



edições câmara

# A DEMOCRACIA

## entre representação e jurisdição

### **Organizador**

Newton Tavares Filho

### **Autores**

Carlos David Carneiro Bichara | Celso de Barros Correia Neto

Dominique Rousseau | Jean-Pierre Camby

Marcelo Neves | Márcio Nuno Rabat | Pascal Jan



CÂMARA DOS  
DEPUTADOS

# A democracia

entre representação e jurisdição

# Câmara dos Deputados

56ª Legislatura | 2019-2023

## **Presidente**

Arthur Lira

## **1º Vice-Presidente**

Lincoln Portela

## **2º Vice-Presidente**

André de Paula

## **1º Secretário**

Luciano Bivar

## **2º Secretário**

Odair Cunha

## **3ª Secretária**

Geovania de Sá

## **4ª Secretária**

Rosangela Gomes

## **Suplentes de secretários**

### **1º Suplente**

Eduardo Bismarck

### **2º Suplente**

Gilberto Nascimento

### **3º Suplente**

Alexandre Leite

### **4º Suplente**

Cássio Andrade

## **Secretário-Geral da Mesa**

Ruthier de Sousa Silva

## **Diretor-Geral**

Celso de Barros Correia Neto



Câmara dos  
Deputados

# A democracia

## entre representação e jurisdição

### **Organizador**

Newton Tavares Filho

### **Autores**

Carlos David Carneiro Bichara

Celso de Barros Correia Neto

Dominique Rousseau

Jean-Pierre Camby

Marcelo Neves

Márcio Nuno Rabat

Pascal Jan

### **Tradução**

Dyhorrani da Silva Beira



edições  
câmara

## **Câmara dos Deputados**

**Diretoria Legislativa:** Luciana da Silva Teixeira

**Consultoria Legislativa:** Geraldo Magela Leite

**Centro de Documentação e Informação:** Maria Raquel Mesquita Melo

**Coordenação Edições Câmara:** Ana Lígia Mendes

**Tradução:** Dyhorrani da Silva Beira

**Assistência editorial:** Letícia de Castro

**Preparação de originais:** Seção de Revisão

**Revisão:** Wellington Brandão

**Projeto gráfico:** Giselle Sousa e Luiz Eduardo Maklounf

**Diagramação e capa:** Rafael Benjamin

Linha Estudos e Debates.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.

Débora Machado de Toledo – CRB1: 1303

---

A democracia [recurso eletrônico] : entre representação e jurisdição / organizador: Newton Tavares Filho ; autores: Carlos David Carneiro Bichara ... [et al.] ; tradução Dyhorrani da Silva Beira = La démocratie [recurso eletrônico] : entre représentation et juridiction / sous la direction de Newton Tavares Filho ; auteurs: Carlos David Carneiro Bichara ... [et al.] ; traduction Dyhorrani da Silva Beira. -- Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2022.

Versão e-book.

Modo de acesso: livraria.camara.leg.br.

Textos em português e francês, em direções opostas.

Disponível também em formato impresso.

ISBN 978-85-402-0859-9

1. Democracia, coletânea. 2. Jurisdição constitucional. 3. Tribunal constitucional. 4. Controle de constitucionalidade, Brasil. 5. Controle de constitucionalidade, França. 6. Judicialização da política, Brasil. 7. Representação política. 8. Ativismo judicial. I. Tavares Filho, Newton. II. Bichara, Carlos David Carneiro. III. Título: La démocratie : entre représentation et juridiction.

CDU 321.7

---

ISBN 978-85-402-0858-2 (papel)

ISBN 978-85-402-0859-9 (e-book)

Direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/2/1998.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem prévia autorização da Edições Câmara.

Venda exclusiva pela Edições Câmara.

