maioria apertada – que irão ou assegurar (por enquanto) ou superar *Roe vs Wade* [o caso em que a Suprema Corte reconheceu o direito ao aborto nos Estados Unidos]. A matéria está sempre na ponta da faca e os defensores da possibilidade de escolha [do aborto] têm perfeita consciência de que uma ou duas indicações conservadoras podem perturbar o “equilíbrio de 5 a 4” em que eles se baseiam (tradução livre).

O mesmo raciocínio se aplica para o tempo transcorrido entre o momento em que o tribunal julga os pedidos liminares das ações de controle concentrado e o momento em que julga o seu mérito definitivamente.

Decerto, portanto, que a elevação do quórum cria entendimentos mais sólidos, e mais difíceis de serem superados em situações como essas.

Em razão de todos esses motivos, a conclusão a que se chega é que a Cláusula de Reserva de Plenário não consegue realmente desempenhar as funções para as quais ela foi concebida.

5. A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Como já ressaltado algumas vezes no decorrer deste trabalho, as normas editadas pelo Estado, sejam através do Legislativo ou do Executivo, possuem presunção de constitucionalidade. Isto é, possuem a presunção de estarem de acordo com a Constituição.

Essa presunção de validade das leis decorre do princípio da supremacia da Constituição, que “significa que a constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 227). A supremacia constitucional conduz, portanto, “à exigência de que toda norma jurídica seja produzida a partir dos parâmetros formais e materiais nela delineados” (CUNHA JR., 2013, p. 225) e, portanto, deve-se presumir que ela é produzida conforme a exigência.

O Estado de Direito, vinculado à noção de respeito às normas e aos direitos fundamentais – o governo das leis, e não dos homens –, só pode se sustentar – ou seja, o “sistema” só funciona – se se tomar como ponto de partida a constitucionalidade das leis, a sua integração com o ordenamento, e não a sua inadequação. Esta tem que ser a exceção.

Mas não é só isso: essa presunção decorre também da ideia de que o Estado, fruto da própria ordem constitucional, não criará normas jurídicas para desrespeitar a Constituição, mas, pelo contrário, para efetivá-la e para expandir os valores e programas nela consolidados. Não é razoável supor que o Legislador vai, intencionalmente, produzir uma lei incompatível com o sistema.

Atento a essa ideia, Luís Roberto Barroso (2015, p. 231) ressalta:

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais

Além de os agentes públicos e os Poderes serem legitimados pela Constituição, é importante ressaltar que, antes de uma lei entrar em vigor, o seu texto passa, em mais de um momento, por juízos de constitucionalidade. Por exemplo, os parlamentares contam com assessores jurídicos para ajudá-los no desempenho de suas atividades. Então, mesmo que o parlamentar não possua conhecimento específico em direito, suas propostas de lei e sua atuação no Congresso serão

amparadas por uma análise técnica, no âmbito da qual se insere, evidentemente, a análise de constitucionalidade das propostas que fizer.

Além disso, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado possuem comissões permanentes com a atribuição específica, dentre outras, de opinar sobre a constitucionalidade dos projetos de lei e de emendas constitucionais que tramitam no Congresso. São as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e encontram-se previstas no Regimento Interno³⁴ de cada uma das Casas. São, portanto, verdadeiros mecanismos internos de aferição da compatibilidade dos projetos de lei/emenda com a Constituição

Por fim, o Presidente da República ainda poderá vetar os projetos de lei enviados para sua sanção, se considerá-los inconstitucionais, na forma do art. 66, § 1º, da CFRB/88.

Assim, fica claro que o fato de não haver controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo, no Brasil, não significa que os projetos de lei não tenham a sua constitucionalidade examinada antes de serem sancionados.

Até porque não cabe apenas ao Poder Judiciário interpretar a Constituição (e todas as outras normas do nosso ordenamento). É verdade que a esse Poder é conferida a interpretação final, a famigerada “última palavra”, mas não a exclusividade de interpretação das normas.

Aliás, em uma sociedade, não apenas o Estado interpreta as normas, mas todo aquele que se encontra sob o seu império. Nesse sentido aponta a democratização da interpretação da Constituição, defendida por Peter Häberle (2014, p. 28):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição

Veja-se que, nem que seja para evitar as sanções atribuídas às normas, os indivíduos têm que determinar o seu sentido³⁵. Por isso, “é impensável uma

³⁴As atribuições da comissão da Câmara dos Deputados encontram-se no art. 32, III, do seu Regimento Interno. Já as atribuições da comissão do Senado encontram-se no art. 101 do seu Regimento Interno.

³⁵ “Mas também os indivíduos, que têm – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas” (KELSEN, 1998, p. 245).

interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas” (HÄBERLE, 2014, p. 28).

Então cabe, naturalmente, aos Poderes responsáveis por produzir as normas jurídicas, fazer uma leitura da Constituição e adequar aquelas a esta³⁶, assim como é natural que potências políticas e sociais, no exercício da sua interpretação constitucional, influenciem, através de meios formais e informais, nesse processo de produção legislativa.

Lúcio Bittencourt (1997, p. 91), corroborando esse entendimento, pondera que “ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada”.

Essa presunção é relativa, evidentemente, e por meio do mecanismo do controle de constitucionalidade é possível desconstituí-la. Em razão da existência dessa presunção de constitucionalidade, os juízes e tribunais devem adotar critérios interpretativos que prestigiem a lei, sempre que arguidas de inconstitucionais. Os principais critérios são os seguintes:

a) as leis só poderão ser declaradas inconstitucionais se houver motivo relevante para tal, o suficiente para desconstituir os fundamentos que a tornam, em princípio, válidas.

É por isso que se aponta que, para se declarar uma lei inconstitucional, a violação à Constituição deve ser evidente e inequívoca. Isto é, deve ser facilmente identificável da sua análise comparativa e deve estar acima de “dúvida razoável”. Por meio de mera conjectura de infringência à Constituição não se deve ignorar, deixar de aplicar ou invalidar leis nascidas de procedimentos legítimos (BONAVIDES, 2001, p. 248).

³⁶ “Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la” (BARROSO, 2015, p. 232)

Então o magistrado, ou o tribunal, só devem considerar a lei inconstitucional quando sentirem “clara e profunda convicção” da incompatibilidade entre a lei e a constituição.

E não pode ser diferente. Uma declaração de inconstitucionalidade, especialmente, tem efeitos muito abrangentes. A decisão do STF no exercício do controle concentrado gera, por exemplo, repercussões sociais, econômicas, religiosas, além de, inevitavelmente, repercussões políticas, já que se está analisando um ato normativo produzido por outro Poder.

É dizer, na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade, que é beneficiada pela presunção.

b) se o conflito puder ser resolvido com base em outro fundamento, não se deverá invalidar a lei. Ou seja, o exame de constitucionalidade tem que ser realmente necessário ao desfecho da causa.

Esse desdobramento, contudo, parece ter mais sentido para o controle concreto, que não é o nosso foco principal, afinal no controle abstrato a declaração de inconstitucionalidade é o próprio objetivo do processo. Não existe um conflito concreto. Já no controle concreto, existe, e a questão de constitucionalidade é vista como prejudicial a um fim diverso que a parte pretende alcançar. Daí a possibilidade de se encontrar outros argumentos para que se alcance esse fim.

c) existindo mais de uma possibilidade de interpretação da norma, o tribunal deverá escolher aquela que esteja em conformidade com a Constituição. É dizer, só se deve declarar a inconstitucionalidade quando não houver jeito de interpretar a norma de forma constitucional. Embora não deixe de ser um desdobramento do princípio da presunção de constitucionalidade, a doutrina frequentemente lhe atribui caráter de princípio autônomo.

A interpretação conforme só é legítima, porém, quando existir a possibilidade de mais de uma interpretação daquela norma objeto do controle, havendo interpretações em conformidade e em desconformidade com a Constituição, caso em que as interpretações em conformidade devem ser preferidas (CUNHA JR., 2013, 226).

Veja-se o exemplo da ADI nº 4274, em que o STF (2012), por unanimidade, julgou procedente o pedido feito pela Procuradoria Geral da República no sentido de

realizar “interpretação conforme a Constituição do art. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou qualquer de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

O art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 atribui pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa a quem induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

Entre a interpretação que considera manifestações públicas em defesa da legalização como o crime visto acima e a que não considera, o STF entendeu que a interpretação que não considera é a que está em conformidade com a Constituição, porque a outra resultaria em afronta os direitos fundamentais de reunião e de livre expressão de pensamento.

Vale lembrar que a Lei nº 9.868/1999, por meio do seu art. 28, parágrafo único, adotou expressamente a interpretação conforme a Constituição como “*técnica de decisão*” no controle abstrato de constitucionalidade, conferindo importante densidade ao princípio da presunção de constitucionalidade.

É importante frisar, ainda, que não se deve associar a expressão “presunção de constitucionalidade” com “presunção de vigência”, como parece fazer Bittencourt (1997, p. 95/96). A lei, quando formalmente elaborada segundo os parâmetros constitucionais e legais, é dotada força obrigatória e de imperatividade, devendo ser cumprida, de regra, até que o tribunal a declare inconstitucional.

Isso não significa que a lei, materialmente, seja válida, porque se o seu conteúdo for incompatível com a Constituição, será inválida, inconstitucional, desde o seu nascimento, mas gerará efeitos até que nesse sentido se posicione o tribunal³⁷.

Então não se deve extrair essa ideia do princípio da presunção de constitucionalidade, que deve ser entendido, eminentemente, como um critério de interpretação no momento do julgamento da constitucionalidade de uma norma.

³⁷ Para melhor compreensão da diferenciação entre os conceitos de validade, eficácia e vigência, cf. Mazzuoli (2009, p. 115-120).

5.1.DELIMITAÇÃO DA FORÇA E DO ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: COMO ELA DEVE SER UTILIZADA PARA QUE POSSUA VALOR EFETIVO?

O princípio da presunção de constitucionalidade, como visto, possui suas bases na própria ordem normativa constitucional do nosso Estado. A dinâmica constitucional de separação de poderes, criação de leis e controle de constitucionalidade só consegue sobreviver harmonicamente se as leis carregarem consigo a presunção de que nascem válidas e de que o legislador movimentou as suas estruturas, direcionou os seus esforços, para que assim fosse.

Em razão disso, o próprio Poder Constituinte, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de elaborar ferramentas que buscassem garantir essa ideia na prática: o Poder Constituinte instituiu a Cláusula de Reserva de Plenário, como visto no capítulo anterior, e à doutrina e à jurisprudência coube a tarefa de desenvolver a presunção de constitucionalidade como critério de interpretação do controle de constitucionalidade, nos moldes delineados no tópico acima.

Ocorre que, nem a Cláusula de Reserva de Plenário, nem o critério de interpretação são suficientes para garantir a observância do princípio da presunção de constitucionalidade, mesmo que sejam aplicados simultaneamente.

Como já se mostrou, no STF, diversas ações de controle abstrato de normas são decididas por um voto de diferença. A nossa corte suprema, como órgão contramajoritário³⁸ por essência – isto é, sua legitimação deriva menos do princípio majoritário e mais dos argumentos que motivam as suas decisões – possui apenas 11 (onze) ministros e, atualmente, para que uma lei seja declarada inconstitucional, basta que apenas 6 (seis) ministros se posicionem dessa maneira. É o que se extrai do art. 97 da Constituição, que exige voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

Essa é uma maioria que parece não se sustentar, nem interna nem externamente, em confronto com o princípio ora analisado.

Externamente, a maioria absoluta encontraria diversos problemas quanto à sua legitimidade, já que representaria uma maioria precária anulando um ato normativo

³⁸Expressão utilizada por Alexander Bickel (1963, p. 16-23) para se referir à forma como as cortes exercem o controle de constitucionalidade, em comparação ao caráter representativo dos parlamentos, pois constituídos de membros eleitos, que decidem por maioria.

aprovado por órgãos representativos (LEITE, 2013, p. 95) ou o voto de um homem que prevalece sobre todas essas entidades representativas, que votaram. (LEITE, 2013, p. 96). É nesse contexto que o "órgão contramajoritário" se insere com aspecto problemático. Essa discussão será explorada no próximo capítulo.

Já sob o ponto de vista interno: quando 6 ministros votam pela inconstitucionalidade, significa que 5 ministros votaram pela constitucionalidade. Então onde é que está a certeza da inconstitucionalidade, nesse caso? A certeza que *deve* estar presente para que o tribunal a declare?

A ideia que a corte passa, nessas situações, é, acima de tudo, a de falta de acordo interno e, portanto, a de dúvida. Se há dúvida razoável, a orientação do princípio da presunção de constitucionalidade é que não se invalide a lei objeto do controle.

Veja-se que não se está falando aqui de uma dúvida "de pouca relevância", presente, digamos, apenas no voto de um ou dois ministros. Se está falando em uma dúvida que divide a corte praticamente meio a meio. Então certamente ela pode ser considerada, ao menos, razoável.

Ao retomar-se brevemente a discussão acerca dos fatores extrajurídicos que influenciam no resultado de um julgamento, explorada no segundo capítulo do trabalho, se percebe que esse contexto de dúvida interna se agrava. Vejamos:

A decisão dos ministros é influenciada por circunstâncias como: os seus valores pessoais e a sua ideologia, a interação com forças e pressões políticas, a perspectiva de cumprimento das decisões do tribunal, a opinião popular (hoje tão mais intensa do que nunca), entre outros.

Além disso, as arguições de inconstitucionalidade que chegam ao Supremo envolvem, não raro, discussões morais delicadas³⁹, o que dá espaço para os chamados "desacordos morais razoáveis", isto é, a constatação de que pessoas, mesmo bem intencionadas, divergem frontalmente de opinião sobre certos temas (como o alcance de uma norma, por exemplo). E isso não escapa aos juízes. Nesses

³⁹ Por exemplo, a ADPF 54, que discutiu descriminalização da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, ou a ADI 4.439, que discutiu a possibilidade de haver ensino religioso confessional em escolas públicas.

casos, o campo de discricionariedade conferido aos juízes é maior, e ele será preenchido por meio de um juízo de valor.

O campo de discricionariedade também é grande quando se lida com princípios constitucionais, cuja abrangência fática é extensa, e com elementos indeterminados de linguagem.

Esses fatores aumentam a imprevisibilidade e diminuem a objetividade racional e puramente técnica das decisões judiciais, mas, em grande parte, esses fatores decorrem da própria natureza humana e operam até mesmo inconscientemente.

Não se pode esquecer, ainda, que, para a formação do acórdão no STF, os argumentos dos votos não são considerados, apenas a sua conclusão, o que dá espaço à já referida dispersão de fundamentos. Assim, para que uma lei seja declarada inconstitucional, os ministros não precisam concordar, necessariamente, com os argumentos dos seus pares, mas apenas concluir no mesmo sentido.

Não por outro motivo, Fábio Leite (2016, p. 155) avalia que admitir “que a presunção de constitucionalidade seja superada com base na mera soma de votos de ministros, que não convencem nem mesmo os seus pares, podendo eventualmente resultar de interpretações idiossincráticas do texto constitucional, é fazer pouco caso da importância da experimentação numa democracia”.

É verdade que o princípio da presunção de constitucionalidade serve como critério de interpretação para os ministros, isto é, eles só devem se posicionar pela inconstitucionalidade quando, basicamente: *i)* ela for inequívoca e *ii)* não houver forma de interpretar a norma conforme a Constituição. Os magistrados não devem deixar seguir essas orientações. Esse critério de interpretação deveria, em tese, amenizar as incertezas de uma declaração de inconstitucionalidade proferida por um voto de diferença.

Mas não é exatamente isso que acontece na prática. Isto porque, se bem percebido, essas noções são manipuláveis de acordo com a própria posição do ministro. Se o ministro se posicionar pela constitucionalidade da lei, ele vai afirmar que, naquele caso, a seu ver, a inconstitucionalidade não é inequívoca e que é possível interpretar a lei de forma constitucional (ou isso estará implícito no seu voto). Se ele se posicionar pela inconstitucionalidade, essa valoração será inversa.

Então esses entendimentos podem se adaptar às posições tomadas pelos ministros, ainda que eles não tenham tido efetiva influência no seu processo de tomada de decisão. Será muito raro um juiz decidir afirmando que "embora ele ache a norma inconstitucional, não vai se posicionar nesse sentido, porque não está seguro de que essa inconstitucionalidade esteja acima de qualquer dúvida razoável".

Os juízes utilizam diversos outros critérios de interpretação e diversos outros princípios (gerais e específicos para o caso) – além de serem influenciados por todos os fatores extrajurídicos que acabamos de relembrar – no processo de construção da sua opinião sobre a constitucionalidade da norma. Essas duas características (inconstitucionalidade inequívoca e impossibilidade de interpretação conforme), então, entram nessa “mistura” e acabam por ter muito pouco valor prático.

E isso é tão verdade que, analisando a mesma lei, os ministros chegam a diferentes – e opostas – conclusões acerca da evidência da constitucionalidade e da possibilidade de interpretação conforme.

Como exemplo, analise-se o que ocorreu no âmbito das ADCs nº 43 e 44 (BRASIL, 2016)⁴⁰, na oportunidade da apreciação do pedido liminar: as ações tinham por objetivo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, para impedir a execução da pena após a condenação em segunda instância.

Ao votar, o ministro Edson Fachin entendeu que “é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição” (2016, p. 48). Então, embora tenha votado pela constitucionalidade do artigo, propôs uma “interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias”.

Já o ministro Celso de Mello entendeu que a Constituição Federal estabelece “*em texto inequívoco*” a presunção de inocência até o trânsito em julgado (BRASIL, 2016, p. 236). Ressaltou que posição contrária representaria “*preocupante inflexão hermenêutica*”, que retardaria o avanço da concretização das liberdades fundamentais do país (2016, p. 222). Para ele, portanto, a única possibilidade de

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 18/07/2018.

interpretação conforme do art. 283 do CPP seria a que considera a execução provisória "frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado" (2016, p. 244).

O ministro Barroso, por sua vez, se posicionou no sentido de que "o princípio da presunção de inocência, como o nome sugere, é um princípio, e não uma regra. A característica dos princípios é que eles podem ser ponderados com outros princípios, com outros valores constitucionais que têm a mesma estatura da presunção de inocência" (BRASIL, 2016 p. 56).

Para citar um último voto, o ministro Lewandowski ressaltou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que, antes do trânsito em julgado, a presunção de inocência prevalece. E concluiu: "Eu não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão claro, tão taxativo" (BRASIL, 2016, p. 178).

Ou seja, da análise do mesmo artigo do Código de Processo Penal, os ministros chegaram a interpretações inconciliáveis entre si. Então, mesmo existindo todos os critérios hermenêuticos associados ao princípio da presunção de constitucionalidade, como se afere a sua observância numa situação dessas?

Bittencourt já admitia, em 1949, a dificuldade em se definir, em termos precisos, conceitos como "inconstitucionalidade manifesta" ou "isenta de dúvidas". Para ele, nós "sentiríamos" o seu significado (1997, p. 116).

Enfim, todas essas circunstâncias, de uma forma ou de outra, contribuem para o enfraquecimento de uma opinião institucional adequada da corte, para uma resposta sólida aos casos que lhe são submetidos. E quando se permite que todas essas particularidades convirjam em um único voto decisivo, se lhes confere um peso que não deveriam ter. Não há como deixar de pensar que foi 6x5, mas poderia ter sido "5x6".

É nesse contexto que a elevação do quórum de deliberação, no STF, aparece como forma de repensar o princípio da presunção de constitucionalidade, dando-lhe valor efetivo. É uma solução na busca por uma resposta mais sólida da Corte Suprema, baseada em argumentos fortes o suficiente para evidenciar a inconstitucionalidade, já que a diferença de um voto no julgamento não representa essa evidência.

E isso porque o quórum de deliberação, em um julgamento colegiado, é um instrumento objetivo importante para se aferir a capacidade de convencimento e, portanto, a força dos argumentos utilizados pelos ministros.

É com base nessa ideia que Roderick Hills (2002, p. 59) considerando os juízes da Suprema Corte americana como “politicamente iguais”, afirma que:

[...] assumir qualquer regime como politicamente igualitário significa que os argumentos que convencem o maior número de aderentes são os melhores argumentos. Onde a igualdade política reina, o peso dos números é considerado como o melhor parâmetro disponível para medir a qualidade de um argumento. [...] juízes são politicamente iguais: nós avaliamos a qualidade do argumento contando narizes (tradução livre)

Assim, a elevação do número de votos mínimo para se declarar uma lei inconstitucional revela-se uma medida pertinente e eficiente para garantir que só com base em “argumentos de qualidade suficiente” essa invalidade será reconhecida. Como referido no capítulo anterior, o número de votos é o recurso por excelência, em um julgamento colegiado, para demonstrar convergência de opinião e, portanto, segurança e legitimidade.

Nesse ponto é necessário fazer uma observação: é claro que a presunção de constitucionalidade não deve ser utilizada de forma absoluta. Como o STF decide, ao mesmo tempo, questões jurídicas, políticas, econômicas, sociais, morais, etc., nas quais existe confronto de diversos conceitos abertos, é *“difícil não achar um argumento, por simplório que seja, que não sustente a presunção de constitucionalidade de uma lei e, por consequência, a exigência de uma interpretação conforme a constituição”*, conforme observa Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 196).

Isso é verdade. Mas não é qualquer argumento isolado em favor da lei que será capaz de “salvá-la”. Em um tribunal, o que se almeja é o consenso. Então, em uma situação em que existem 10 interpretações contra uma, realmente se verifica que a interpretação divergente não tem relevância. Existe um consenso do tribunal. Mas quando há, dentre 11, 5 interpretações (ou mesmo 4) favoráveis à lei, percebe-se uma cisão entre *duas* interpretações razoáveis. Não existe consenso no tribunal.