## **Câmara dos Deputados**

Centro de Documentação e Informação – Cedi

Coordenação Edições Câmara – Coedi

Palácio do Congresso Nacional – Anexo 2 – Térreo

Praça dos Três Poderes – Brasília (DF) – CEP 70160-900

Telefone: (61) 3216-5833

livraria.camara.leg.br

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	9
<b>Nota do organizador</b> .....	11
<b>Prefácio da embaixadora da França no Brasil</b> .....	15
<b>Prefácio</b> .....	17
<b>Introdução da Aslegis</b> .....	21
<b>1. Entre a razão pressuposta e o fetichismo do conceito: uma crítica das funções majoritária e iluminista do Supremo Tribunal Federal</b> .....	23
<i>Carlos David Carneiro Bichara</i>	
1.1. Introdução .....	23
1.2. Revisitando as referências utilizadas por Barroso (2015) como ponto de partida .....	25
1.3. O judiciário seria mesmo intérprete privilegiado do “sentimento majoritário”? .....	28
1.4. O que significa, afinal, interpretar o “sentimento da maioria” e “empurrar a história”? .....	34
1.5. Qual teoria da democracia? .....	38
Referências bibliográficas .....	42
<b>2. Controle de constitucionalidade e reações legislativas em matéria tributária: a quem cabe a última palavra?</b> .....	45
<i>Celso de Barros Correia Neto</i>	
2.1. Introdução .....	45
2.2. Perfil institucional e protagonismo do STF .....	46
2.3. “Última palavra” e supremacia judicial .....	54
2.4. Reações legislativas: a palavra seguinte .....	58
2.5. Causas fiscais e a palavra seguinte do Congresso Nacional .....	61
2.6. Conclusão .....	65
Referências bibliográficas .....	66

### **3. As cortes constitucionais: atores do princípio democrático .....69**

*Dominique Rousseau*

- 3.1. Os juízes constitucionais, garantidores do código de acesso à democracia .....70
- 3.2. Os juízes constitucionais, garantidores da lacuna representativa ...72
- 3.3. Os juízes constitucionais, garantidores do modelo deliberativo da vontade geral.....76
- 3.4. Conclusão .....79

### **4. A questão prioritária da constitucionalidade na França.....81**

*Jean-Pierre Camby*

- 4.1. A QPC coloca o Conselho em uma posição incontestável de juiz supremo da norma perante as jurisdições nacionais .....84
- 4.2. A QPC reforça a posição do Conselho enquanto fonte de direito ..86
- 4.3. A QPC conduz a uma definição material da Constituição, da qual o Conselho é o garantidor .....89
- 4.4. Conclusão .....92

### **5. Controle de constitucionalidade no Brasil: judicialização da política como politização do Judiciário .....93**

*Marcelo Neves*

- 5.1. Uma breve revisão histórica: modelos normativos **versus** práticas de controle da constitucionalidade .....93
- 5.2. O modelo textual de controle de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988..... 101
- 5.3. Do modelo textual à prática de controle de constitucionalidade no regime da Constituição Federal de 1988: abundância quantitativa e deficiência qualitativa do controle de constitucionalidade ..... 104
- 5.4. Desenho institucional da formação de votos e do acórdão..... 105
- 5.5. O problema funcional da sobrecarga de trabalho ..... 107
- 5.6. A questão técnico-jurídica da inconsistência decisória ..... 108

5.7. O problema da adequação social: a ilusão da judicialização como realização socialmente adequada da Constituição .....	119
5.8. O que pode significar “judicialização” da política nesse contexto? .....	121
5.9. Excurso: a “desrazão” sem diálogo com a razão.....	124
5.10. Limites à autonomia do direito.....	125
5.11. Da exclusão social à exclusão jurídico-política.....	127
5.12. Observações finais: implicações da politização do Judiciário e do STF no atual contexto brasileiro .....	130
Referências bibliográficas .....	135

## **6. Representação (e jurisdição) como poder de decidir..... 147**

*Márcio Nuno Rabat*

6.1. Introdução: direito e sociologia política.....	147
6.2. Representação política, dinâmica institucional e correlação de forças .....	147
6.3. Conclusão .....	155

## **7. O Conselho Constitucional: um intérprete constitucional todo poderoso?..... 157**

*Pascal Jan*

7.1. A leitura constitucional da lei imposta pelo Conselho Constitucional: uma última palavra provisória.....	158
7.2. A leitura constitucional da lei imposta ao Conselho Constitucional: a última palavra do constituinte.....	162



# Apresentação

A Edições Câmara lança ao público, com profundo contentamento, a presente coletânea de artigos, fruto do I Colóquio Franco-brasileiro de Direito Constitucional, que a Câmara dos Deputados teve a honra de sediar e organizar, em conjunto com a Embaixada da França no Brasil e com a Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (Aslegis).

O tema escolhido para o evento, “A democracia: entre representação e jurisdição”, foi feliz tanto ao sintetizar as discussões de alto nível travadas nos encontros como ao harmonizar-se com a missão da editora de publicar obras que contribuam para a promoção da cidadania e o fortalecimento da democracia.