É justamente essa soma de votos que, em princípio, impede que uma interpretação “forçada ou arbitrária” do texto da lei possa ser capaz de impedir a declaração da sua inconstitucionalidade. Então não é qualquer “faísca de

constitucionalidade”, como sugere o autor, que anulará um argumento sólido a favor da inconstitucionalidade.

E sendo assim, a presunção de constitucionalidade não se torna um aspecto trivial, uma barreira ou um “trunfo” (termo utilizado pelo autor) a favor de qualquer argumento pela constitucionalidade da lei. É preciso que ele tenha relevância.

Isso nos permite concluir que não se trata de declarar a inconstitucionalidade somente quando não houver argumentos em sentido contrário, mas de garantir que a decisão pela inconstitucionalidade seja uma decisão segura e sólida da corte, institucionalmente falando.

Como o próprio autor defende (2006, p. 196), esse é um problema de sopesamento. Por isso, no contexto de um controle abstrato de normas, em que os resultados de um julgamento são tão abrangentes, a inconstitucionalidade, para ser reconhecida, tem que ser embasada por argumentos convincentes ao ponto de superar não só os possíveis argumentos concretos a favor da constitucionalidade, mas também a ideia geral de presunção de constitucionalidade daquela lei.

Esse sopesamento será (ou deverá ser) realizado por cada ministro, que, além de se guiar pelas orientações clássicas que decorrem da presunção de constitucionalidade, deverá aplicar o princípio ao contexto específico relacionado àquela lei. É que esse princípio, assim como qualquer outro, não tem um peso pré-definido e homogêneo em relação a todas as leis. Isso vai variar conforme as circunstâncias expostas na ação, como, por exemplo: os direitos constitucionais envolvidos, os impactos sociais, econômicos, a maneira como a lei foi elaborada, etc⁴¹.

É nessa parte que os critérios interpretativos e de ponderação devem exercer toda a sua força. Mas a resposta convincente do tribunal só estará presente se, ao final, um número expressivo de ministros, depois de percorrer todo esse caminho,

⁴¹ Aqui recomenda-se a leitura do interessante artigo de Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento (2013), que expõem uma visão “graduada” do princípio da presunção de constitucionalidade. “A tendência atual é a de se conceber a presunção de constitucionalidade de forma graduada e heterogênea, de acordo com diversas variáveis. Ela será mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas por outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo” (2013, p. 148).

chegar à solução “inconstitucionalidade”. E por “expressivo” deve-se entender, fundamentalmente, “expressivo em relação à posição contrária”.

Esse número expressivo é o número suficiente para vencer os argumentos concretos em sentido contrário e a própria presunção de constitucionalidade. A homogeneidade de entendimento (ou de conclusões no mesmo sentido, pelo menos), nesse caso, é suficiente para representar a solidez que a corte precisa para retirar a eficácia de uma lei.

Quando, dentre 11 ministros, 8 entendem que os argumentos a favor da inconstitucionalidade devem prevalecer, se percebe essa expressividade.

Já na situação em que há 6 ministros votando pela inconstitucionalidade e 5 pela constitucionalidade, com argumentos igualmente contundentes, o que se nota é que o argumento dos 6 é suficiente para vencer os argumentos concretos em sentido contrário, mas não a ideia geral de presunção de constitucionalidade.

Deve-se ter em mente que o voto da maioria absoluta, em situações gerais, resulta em um critério democrático e justo para tomar decisões, mas somente quando as alternativas de resposta estão em condições neutras, de igualdade. Não é o caso do controle de constitucionalidade, em que a resposta "constitucionalidade" possui uma presunção a seu favor.⁴²

Partindo desse ponto de que as respostas possíveis em um controle de constitucionalidade não se encontram em um mesmo patamar inicial, se não se adotar a elevação do quórum de declaração de inconstitucionalidade – ou outra solução que privilegie, mas não de forma excessiva, a manutenção das leis no ordenamento – qual valor prático terá o princípio da presunção?

Se, nos juízos de primeira instância, monocráticos por natureza, a estima à presunção de constitucionalidade só pode ser feita por meio desse esforço interpretativo, nos órgãos colegiados, não. Nos órgãos colegiados é possível aferir-se

⁴² Para uma análise mais aprofundada acerca dos motivos que levam à adoção da regra de maioria e da adequação da sua utilização no âmbito do Poder Judiciário, cf. Waldron, 2014. “The Nebraska rule mentioned in Part I invites us to abandon neutrality, at least in cases of judicial review of legislation: instead of being neutral between the claim that a given statute is constitutionally invalid and the claim that it does not violate the constitution, Nebraska operates instead with a presumption of constitutionality. That is the default position unless a supermajority (at least five judges out of seven) can be assembled. It is by no means a silly position” (p. 1719-1720).

objetivamente essa estima, com base na opinião institucional da corte, representada pela soma de votos paritários.

E, na medida em que a soma de apenas 6 votos não garante adequadamente essa deferência, a forma de garanti-la é aumentando o quórum necessário à declaração de inconstitucionalidade.

Note-se que o princípio nem precisa aparecer como fundamento direto dos votos dos ministros, porque ele se refletirá no próprio placar da votação.

Assim, sem dúvidas, se confere um valor prático muito mais adequado à importância do princípio da presunção de constitucionalidade – se este for um valor que nós queiramos realmente considerar...

6. SOBERANIA POPULAR E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Para definirmos o conceito de soberania popular, é necessário antes analisar o próprio conceito de soberania. A soberania é um conceito essencialmente político, pois relacionado ao exercício fático, verificável na prática, de um poder.

Historicamente, entretanto, se verifica um grande esforço para delinear-lo juridicamente, ou seja, para criar uma *teoria jurídica* em torno da soberania. Constatando esse cenário, Dalmo Dallari (2005, p. 79-81) apresenta diferentes óticas de análise da soberania. Em termos puramente políticos, seria "o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências". Sob esse aspecto, a soberania seria um poder de fato absoluto, que possui meios para se impor.

De uma perspectiva puramente jurídica, continua o autor, seria "o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito". Ou seja, de acordo com Kelsen (1998, p. 235), uma "ordem [normativa] suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior".

Miguel Reale, cita Dallari, concebeu a soberania como um conceito que deveria conjugar aspectos sociais, jurídicos e políticos. Assim, a definiu como "o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência".

É só no fim da Idade Média que esse conceito de soberania amadurece, em razão das disputas entre senhores feudais e reis por autonomia e independência e, mais tarde, entre os reis e o imperador e o papa. Nesse momento se identifica mais

claramente a oposição de uma unidade de poder a forças externas, uma característica fundamental para a soberania.

É, pois, quando esse conceito de autonomia e independência ganha *status* supremo que a noção de soberania ganha relevância. Como ressalta Dallari (2005, p. 78), foi Jean Bodin, provavelmente em 1576, que se procurou desenvolver primeiramente um conceito de soberania. Ele definia a soberania como um poder absoluto e perpétuo. Absoluto porque não haveria leis, cargos nem outro poder para limitá-lo, e perpétuo porque a soberania não pode ser exercida "com um tempo certo de duração, sob pena de converter-se em mera "guarda do poder".

De todas as formas de se abordar a soberania, o que se percebe é que se trata de um poder absoluto que se traduz tanto interna quanto externamente. Internamente para fazer valer a sua vontade e externamente por não se sujeitar a nenhuma ordem superior.

A partir de 1648, com a celebração dos tratados referentes à chamada Paz de Westfália, essa soberania foi consensualmente reconhecida como característica dos Estados.

Nessa linha, a soberania popular corresponde à atribuição da titularidade desse poder supremo ao povo existente no território em que ele é exercido.

A ideia da soberania popular exerceu grande influência durante as revoluções burguesas, principalmente a Revolução Francesa, em que se combateu os privilégios de monarcas e aristocratas, classes que se beneficiavam da noção teocrática da soberania então vigente, a de que o poder soberano seria conferido por Deus ao próprio príncipe.

A ideia de soberania que estimulou a burguesia francesa a romper com a ordem aristocrática foi fortemente baseada na obra de um filósofo: Jean-Jacques Rousseau. A Rousseau é atribuído o pioneirismo na concepção do povo como titular da soberania.

Segundo Chalita (2008, p. 284-285), o filósofo, adepto da chamada "corrente do contratualismo", entendia que o homem era bom por natureza, mas que as interações sociais, aos poucos, despertaram nele paixões e vícios e criaram desigualdades, pois uns começaram a se destacar em relação a outros. Já nesse contexto de desigualdade:

Os ricos [...], percebendo que eles próprios eram os que mais tinham a perder com a guerra, idealizaram um projeto que empregava em seu favor as forças daqueles que os atacavam: um *contrato social*. Prometendo paz, justiça e segurança para todos e garantindo que manteriam seus bens, os ricos enganaram os grosseiros e ingênuos (CHALITA, 2008, p. 286)

É a partir desse momento que surge o Estado, através de um contrato social feito pelos homens, para evitar um cenário de guerra. Para legitimar esse contrato, segue explicando Chalita, o corpo político surgido desse contrato deve ser “um todo, uma unidade orgânica, com vida e vontade próprias” (CHALITA, 2008, p. 286). Essa vontade do corpo político deveria ser a vontade geral, que não seria a simples soma das vontades individuais, mas a vontade comum, o interesse público. Cada cidadão deveria pensar no que seria melhor para a coletividade, e não para si.

Como observam Chueiri e Godoy, de uma perspectiva mais jurídica, (2010, p. 5), "*o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos*". Ou, nas palavras de Barroso (2015, p. 334), "Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional".

Aqui no Brasil, esse cenário pode ser bem exemplificado pelo processo constituinte de 1987/1988, em que o povo brasileiro, além de eleger diretamente os parlamentares responsáveis por formar a Assembleia Constituinte, pôde participar ativamente da construção do texto constitucional, através da proposta de emendas populares, de audiências públicas, sugestões a serem enviadas por meio de formulários ao Congresso, etc. Esse tipo de processo aberto ao povo ajuda a conferir legitimidade à Constituição.

Na sua teoria, Rousseau acreditava que essa vontade geral era inalienável, ou seja, o povo deveria deliberar diretamente sobre o conteúdo da sua vontade geral. Assim, afirma Diogo Pires Aurélio (2010, p. 10) que “o resultado do contrato é, expressamente, um corpo moral e colectivo, composto de tantos membros quantos votos tem a assembleia, o qual recebe desse mesmo acto a sua unidade, o seu eu comum, a sua vida e a sua vontade”.

Nas sociedades modernas, entretanto, em razão de sua alta complexidade e dinamicidade, da pluralização dos interesses sociais, da substancial ampliação do

conceito de "cidadão" e da mudança de entendimento acerca do papel do Estado na vida dos cidadãos, o governo direto do povo pelo próprio povo, isto é, uma democracia direta, se torna uma utopia, uma tarefa irrealizável.

É por isso que a vontade soberana inicial, que concebe a Constituição, prevê, nas sociedades contemporâneas, a forma como ela continuará a ser exercida, agora nos moldes dessa ordem constitucional: em geral através da atuação dos representantes políticos eleitos para o Parlamento⁴³. É comum que a representação política seja conjugada com momentos de exercício da democracia direta, como plebiscitos e referendos, mas a regra da manifestação da vontade popular é, sem dúvidas, a representação.

Instituída essa ordem constitucional, a representação popular, política, ganha juridicidade e legitimidade. A democracia passa a ser delimitada pelo direito, e ambos “estabelecem um relacionamento dialético que encontra sua síntese na lei votada pelo parlamento” (CAMPILONGO, 1985, p. 35).

Nesse novo cenário normativo, a representação política, a partir de uma análise prática, passa a ser a própria forma de expressão da vontade popular soberana, pois tem a responsabilidade de traduzi-la e dar-lhe operacionalidade. É só por meio dessa representação que o conjunto de identidade e vontade comuns deixa de ser uma simples abstração e passa a poder decidir e agir enquanto todo (AURÉLIO, 2009 apud TORRENS, 2012, p. 152).

Em uma sociedade complexa, em que o governo do povo pelo próprio povo é inviável, a representação popular é o mecanismo por excelência para fazer a ligação entre o povo e o Estado que ele mesmo concebeu, e para permitir que a vontade popular consiga atingir o estado de “bem comum” que ela almeja. A democracia, como regime de governo em que o povo governa a si mesmo, e a representação passam a manter uma relação íntima.

Mendes (2008b, p. 82-83) identifica que é possível enxergar a representação até mesmo como um aperfeiçoamento da democracia direta, afinal, por meio dela, se favorece uma deliberação política prospectiva, a longo prazo, que não fica refém de atos de vontade orientados apenas pelo "presentismo".

⁴³Celso Campilongo (1985, p. 35) afirma que a representação política tem sido, tradicionalmente, o instrumento constitucional de ligação entre a política e o direito.

Sendo assim, o princípio da soberania popular se manifesta tanto quando o povo diretamente produz as leis como quando “elege aqueles que agem em seu nome e sob sua vigilância imediata” (CARNEIRO, 2007, p. 30).

Mas, uma vez tendo o povo optado pelo sistema da representação, é esse sistema que vai, por meio da interpretação da vontade geral, legitimar o ordenamento jurídico. “Soberania popular, primado do Parlamento, sufrágio universal e processo eleitoral desempenham a função – teórica, prática e retórica – de legitimação social e política” (CAMPILONGO, 1985, p. 30).

Vale lembrar que, no Brasil, a Constituição de 1988 adota expressamente esse tipo de organização política, ao prever, no parágrafo único do seu art. 1º, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

6.1.A IMPORTÂNCIA DA “ESCOLHA DO LEGISLADOR” PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PARA A DEFINIÇÃO DO QUÓRUM DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Para os fins pretendidos por esse trabalho, essa busca pelas bases da relação entre soberania popular e representação política tem um objetivo claro: chamar atenção para o fato de que, como legítimo representante da vontade popular, as decisões tomadas pelo legislador, transformadas em lei, devem ser levadas em conta no momento em que o tribunal julga a sua constitucionalidade.

Isto é, o caminho seguido pelo legislador tem que ser respeitado pelo tribunal, porque é uma tradução legítima, em teoria, da vontade geral e, portanto, a decisão política almejada pela comunidade.

Por outro lado, em uma democracia constitucional, o princípio majoritário – essa fonte do poder político – se conjuga com a supremacia constitucional e a necessidade de respeito aos direitos fundamentais das pessoas. Assim, em muitas ordens constitucionais contemporâneas, é permitido ao Poder Judiciário revisar as leis que são postas em vigor pelo Legislativo, justamente para proteger o povo de caminhos ilegítimos porventura tomados pelo legislador, que não é perfeito (longe disso).

Daí porque Ronald Dworkin (2002, p. 36) distingue “política” de “princípio”. Enquanto a política seria “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, o princípio seria um

padrão a ser observado, "não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".

Para o autor (2001, p. 101), o tribunal deve tomar decisões de princípio. Ou seja, "decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional". E essa possibilidade de revisão judicial assegura que as questões mais importantes da moralidade pública serão debatidas com argumentos de princípio, e não apenas de poder político (2001, p. 102). Por isso ele denomina o tribunal como "o fórum do princípio".

É que a vontade majoritária, expressa pelo sistema político, encontra limites na própria Constituição, que deve ser entendida como o conjunto de normas que essa própria vontade majoritária – e soberana – entendeu que não deveria ser contrariado, por meio do processo legislativo ordinário.

A respeito dessa dinâmica, ponderam Chueiri e Godoy (2010, p. 160):

Vale dizer, o povo não somente se autoimpõe certas normas, mas exige que elas sejam respeitadas (GARGARELLA, 1996, p. 127-132); daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como normativa ordenadora da sociedade (GARGARELLA, 1996, p. 127-128), na medida em que é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, assim vinculando ambos

O que não pode passar despercebido é que, mesmo conduzido pela necessidade de preservação da Constituição, o Poder Judiciário estará analisando a atividade de outro Poder. E de um Poder que representa justamente a vontade do povo, base da democracia. Ao Poder Judiciário é conferida uma possibilidade de restringir a atividade do Poder Legislativo e, num contexto de separação de poderes, essa possibilidade deve ser excepcional.

No julgamento abstrato de constitucionalidade, principalmente, devem ser confrontadas a supremacia constitucional, a soberania popular e a separação de poderes, e o STF não pode confundir o controle de constitucionalidade das normas com o controle da atividade do Legislativo ou da conveniência de suas decisões. O caminho adequado do controle de constitucionalidade não passa por substituir os julgamentos legislativos substantivos pelos julgamentos do tribunal, como assinala o próprio Dworkin (2001, p. 100-101).

Em alguns casos, a análise da compatibilidade, de um ponto de vista técnico, entre uma norma legal e a Constituição não traz maiores problemas. É o exemplo das inconstitucionalidades formais (que ocorrem com vício de iniciativa, por exemplo) ou de uma norma que contrarie frontalmente o texto constitucional (imagine-se uma lei estadual que determine uma religião oficial para esse estado, impedindo a manifestação de outras).

Contudo, nos casos complexos, cujas características já foram abordadas por nós, a decisão do legislador, enquanto manifestação política, tem que ser considerada. Como reconhece Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 196): "a decisão do legislador tem, entre outras coisas, um peso argumentativo forte, principalmente em casos complexos, em que as incertezas fáticas e normativas sejam grandes".

Esse peso argumentativo deriva não só da ideia de que o Poder Legislativo realiza um juízo sobre a constitucionalidade do seu trabalho, mas também, como observa Mendes (2008b, p. 83), do fato de que o Parlamento possui, "numa escala incomparável em relação à corte", a capacidade de coletar informações, de obter avaliações técnicas sobre diferentes pontos de vista e de ponderar interesses variados, fazendo, para tanto, concessões e compromissos.

Sendo assim, também sob o aspecto sócio-político, é questionável a declaração de constitucionalidade quando não amparada em premissas sólidas, em certezas do STF.

Sobre esse ponto, Leite e Brando (2016, p. 155) constata com precisão que

[...] os casos difíceis do direito moralmente carregados podem colocar os ministros diante de verdadeiros dilemas cujas fronteiras entre o justo e o injusto, o proporcional e o desproporcional, o razoável e o irrazoável, não se identifiquem com facilidade. Nesses casos, desacordos morais razoáveis podem emergir e justificar a conclusão de que a inconstitucionalidade da norma objeto do controle é até mesmo duvidosa.

Nessa perspectiva, quando a inconstitucionalidade não se apresentar clara, o STF deve agir com prudência, sob pena de substituir a decisão política de um Poder representativo pela decisão política de um órgão contramajoritário.

Alexander Bickel (1963, p. 19), ao se referir a essa "dificuldade contramajoritária" enfrentada pelas cortes, explica que o poder conferido às instituições representativas de elaborar políticas, nascido do processo eleitoral, é o

traço distintivo do sistema democrático. Na sua visão, o controle de constitucionalidade opera na contramão dessa característica, já que os seus.

A Constituição dá margem, por vezes, a mais de uma interpretação do seu texto. Dessa forma, quando a interpretação feita pelo Legislativo for *razoável*, mesmo que não coincida com eventual interpretação do Judiciário, ela não deve ser desqualificada.

Mas aqui ocorre um problema semelhante ao que se verifica com a presunção de constitucionalidade. A utilização do respeito à obra do legislador e da prudência que deve resultar da separação de poderes não é suficiente enquanto mero critério de interpretação conforme a Constituição. Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 203) pontua com acerto: "o respeito ao legislador aqui é mero lugar-comum. O tribunal, na verdade, dá a *sua* interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com aquilo que o *próprio tribunal*, e ninguém mais, acha que é constitucional" (grifos do autor).

É aí que a modificação do número de votos necessário à declaração de inconstitucionalidade se revela, novamente, pertinente. Aumentar o quórum para declaração de inconstitucionalidade significa exatamente que o Supremo terá que ser mais prudente para invalidar uma lei produzida pelo Congresso, simplesmente porque, se não alcançar o número de votos correspondente a uma maioria qualificada, a lei não será declarada inconstitucional. E quando alcançar, terá chegado a um nível de consenso bem mais convincente que o exigido atualmente.

Trata-se, dessa maneira, de buscar um maior equilíbrio entre o esforço feito pelo Legislativo para colocar uma norma em vigor e o esforço feito pelo Judiciário para declará-la nula, quando for o caso.

Sobre essa questão, reflete Waldron (2015, p. 1725-1726):

[...] no fim das contas, nada além de números determina como a Suprema Corte, que é supostamente um "fórum de princípios", produz as suas decisões. Estatísticas não deixam de ser estatísticas somente porque os números são menores e os votantes usam togas. Que 5 votos vencem 4 é tão cru e estatístico quanto a proposição de que 218 votos vencem 217 na Casa dos Representantes

Aqui no Brasil as circunstâncias são semelhantes. Enquanto a produção de leis decorre da atividade de um órgão representativo composto por 594 agentes públicos (513 na Câmara dos Deputados e 81 no Senado), o STF, com apenas 11 agentes públicos, pode invalidar esse trabalho.

Para a aprovação de uma lei ordinária federal, por exemplo, será necessária a maioria de, pelo menos, 257 deputados e a maioria de 41 senadores, após o projeto de lei passar por comissões temáticas em cada uma das Casas. Concluída a tramitação no Congresso, o Presidente ainda poderá exercer um juízo de constitucionalidade e vetar o projeto de lei. No entanto, uma vez promulgada, basta que 6 ministros entendam que a lei é inconstitucional para que ela seja retirada do ordenamento, mesmo que haja entendimento contrário de outros 5 ministros.

Claramente o peso atribuído às deliberações de cada um dos Poderes possui medidas diferentes. A expressividade do número de votantes no Congresso, considerando a relevância da representação política para a democracia, merece um contrapeso maior que o voto de desempate de apenas um ministro do STF.

Foi por isso que, no capítulo anterior, se afirmou que o quórum de maioria absoluta não se sustentava externamente. Porque ele, no contexto democrático, não garante um "argumento de qualidade", típico de um "fórum de princípios", para derrubar uma lei.

É claro que não se procura defender uma noção ingênua da relação entre soberania popular e representação política, utilizada, não raro, pelos próprios representantes políticos para acobertar exercícios arbitrários de poder e satisfação de interesses pessoais. Não é possível se afastar da dimensão prática da democracia, isto é, da forma como os Poderes funcionam no dia-a-dia, bem diferente da forma consagrada em teorias constitucionais e democráticas.

A "tradução" da vontade popular não é simples como na teoria. A teoria que explica o fenômeno da representação política pretende dar-lhe legitimidade jurídica, mas na realidade ele é dinâmico, é um fluxo constante que circula entre dois polos: o da unidade social, representado pelo Estado e o da fragmentação, diversidade e pluralidade, representado pela Sociedade (ARAUJO, 2009, p. 55).

Por isso, "limitar o debate sobre a correlação desses temas – democracia, legitimidade e direito – a um referencial dogmático e afastado da realidade da sociedade industrial significa abortar as perspectivas de uma abordagem apta a estabelecer parâmetros analíticos adequados à observação de um mundo marcado por clivagens e complexidades crescentes" (CAMPILONGO, 1985, p. 30).

Apesar de tudo isso, não se pode reduzir esses fatores de legitimação, como é a soberania popular, à insignificância. O atual modelo de julgamento abstrato de inconstitucionalidade parece seguir essa linha, não conferindo o prestígio adequado a um dos princípios fundantes do ordenamento jurídico brasileiro.

6.2. ANÁLISE DA SITUAÇÃO ATUAL DO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL E DOS REFLEXOS NA RELEVÂNCIA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA.

Ao se abordar o presente tema, não há como deixar de contemplar uma realidade do nosso tempo, que poderia servir para desqualificar a soberania popular e a representação política como argumentos pertinentes à elevação do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade: a existência de uma crise de representatividade do Poder Legislativo.

É verdade que o nosso Congresso não funciona como deveria.

A falta de identificação entre o Poder Legislativo e os eleitores ocorre quando os interesses dos representantes não mais representam os interesses dos representados, de forma continuada e sistêmica.

Esse descompasso ocorre, no sistema representativo, quando o Estado não consegue absorver a quantidade de demandas veiculadas pelos cidadãos e se agrava quando existe a constatação de ciclos viciosos no Poder Público, com mau uso das verbas públicas (DIAS, 2004, p. 244). Se agrava porque essa constatação cria "efeitos deletérios" no engajamento cívico. Ou seja, em razão da descrença, se estimula o abandono, pelos cidadãos, da vida política. (BONIFÁCIO e RIBEIRO, 2016, p. 07). Ele se volta para a viabilização do seu próprio interesse e acaba se conformando com a miséria da política (DIAS, 2004, p. 244).

Esse parece ser o caso do Brasil. A impressão é a de que essa sensação se encontra enraizada na consciência do brasileiro médio. O descrédito atribuído ao Congresso, hoje em dia, deriva muito mais dos escândalos de deputados e senadores corruptos do que da atividade parlamentar em si.

Isto é, deriva de uma noção geral de má conduta dos representantes políticos brasileiros. E essa noção geral se associa à noção de ineficiência quanto à atuação em favor dos interesses do povo e do Estado. Ora, se os políticos estão mais preocupados em satisfazer interesses pessoais, eles não se dedicam adequadamente à satisfação dos interesses públicos e não desempenham corretamente o seu papel.

Não por outro motivo, a corrupção, em resultado de pesquisa popular, alcançou, em 2017, o posto de maior preocupação dos brasileiros, ficando à frente de temas que dizem respeito à qualidade de vida básica da população, como a saúde e a segurança⁴⁴. Outra pesquisa popular apontou que 55% dos brasileiros atribuem a culpa pela realidade brasileira aos eleitores que votaram em políticos envolvidos em escândalos de corrupção⁴⁵.

Bonifácio e Ribeiro (2016, p. 24) citam uma investigação realizada por Rennó e Ames no contexto das eleições presidenciais de 2010. O objetivo foi identificar

[...] o quanto as discussões sobre o aborto e sobre os escândalos de corrupção, envolvendo uma ministra de governo próxima à candidata do Partido dos Trabalhadores (PT) à Presidência em 2010, a poucas semanas do primeiro turno, alteraram as intenções de voto. Os autores utilizam dados de pesquisa de painel com três pontos no tempo (abril, setembro e novembro) e observam que as discussões sobre o aborto pouco alteraram as preferências eleitorais entre os três principais candidatos à Presidência – Marina Silva, Jose Serra e Dilma Rousseff –, mas que os escândalos de corrupção tiveram um forte impacto

Por que é importante ressaltar isso? Porque, em uma democracia, embora tenham a missão de atuar em defesa da vontade popular, que os elegeu, os representantes políticos não são meras máquinas unicamente destinadas a instrumentalizar todos os interesses do povo em leis.

Como ressaltava Dias (2004, p. 240), a relação entre representantes e representados é marcada pela independência parcial, sendo esse um princípio do governo representativo identificado por Bernard Manin. Isto é, a vontade popular sempre vai ser intermediada por uma *tradução* feita pelo representante, acerca do seu real significado, mas os representantes "não estão constrangidos a receber instruções de seus eleitores ou agir conforme a vontade explícita destes últimos" (DIAS, 2004, p. 240). Essa concepção existe porque, uma vez eleitos, os representantes passam a buscar a concretização do interesse comum, e não apenas a do interesse dos seus eleitores.

⁴⁴ Pesquisa referida em matéria publicada no portal Valor Econômico. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/5241743/corruptao-e-principal-tema-para-62-dos-brasileiros-traz-pesquisa>> Acesso em 14/07/2018.

⁴⁵ Pesquisa referida em matéria publicada no portal Época Negócios. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/12/epoca-negocios-pesquisa-traz-percepcao-saturada-da-corrupcao.html>> Acesso em 14/07/2018.

É claro que cabe ao Congresso estar atento aos anseios sociais e às necessidades do Estado, mas os parlamentares possuem discricionariedade para decidir quais serão as suas prioridades de atuação e como esses interesses serão implantados.

As leis possuem impactos sociais, econômicos, políticos, religiosos, etc., e todos esses aspectos precisam ser ponderados pelo legislador durante a criação das normas. Então a atividade do Poder Legislativo nem sempre resulta na satisfação direta de todos, porque: *i)* o interesse principal a ser buscado é o "comum", que não se confunde com a soma dos interesses particulares, *ii)* é absolutamente impossível satisfazer todos os interesses particulares de uma comunidade, *iii)* os impactos e consequências da aprovação ou arquivamento de um projeto de lei/emenda constitucional também devem orientar a atividade legislativa, devendo ser ponderados pelo legislador.

São os representantes, autorizados pelo titular do direito de agir – o povo –, que irão fazer a leitura do que essa vontade popular significa e atuarão para implantá-la sob a forma de leis.

Então não é a esporádica ausência de correspondência entre a atuação parlamentar e a vontade popular que retira de determinada lei o seu "valor político" e a sua legitimidade, até porque, ao menos, pode-se entender que a "vontade popular" deu legitimidade ao próprio sistema para funcionar dessa maneira⁴⁶.

É claro que o distanciamento sistemático entre os representantes e os representados retira qualquer legitimidade de funcionamento do Legislativo, e para isso existe o próprio controle popular, que pode ser exercido por variados meios, como a opinião pública articulada (DIAS, 2004, p. 242-243) e o próprio voto, já que a eleição é "produtora provisória de legitimidade democrática" (ARAUJO, 2009, p. 60).

Mas não há como deixar de levar em consideração que a democracia é exercida, no Brasil, por meio do sistema de representação, que, por expressa determinação constitucional, é o único sistema instituído no âmbito da nossa ordem

⁴⁶ O questionamento acerca da legitimidade do próprio sistema representativo atualmente estabelecido no Brasil leva a uma discussão muito mais profunda, de raízes sociológicas, políticas e filosóficas, que escapa ao âmbito de análise desse trabalho, até mesmo em razão da sua dimensão pragmática.

política capaz de captar, de alguma maneira, a vontade popular – com exceção das raras oportunidades em que existe manifestação direta.

A questão é: quando se tem confiança na lisura dos representantes e no fato de que eles, ao tomarem suas decisões, estão sempre orientados pela função pública, a falta pontual de aprovação de leis com o objeto dos interesses imediatos do povo – ou a aprovação pontual de leis impopulares – não ganha uma perspectiva tão negativa como em um sistema manchado por condutas indevidas dos representantes políticos, onde essa circunstância é diretamente associada à satisfação dos seus interesses pessoais, já que a sociedade encontra-se em constante desconfiança em relação aos seus representantes.

A relação de satisfação e insatisfação com os rumos tomados pelos poderes que lidam mais diretamente com a política é um reflexo do próprio sistema democrático, que é um sistema que procura harmonizar, da melhor forma possível, os interesses de uma comunidade. Dessa complexa imbricação, é natural que surja tensão. Por isso Cícero Araújo (2009, p. 58) afirma que

A questão democrática remete a um tipo de sociedade que, ao ampliar a extensão e o conteúdo do significado de “povo” – estou me referindo a seu conteúdo social –, vê-se obrigada a reconhecer as qualidades produtivas do conflito, assim como seu potencial de interrupção. Pensar em “soberania popular”, nesse sentido, implica pensar em modos de governar, com seus respectivos arranjos institucionais, que organizem e dêem [sic] vazão ao conflito

Chueiri e Godoy vão mais longe e consideram que "a vitalidade do Estado depende da permanente possibilidade do conflito" (2010, p. 161). Nesse contexto, fatalmente, em algum momento, uma pessoa ou grupo terá seu interesse imediato desatendido.

Quando isso ocorre em nome de um interesse também visto como legítimo, a possibilidade de compreensão é muito maior. Agora, quando o desatendimento desse interesse ocorre em nome de um interesse ilegítimo, quebra-se a confiança no representante⁴⁷ e, conseqüentemente, o eleitor deixa de sentir-se representado. E aí surge a crise⁴⁸.

⁴⁷ "A manifestação da corrupção no ambiente democrático teria o potencial de viciar as interações entre indivíduo e estrutura, causando a diminuição de confiança e de satisfação dos indivíduos com princípios e instituições democráticas" (BONIFÁCIO e RIBEIRO, 2016, p. 21).

⁴⁸ "Se a corrupção alastra-se, perde-se paulatinamente a confiança no processo de tomada de decisões públicas – enxergando-o como não publicamente disponível e justificável – e, como consequência, e

Ou seja, grande parte da crise de representatividade do Legislativo verificada no Brasil não se deve ao modo como o princípio majoritário/representativo é concebido. Essa crise se identifica significativamente com desconfiança na integridade dos representantes. Ocorre que essa "ausência de integridade", embora, evidentemente, influencie negativamente no exercício prático da atividade parlamentar, é um fator externo a ela. Então não se deve atribuir esse defeito ao próprio sistema representativo.

A "noção geral" de improbidade dos parlamentares não conduz, necessariamente, à ausência de correspondência entre a atuação dos parlamentares e a vontade popular, até porque a satisfação de interesses pessoais não impede a aprovação de leis que tenham por objeto interesses "do bem comum". Elas podem acontecer simultaneamente.

E, na medida em que essa corrupção é um fator externo ao sistema, é "injusto" atribuí-la somente ao Poder Legislativo, de forma a anular a relevância e a legitimidade da produção legislativa como argumento pertinente à elevação do número de votos mínimo para a declaração de inconstitucionalidade.

Ora, o Poder Judiciário também não é imune à corrupção e à colocação de interesses pessoais em primeiro lugar. É, também, um Poder composto por pessoas, falíveis por natureza, apesar de, no Poder Legislativo, essa tendência ser mais forte, já que a atividade política impõe padrões de conduta menos rigorosos que os impostos à atividade judicial.

Não se está pretendendo, aqui, negar a existência da crise de credibilidade que afeta o nosso Congresso, ou idealizar "o legislador" como uma entidade perfeitamente técnica e infalível eticamente. Mas também não se deve chegar ao extremo de considerar a corrupção como um elemento *necessário* ao funcionamento desse Poder, a ponto de anular o valor da representação política.

O que não pode ocorrer, nem mesmo no Brasil, é uma "idealização maniqueísta" das relações entre Legislativo e Judiciário, como frisado lá no início do trabalho.

provável que os indivíduos tornem-se cada vez mais cínicos a respeito do discurso público e da deliberação" (BONIFÁCIO e RIBEIRO, 2016, p. 20).

A corrupção é um fator externo e prejudicial à atividade legislativa, mas pode, sim, ser combatida. Mecanismos de combate a esse desajuste democrático e novas formas de se pensar a democracia representativa têm sido pensados e discutidos por juristas, filósofos, políticos, gestores públicos e cidadãos interessados em encontrar soluções para essa crise. Como exemplo, pode ser citada a proposta feita por Paulo Bonavides em sua Teoria da Democracia Participativa (2001). Alguns desses mecanismos já estão até mesmos sendo implantados, como o Orçamento Participativo desenvolvido na cidade de Porto Alegre/RS (cf, DIAS, 2004).

Então, para analisar a adequação do quórum de declaração de inconstitucionalidade sob o prisma da representação política, deve-se dar mais valor à concepção do sistema e às possibilidades de corrigir o defeito que ao próprio defeito.

Sendo assim, o questionamento correto a ser feito nesse caso é: considerando o adequado funcionamento dos Poderes estabelecidos pela Constituição, a vontade popular refletida nas leis é um motivo importante e legítimo para conduzir à elevação do número de votos mínimo para se declarar uma lei inconstitucional? A resposta, nos moldes de tudo que foi exposto no presente tópico, deve ser positiva.

Outro ponto que se deve ter em mente é que essa retórica de que "como os políticos são corruptos, as leis não são legítimas o suficiente para justificarem a elevação do quórum" é excessivamente simplista e generalista.

Convém frisar que, nos dias atuais, com tanta informação diária que recebemos, é até difícil conseguir filtrar o que possui base confiável e o que não possui. Pela contundência, vale transcrever passagem em que Marcovitch (2018, p. 10) descreve com detalhes esse quadro:

Fatos e factoides, elementos tão parecidos e antagônicos, imbricam-se de tal modo que dificultam a apreensão completa da realidade. Cruzam-se, no mesmo contexto, sem filtro esclarecedor, verdades, meias-verdades, calúnias, provas, indícios, contas secretas, tesouros ocultos e descobertos, malas de cédulas, joias, obras de arte. Os personagens, praticantes do mesmo ofício, a política, uns culpados, outros íntegros, misturam-se na mesma cena, vaiados ou aplaudidos. E ainda, no mesmo cenário, Polícia Federal, promotores e juízes, atores eficazes em tantas oportunidades, mas pecando em outras por excessos e exibicionismos.

Numa imensa teia de contradições, torna-se precipitado o julgamento leigo e intuitivo em casos complexos [...]. Um efeito lastimável de tudo isso já se faz sentir. É a demonização da política *tout court*, sem nuances ou exceções. Essa é a percepção da sociedade, ou qualquer

outra expressão que designe a opinião pública, instância nem sempre justa em suas reações e veredictos.

Se, em um caso concreto, se identificasse claramente a corrupção como motivação para a edição de uma lei – ou para retardar o seu processamento –, esse argumento teria outros desdobramentos (QUINTAS, 2017). Mas utilizar o argumento genérico (impreciso, por natureza) para mitigar a legitimidade política de uma lei específica (ou de todas as leis que o Congresso produz) não parece suficiente. Suponha-se que um ministro do STF julgasse uma ADIn motivado por vantagens econômicas. Com certeza esse julgamento estaria viciado, caso isso fosse comprovado, mas é correto, a partir desse caso, questionar a competência do próprio tribunal para apreciar leis em controle abstrato? São pesos e medidas diferentes.

Então como se pode pretender contaminar toda a atividade legislativa sem ao menos aferir-se objetivamente em quais tramitações legislativas houve corrupção e "quanto de corrupção" houve nessas tramitações?

Tudo isso exposto, a conclusão a que se chega é que não se pode admitir a mitigação de um princípio tão importante para o sistema democrático! Descrenças como as que vêm atingindo as instituições públicas brasileiras (principalmente o Congresso) podem representar um perigoso início para a desestabilização de regimes democráticos.

A crise pode ser admitida. Aliás, é assim que se busca meios de superá-la. O que não se pode admitir é que a crise seja capaz de desqualificar a própria concepção do sistema representativo, fundamental para a democracia moderna.

Até porque, como pondera Torrens (2012, p. 153), as sociedades, cada uma com a sua própria evolução histórica e política, passam por diferentes processos de estabilização da sua democracia, com idas e vindas, retrocessos (interrupções da ordem democrática, por exemplo) e progressos, crises e soluções. Não se nega a existência de uma crise, mas não é a partir disso que se deve inferir "a ruína do sistema representativo" e, portanto, o esvaziamento da relevância das leis enquanto reflexo da legitimação popular. Afinal, "não há um caminho linear de aperfeiçoamento da democracia, até culminar no ideal desejável de participação, deliberação e representatividade".

Mas uma coisa é certa: "A falência da política, ou seja, o desencanto social pela democracia tão duramente reconquistada, será o pior dos cenários" (MARCOVITCH, 2018, p. 10).

7. A POSSIBILIDADE DE ELEVAR O QUÓRUM DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARA 2/3 DOS MEMBROS DO TRIBUNAL

Após analisados os principais aspectos que se relacionam com a definição do quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais brasileiros – e em especial no STF –, se pôde perceber que, por mais de um motivo, o número de votos a que ele corresponde não é adequado.

Durante o desenvolvimento dessa análise, se constatou também que a elevação do número de votos atualmente exigido representaria uma solução satisfatória para muitos dos problemas originados pelo quórum de maioria absoluta. Resta, então, definir a medida dessa elevação, a extensão da sua aplicação e analisar aspectos práticos acerca da sua implementação.

7.1. DELIMITAÇÃO DA PROPOSTA.

A proposta a ser feita nesse trabalho consiste, portanto, em elevar para 08 (oito) o número mínimo de votos necessários para declarar uma lei inconstitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que equivaleria a um quórum de 2/3 dos ministros da Corte.

Em princípio, a ideia é que essa elevação de quórum fique restrita ao controle abstrato de normas.

É verdade que as considerações que foram feitas ao longo do trabalho também se aplicam à verificação da inconstitucionalidade no âmbito de um caso concreto – a Cláusula de Reserva de Plenário permite as situações limítrofes de um voto de diferença, a presunção de constitucionalidade milita em favor da lei da mesma maneira e o valor da legitimidade política presente na lei é o mesmo.

A opção por sugerir a elevação do quórum apenas para julgamentos em controle abstrato tem a ver com as consequências da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. Se no controle concreto os efeitos da decisão ficam, de regra, restritos às partes, no controle abstrato os efeitos são *ultra partes*, podendo chegar a atingir todo o território brasileiro, se a lei objeto de impugnação for federal.

Por causa dessa abrangência de efeitos, os problemas identificados durante o trabalho revelam-se muito mais graves quando associados ao controle abstrato. Uma

coisa é um tribunal decidir por maioria apertada, com dispersão de fundamentos, sem revelar o consenso adequado, e reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma para beneficiar um participante de concurso público, por exemplo.

Outra coisa, muito mais problemática, é um tribunal decidir nas mesmas circunstâncias acerca da inconstitucionalidade dessa norma em abstrato (suponha-se que seja uma lei federal), o que irá causar impacto em todos os concursos do país que estejam regulamentados por ela – inclusive naqueles em que nenhum candidato tenha questionado a norma judicialmente –, beneficiando alguns candidatos e, inevitavelmente, prejudicando outros.

No entanto, no STF, hoje em dia, as decisões proferidas em controle concreto possuem, de regra, efeitos *ultra partes*. É que desde 2006, quando foi regulamentado o instituto da repercussão geral, pela Lei nº 11.418/06, o STF passou a escolher recursos representativos de controvérsia, sendo a tese extraída do julgamento desse recurso aplicada a todos os outros recursos que versem sobre a mesma matéria e tenham a repercussão geral reconhecida.

Nessa linha, se poderia pensar, também, na elevação do quórum de decisão também para o julgamento dos casos-paradigma, representativos de controvérsias, em razão da *abstrativização* dos seus efeitos.

A ideia de limitar a elevação do quórum ao julgamento de processos que possuam efeitos abstratos é não fazer com que essa elevação se torne um empecilho à realização dos trabalhos práticos da Corte Suprema.

Em relação à dinâmica de funcionamento do tribunal, essa medida não terá maior impacto, já que o número de ações de controle concentrado e de *leading cases* com repercussão geral reconhecida não é alto: em 2014, ano com número de decisões atipicamente alto, o STF julgou 181 ações de controle concentrado⁴⁹ e a média de julgamento de questões de repercussão geral no STF, até o final de 2017, era de 34 por ano (BARROSO e REGO, 2018).

A proposta desse trabalho também não visa, primeiramente, o exercício do controle concentrado e abstrato pelos Tribunais de Justiça. Essa é uma análise que envolve aspectos específicos que não foram contemplados durante o

⁴⁹Notícia veiculada em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422> Acesso em 14/07/2018.

desenvolvimento do trabalho, e merecem atenção individual. Existem diferenças práticas entre o controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Justiça e o exercido pelo STF, como a existência do órgão especial previsto no art. 97 da CRFB/88 e, conseqüentemente, o próprio número de juizes envolvidos no julgamento.

7.2. EXISTÊNCIA DA PREVISÃO DO NÚMERO MÍNIMO DE 2/3 DOS VOTOS EM OUTRAS DELIBERAÇÕES DO STF.

O quórum de 2/3 dos membros do STF não foi pensado por acaso. A necessidade de se obter 8 votos para a declaração de inconstitucionalidade sem dúvidas dificulta a sua ocorrência – e esse é o objetivo da proposta, diante de tudo que se argumentou. Mas, ao mesmo tempo, não impossibilita ou torna excessivamente difícil essa declaração.

Quando houver motivo claro, realmente consistente para justificar o entendimento pela inconstitucionalidade, não há motivo para imaginar que os ministros não conseguirão atingir o consenso de oito votos.

Isto é, se, por um lado, não é uma mudança que atravanca o processo de deliberação do tribunal – são apenas dois votos a mais que o exigido atualmente –, por outro, a mudança é significativa, porque a forma como o STF fornecerá uma opinião acerca da inconstitucionalidade será bem mais sólida.

De fato, nesse caso, um voto a mais para um lado é um voto a menos para o outro, o que faz os efeitos da diferença serem sentidos em dobro. É como a posse de bola em uma partida de futebol. Então essa "simples" mudança eliminaria situações fronteiriças, em que a Corte não tem opinião formada acerca da inconstitucionalidade da norma. Não haveria mais qualquer situação em que apenas um ministro teria o "grande poder" de desempatar um julgamento e retirar definitivamente a norma do ordenamento, com o seu voto.

Esse quórum de 2/3 encontra-se previsto para outros tipos de deliberação no âmbito do próprio STF e não se vê críticas em relação a uma suposta dificuldade excessiva para alcançá-lo.

Para que seja aprovado, revisto ou cancelado um enunciado de súmula com efeito vinculante, por exemplo, precisam decidir nesse sentido dois terços dos ministros, em sessão plenária, conforme se extrai do art. 103-A da Constituição

Federal. § 3º do art. 2º da Lei nº 11.417/06. Por meio do mesmo número de votos, o STF pode modular os efeitos vinculantes e a eficácia do enunciado aprovado, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º da Lei nº 11.417/06).

Note-se que a aprovação de enunciado de súmula vinculante também importa em definição de efeitos grande alcance: de acordo o *caput* e o § 1º do art. 103-A da CRFB/88, o enunciado de súmula disporá acerca da validade, interpretação ou eficácia de normas (o que abrange até mesmo interpretação sobre a sua constitucionalidade), e o entendimento veiculado nesse enunciado passará a ser de observância obrigatória para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Por conta da abrangência e do impacto que a edição de um enunciado de súmula vinculante tem, o quórum previsto para essa deliberação não se resumiu à maioria absoluta dos membros. E é importante frisar que, nesse caso, sequer existe alguma presunção que justifique um número de votos mais elevado para a aprovação. Esse quórum existe apenas para dar segurança à decisão.

E mesmo esse quórum não impediu que, em aproximadamente 11 anos, o STF editasse 56 enunciados para a sua Súmula Vinculante.

O mesmo quórum de 2/3 dos membros é previsto para a modulação temporal dos efeitos das decisões do STF no controle de constitucionalidade, como prevê o art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Nesse ponto, chega-se a uma situação no mínimo inusitada: para administrar os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade se exige quórum qualificado, mas para a própria declaração, não.

Existe o reconhecimento de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade, a regra é que os efeitos da declaração retroajam à data de promulgação da lei, desconstituindo os atos praticados sob o seu império. Entretanto, de forma excepcional, com base em razões de segurança jurídica ou interesse social, se admite a modulação da eficácia da declaração. Como é uma exceção, as razões para que se permita a modulação devem ser fortes o suficiente para alcançar o número de 08 votos na corte.

Mas ora, a própria declaração de inconstitucionalidade também deve ser medida excepcional. Não deve ser a regra. Esse cenário, pois, dá mais importância aos efeitos que à própria causa.

De igual forma, esse quórum não impediu que o STF modulasse efeitos de suas decisões. Como exemplo, cita-se a ADI 3819 (BRASIL 2007), em que o STF declarou inconstitucionais dispositivos de três leis mineiras que haviam efetivado servidores públicos em cargos de defensores públicos, sem aprovação em concurso público específico.

Nesse caso, o STF considerou que a nulidade absoluta da lei subtrairia de imediato 20% (vinte por cento) dos ocupantes dos cargos de Defensor Público, o que causaria grave prejuízo ao direito social dos hipossuficientes de acesso à Justiça. Dessa forma, modulou os efeitos da nulidade para 06 meses após a data da declaração, tempo em que o Poder Executivo estadual poderia providenciar o provimento adequado desses cargos (MEZZOMO, 2014).

Por fim, não se deve esquecer da decisão que rejeita a existência de repercussão geral nos recursos extraordinários, que só poderá ocorrer mediante manifestação de dois terços dos ministros do STF, nos termos do art. 102, § 3º, da CRFB/88. Também nesse caso não existe presunção de existência de repercussão geral em relação aos recursos. Nesse sentido, afirmam Barroso e Rego (2018):

"O quórum qualificado elevado se justifica para legitimar a motivação sumária da decisão que nega a repercussão geral [...]. Se a repercussão geral mostra-se uma noção vaga, e se não é possível um debate exaustivo sobre o requisito em dezenas de milhares de decisões, o constituinte considerou seguro afirmar a pouca relevância de uma controvérsia se dois terços dos ministros concordassem a respeito"

Ainda assim, o STF inadmite diversos recursos extraordinários todos os dias.

7.3. A PEC 33/2011

O tema do presente trabalho foi objeto parcial da proposta de emenda à Constituição ora referida (BRASIL, 2011b), o que demonstra que, se a doutrina não tem dado muita atenção ao problema aqui desenvolvido, o Poder Legislativo mostrou-se insatisfeito com o equilíbrio da ordem democrática no nosso país. Além de propor a elevação do número de votos necessário à declaração de inconstitucionalidade, a

proposta de emenda tocou em outros pontos polêmicos da relação entre o Judiciário e o Legislativo, como será abordado adiante.

A própria tramitação da PEC 33 foi relacionada a episódios políticos que acirraram os ânimos entre o STF e o Congresso: a sua apresentação ocorreu no dia 25 de maio de 2011, 20 dias após decisão do STF, no âmbito da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, que reconheceu a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo⁵⁰ e a emissão de parecer favorável à sua constitucionalidade, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ocorreu em 24 de abril de 2013, em meio ao processo de julgamento da Ação Penal nº 470, em que o STF condenou políticos e parlamentares⁵¹.

Como fundamento para as alterações que propôs à Constituição, o então deputado federal Nazareno Fonteles, autor da proposta, utilizou de forma sucinta alguns argumentos explorados por nós.

Citou, por exemplo: *i)* a judicialização das relações sociais; *ii)* o ativismo judicial e sua implicação na atividade do Poder Legislativo; *iii)* a crise de credibilidade que o poder judiciário atravessa, enfatizando a necessidade de fortalecê-lo e negando a noção de que existe um vácuo político a ser ocupado pelo STF; *iv)* o deslocamento de debates políticos para a esfera jurídica e o risco que isso traria para a legitimidade democrática e *v)* a necessidade de resgate do valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei.

A discussão proposta na PEC 33 é interessante porque mostra o ponto de vista de um deputado federal, que está diretamente envolvido nesse processo de conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. A análise de alguém "de dentro" é representativa justamente da tensão institucional constante em uma democracia.

Apesar de tudo isso, a PEC 33 é muito mais agressiva do que a proposta feita nesse trabalho. Como se disse, um dos objetos da proposta foi a elevação do quórum para declaração de inconstitucionalidade. A proposta do deputado foi, no entanto, da

⁵⁰ Circunstância apontada por André Luiz Maluf Chaves, no artigo "PEC nº 33/11: conflito institucional e legitimidade democrática". Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24953/pec-n-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>.

⁵¹ Circunstância apontada por Henrique Tibúrcio, em artigo publicado no portal da OAB/GO. Disponível em: < <http://www.oabgo.org.br/oab/noticias/artigo/30-04-2013-pec-33-afronta-a-constituicao-por-henrique-tiburcio/>>

elevação para 4/5 dos votos dos ministros, um quórum rigoroso acima do necessário para buscar a finalidade pretendida por ele.

Mas essa talvez tenha sido a parte menos ambiciosa da proposta: a PEC 33 também propôs a elevação do número de votos mínimo para aprovação de enunciado de súmula vinculante para 4/5 e efeito vinculante condicionado a posterior aprovação do Congresso, por maioria absoluta, em sessão conjunta. A justificativa foi a de que o STF não vem cumprindo com o procedimento previsto na Constituição, editando enunciados, por exemplo, sem vinculação aos precedentes e sem existência prévia de "reiteradas decisões".

Além do mais, propôs submeter ao Congresso a decisão do STF que julgasse inconstitucional uma emenda à Constituição. Essa decisão, segundo a proposta, não teria efeito *erga omnes* de imediato. Se o Congresso concordasse com o julgamento do STF, ele adquiriria o efeito *erga omnes*. Se discordasse, a população seria convocada a se manifestar, por meio de consulta popular.

Da análise das propostas de alteração feitas pela PEC 33, percebe-se uma tentativa de mudança radical no sistema de controle de constitucionalidade e no equilíbrio democrático que existe hoje no Brasil e em boa parte do mundo contemporâneo. Talvez por essa abordagem "enérgica", o destino da PEC 33/2011 tenha sido o fracasso – ela foi arquivada definitivamente em 2015.

Justamente em razão do paradigma do protagonismo do Poder Judiciário posto em discussão por nós no primeiro capítulo do presente trabalho, a PEC 33 sofreu críticas severas. Da forma como ela foi concebida, de fato, representaria uma subordinação da atividade do STF à atividade do Congresso. Do ponto de vista da separação de poderes, é uma proposta inadequada.

O deputado federal autor da PEC 33/2011, aliás, possui outras propostas legislativas polêmicas que versam sobre o tema da separação de poderes, como a PEC 3/2011 (BRASIL, 2011a), que pretende estabelecer "a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Essa PEC encontra-se atualmente aguardando a criação de comissão temporária no âmbito da Câmara dos Deputados.

Sobre a repercussão causada pela proposta, Giannetti (2016, p. 126) pontuou que ela foi alvo de opiniões jornalísticas e doutrinárias contrárias, alvo de dois mandados de segurança com o objetivo de paralisar a sua tramitação, e até mesmo alvo de declarações de ministros do STF, considerando que a proposta "rasgava" a Constituição.

O então presidente do STF Joaquim Barbosa argumentou que a proposta de elevação de quórum fragilizaria a democracia.

Apesar de essas propostas não se verificarem, de fato, adequadas, ainda mais se implantadas todas de vez, elas chamam atenção para uma discussão que tem ocupado um papel secundário na realidade democrática brasileira. É importante fomentar o diálogo entre os Poderes, em busca de um maior equilíbrio democrático.

Essa busca por equilíbrio não deve ser brusca como propôs a PEC 33/2011. Aliás, se bem pensado, a proposta não equilibraria as relações entre o Judiciário e o Legislativo, mas inverteria esse desequilíbrio em favor do Legislativo. Esse não é o caminho. Ainda mais considerando a posição de onde o Legislativo terá de partir: a da crise de legitimidade e da desconfiança popular.

A democracia constitucional não pode abrir mão da proteção aos direitos e garantias fundamentais e, portanto, não se pode prescindir de um Poder Judiciário com força e autoridade para fazer valer as suas decisões.

Mas ainda que a conclusão feita pela PEC 33 tenha sido inadequada, os argumentos suscitados têm pertinência, como explorado ao longo do nosso trabalho, e merecem ser refletidos.

Nesse sentido, conclui Giannetti (2016, p. 151), também analisando a referida proposta de emenda, que "a PEC n. 33/2011, mesmo não sendo adequada ou oportuna, beneficia o debate político/jurídico e catalisa o diálogo interinstitucional, servindo como uma "tomada de consciência" sobre o papel mais real e menos fantasioso das instituições".

7.4.A ELEVAÇÃO DO NÚMERO DE VOTOS MÍNIMO PARA 2/3 E A DISCUSSÃO SOBRE TENSÃO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES.

A proposta desse trabalho, no entanto, bem mais sutil que a proposta vista veiculada pela PEC 33/2011, deve ser entendida como uma das abordagens possíveis dessa busca por equilíbrio democrático.

E, ao contrário do que declarou o ex-ministro Joaquim Barbosa, a elevação razoável do número de votos necessário para a declaração de constitucionalidade fortalece a democracia, ao invés de fragilizá-la.

Não se enfraquece o controle de constitucionalidade. Não se retira qualquer poder ou autoridade do Supremo Tribunal Federal, mas se exige que ele faça um esforço maior para alcançar a inconstitucionalidade, justamente em nome de uma valorização da relação democrática com o Congresso Nacional. A simples proposta de aumento do número de votos, portanto, não encontra qualquer óbice no Princípio da Separação de Poderes ou em alguma outra cláusula pétrea.

Como já foi ressaltado durante o trabalho, a harmonia na democracia é uma fantasia. Tanto as relações entre os Poderes como as relações entre representantes e representados não podem ser vistas de forma alheia ao seu aspecto pragmático, que, nas sociedades modernas – democráticas –, é marcado pelo conflito e pela dinamicidade. Mas esse conflito deve ser enxergado de forma positiva, porque é através da mediação dos conflitos que se alcança o equilíbrio.

Então, nas democracias, nós temos que agradecer, isso sim, pela possibilidade de existir o conflito, a discussão, a manifestação de opiniões diferentes, que, obviamente, só serão proveitosos com maturidade e respeito.

A tensão institucional, pois, está longe de ser um problema ou sinônimo de enfraquecimento da democracia, desde que essa tensão respeite os próprios princípios democráticos e não descambe em arbitrariedades.

Deve-se pensar o equilíbrio democrático de forma atual, amparado pelo Estado Constitucional de Direito. Isso significa entender a própria separação de poderes como um conflito, mas um conflito que dá mais importância ao diálogo que à ambição pela "última palavra". Daí porque Mendes (2008b, p. 97) observa que "Teorias do diálogo, em geral [...], não fazem grandes demandas normativas sobre o tipo ideal de legislador ou de juiz. Estão preocupadas em entender o significado de sua interação".

8. CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se que a elevação do quórum de declaração de constitucionalidade, no Brasil, é medida possível e pertinente. O quórum de maioria absoluta previsto pelo atual art. 97 da CRFB/88 permite que haja declarações de inconstitucionalidade por um voto de diferença. E esse voto pode ser baseado em um argumento isolado, tendo em vista a forma agregativa de decidir do STF.

Essas circunstâncias “operacionais” da Corte transmitem imagens de incerteza quanto às suas posições sobre a inconstitucionalidade das normas, o que prejudica a legitimidade das decisões também perante a sociedade civil, que tem se revelado mais do que nunca interessada nas atividades do tribunal, e na sua capacidade de “resolver” de forma satisfatória grandes problemas do cenário nacional.

O princípio da presunção de constitucionalidade orienta que somente quando houver certeza o tribunal deve declarar a inconstitucionalidade, mas esse contexto de um voto de diferença não revela essa certeza. Ou seja, mesmo que os ministros, individualmente, tenham utilizado o princípio como critério interpretativo e procurado seguir essa orientação, o julgamento coletivo não reflete a certeza da constitucionalidade.

Por outro lado, o quórum de maioria absoluta permite que apenas 11 magistrados, por um voto de diferença, anulem o trabalho realizado pelo órgão representativo da vontade popular – soberana –, o Parlamento, composto por 594 membros. O esforço para colocar-se a lei em vigor não se encontra em equilíbrio com o esforço para retirá-la do ordenamento, mesmo que se considere o tribunal como um órgão contra-majoritário.

Diante de tudo isso, o aumento do número de votos necessários a declaração de inconstitucionalidade surge como perspectiva de fazer com que o tribunal forneça uma resposta convergente, legítima e com o adequado poder de convencimento. E o quórum de 2/3 não seria exagerado, na medida em que: *i)* representaria apenas dois votos a mais do que é hoje exigido e *ii)* já se exige esse mesmo quórum para outras deliberações do STF.

9. REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. **Psicologia do juiz**. Revista Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 491-513, jul-dez 2012. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/6230/6152>> Acesso em 11/07/2018.

ARAUJO, Cícero. **Representação, soberania e a questão democrática**. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 1, p. 47-61, jan-jun 2009.

AURÉLIO, Diogo Pires. **A soberania como vontade e como representação**. Revista Estudos Políticos, n. 0, p. 02-20, 2010/01. Disponível em <<http://revistaestudospoliticos.com/a-soberania-como-vontade-e-como-representacao-por-diogo-pires-aurelio/>> Acesso em 14/07/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, v. 5, n. 1, p. 32-32, 2012b. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 01/05/2018.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral: ideias simples para reverter um fracasso**. Migalhas. 2018. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047-Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um>> Acesso em 17/07/2018.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A “última palavra”, o poder e a história**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 201, jan-mar 2014, p. 71-95.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. The Bobbs-Merrill Co., Inc: New York. 1963.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**; atualizado por José Aguiar Dias; apresentação de Nelson A. Jobim; introdução de Inocêncio Mártires Coelho. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONIFÁCIO, Robert; RIBEIRO, Ednaldo. **Corrupção e participação política no Brasil: diagnósticos e consequências**. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 20, p. 07-42, mai.-ago. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000200007&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 14/07/2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional n. 3/2011**. Brasília, 2011a. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional n. 33/2011**. Brasília, 2011b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em: 14/07/2018.

_____. **Constituição de República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 44 MC/DF, Medida Cautelar, Inteiro Teor, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/10/2016. **Conjur**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3819 MG, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 24/10/2007, Data de Publicação: 27/03/2008. **Pesquisa de Jurisprudência**, 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3819&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 17/07/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4274 DF, Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 23/11/2011, Data de Publicação: 02/05/2012. **Pesquisa de Jurisprudência**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4274&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 17/07/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 92.566-9 SP, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 03/12/2008. **Pesquisa de Jurisprudência**. 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92566&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 17/07/2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático**. Revista de Informação Legislativa, v. 22, n. 86, p. 29-40, abr-jun 1985. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181606>> Acesso em 14/07/2018.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. **Teoria da democracia participativa: análise à luz do princípio da soberania popular**. Revista de Direito dos Advogados Públicos da União, v. 6, n. 6, p. 119-130, out. 2007. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63018>> Acesso em 14/07/2018.

CHALITA, Gabriel. **Vivendo a filosofia**. 3. ed. – São Paulo: Ática, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV 11, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan-jun 2010.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodium, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Márcia Ribeiro. **Da capilaridade do sistema representativo**. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 4, n. 2, p. 235-256, jul.-dez. 2004. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/13>> Acesso em 14/07/2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3, 13. ed. – Salvador: Juspodium, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. – Martins Fontes; São Paulo, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. 1. ed, 2. tir. – Martins Fontes: São Paulo, 2001.

FERNANDES, Roberto Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/15154>> Acesso em 18/07/2018.

FOLADOR, Rafael. **Aspectos controvertidos acerca da aplicação da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais no ordenamento jurídico brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/121891>> Acesso em: 01/05/2018.

GIANETTI, Leonardo Varella. **Judicial Review: podemos tirar algum proveito da PEC 33?** Revista Direito GV, v. 12, n.1, p. 125-154, jan/abr 2016. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicial-review-podemos-tirar-algum-proveito-pec-332011>> Acesso em 01/05/2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Revista Direito Público, v.11, n. 60, p. 25-50, nov-dez 2011.

HILLS, Roderick M. Jr. **Are Judges Really More Principled than Voters?** University of San Francisco Law Review, vol. 37, iss. 1, article 4, 2002. Disponível em <<https://repository.usfca.edu/usflawreview/vol37/iss1/4>> Acesso em 13/07/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **A polêmica do quórum nas decisões do STF**. 2010. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo> > Acesso em: 01/05/2018.

LEITE, Fábio Carvalho. **Pelo Fim da Cláusula de Reserva de Plenário**. Direito, Estado e Sociedade, n. 40, jan-jun 2012, p. 91 a 131. Disponível em < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/4artigo40.pdf> > Acesso em 12/07/2018.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. **Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal**. Direito, Estado e Sociedade, n. 48 p. 139 a 166 jan/jun 2016. Disponível em: < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2048%20-%20artigo%205.pdf> > Acesso em 30/04/2018.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. 5. ed. rev. – São Paulo: Cortez, 1994.

MARCOVITCH, Jacques. **Como salvar a política?** Estudos Avançados, v. 32, n. 92, p. 07-15, 2018. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/146434/140110> > Acesso em 14/07/2018.

MAZZUOLI, Valério. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan-mar 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em 12/07/2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2008b.

MEZZOMO, Renato I. F. **A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 2014. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-modulacao-dos-efeitos-da-declaracao-de-inconstitucionalidade,50898.html> Acesso em 14/07/2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado**. Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, n. 3, p. 79–89, maio/jun., 2005.

QUINTAS, Fábio Lima. **Corrupção no processo legislativo torna lei inconstitucional?** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-12/observatorio-constitucional-corrupcao-processo-legislativo-torna-lei-inconstitucional#author> Acesso em 14/07/2018.

ROS, Luciano da. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 31, jul-dez 2007, p. 86-105. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/262> Acesso em 12/07/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating.** International Journal of Constitutional Law, vol. 11, iss. 3, July 2013, p. 557-584. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019> Acesso em 12/07/2018.

_____. **Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial.** Revista Direito GV, v. 2, n. 1, p. 191 – 210, jan/jun, 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/interpretacao-conforme-constituicao-entre-trivialidade-centralizacao-judi> >. Acesso em 01/05/2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial.** Revista Quaestio Iuris, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225> Acesso em 13/07/2018.

TORRENS, Antonio Carlos. **Representação política, inovações institucionais e novas subjetividades.** Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 196, p. 149-163, out-dez 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista DIREITO GV 8, v. 4, n.2, 2008, p. 441-464. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia> > Acesso em: 01/05/2018.

WALDRON, Jeremy. **Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?** The Yale Law Journal, v. 123, n. 6, april 2014, p. 1692-1730. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/essay/five-to-four-why-do-bare-majorities-rule-on-courts> Acesso em 12/07/2018.

_____. **The core of the case against judicial review.** The Yale Law Journal, vol. 155, iss. 6, p. 1347-1406, 2006.