Não é livre quem não governa a si mesmo. A vontade popular, que se manifesta nas eleições e, posteriormente, se plasma nos atos do Poder Executivo e nas leis editadas pelo Poder Legislativo, faz parte da própria definição de democracia. Condição, portanto, central para o jogo democrático, a vontade popular, por si só, não garante a blindagem da humanidade contra excessos e despotismos. A democracia precisa do voto, mas não se aperfeiçoa somente com ele.

Desde o século XVIII, aprendemos que a teoria da separação dos poderes e o mecanismo de freios e contrapesos desempenham papel decisivo na contínua tarefa de fazer o poder limitar o poder. Governos autoritários, leis tirânicas e juízes opressores colocariam, nas palavras do próprio Montesquieu, tudo a perder se não houvesse a repartição dos poderes. Logo, mais do que uma maneira de organizar o Estado, a tripartição dos poderes faz parte da própria essência da democracia contemporânea, ao lado da vontade popular.

Não temos, no Brasil, uma longa tradição democrática, mas foi manifesto o desejo dos constituintes de 1988 de delineá-la em bases sólidas. Seguindo a cartilha neoconstitucionalista internacional, arquitetou-se uma Lei Magna ambiciosa, com direitos políticos bem definidos ao lado de um amplo catálogo de direitos fundamentais. O texto abriga, portanto, uma faceta política,

decididamente democrática, e uma ampla faceta jurídica, em cuja ambição pode residir, paradoxalmente, sua fraqueza antidemocrática.

Os dois primeiros artigos da Constituição dispõem que todo o poder emana do povo e que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Em sua feição política, então, o texto não deixa dúvidas sobre o apreço definitivo que tem pela vontade popular e pela separação de poderes, pilares que, aliás, são protegidos pelo manto da cláusula pétrea.

Em sua feição jurídica, no entanto, a Constituição de 1988 inseriu-se na tendência internacional, inaugurada ao fim da Segunda Guerra Mundial, de expansão da jurisdição constitucional. Como decorrência do extenso texto normativo da Constituição brasileira, passou-se, por um lado, a exigir uma constante postura prestacional do Estado; e, por outro, a admitir que, no limite, praticamente todos os temas pudessem ser judicializados rumo ao Supremo Tribunal Federal. Foi nesse cenário que tomou forma o ativismo judicial, a atuação mais presente, criativa e abrangente do Poder Judiciário, que, com o intuito de concretizar valores constitucionais, acaba por esbarrar nas esferas de competência dos demais poderes – esses, sim, compostos por representantes eleitos. Logo, o ativismo judicial possibilitado pela Constituição democrática traz, em seu interior, elementos que, alterando a sistemática de separação dos poderes e subvertendo o dogma da vontade popular, têm o potencial de desestabilizar a própria democracia que lhe deu a vida.

É crucial, então, que as instâncias políticas, jurídicas e acadêmicas, nacionais e internacionais, analisem as consequências e a necessidade de eventuais balizas à proatividade judicial, para que as colunas de sustentação da democracia permaneçam intactas.

A Câmara dos Deputados, ao publicar esta obra, orgulha-se de, mais uma vez, cumprir o seu papel de fomentar e hospedar os debates republicanos. Esperamos que os textos façam reverberar os diálogos sobre as repercussões do ativismo judicial que são, no fundo, narrativas sobre liberdade, e sobre liberdade não podemos jamais silenciar.

Brasília, julho de 2022.

**Arthur Lira**

*Presidente da Câmara dos Deputados*

# Nota do organizador

“A lei é a expressão da vontade geral”, afirma a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ao longo dos últimos séculos, fixou-se a ideia de que um pilar fundamental da democracia é a soberania do povo, exercida pela escolha livre e periódica de representantes para o Legislativo, cujo papel seria central no funcionamento do Estado de direito. Caberia ao Parlamento, desse modo, revelar o direito desejado pela sociedade, dotando-o de certeza e de obrigatoriedade. Fruto de uma longa construção histórica, o conceito de democracia representativa cristaliza uma progressiva transferência de poder – *imperium* – da Coroa, ou de uma classe, para o conjunto de membros da *polis*, tornados doravante cidadãos. O abandono da velha ordem centrada na transcendência religiosa, bem como a afirmação da igualdade política e da liberdade de todos os cidadãos, gradualmente tornou a democracia um princípio universal de legitimidade do governo e de suas normas, a partir da Era Moderna.

A contribuição francesa foi capital nesse processo, marcando profundamente a configuração do regime democrático até hoje. Com efeito, a Revolução Francesa constituiu um dos momentos fundadores na construção da democracia contemporânea, assim como o racionalismo das Luzes, encarnado principalmente por Rousseau, estabeleceu as bases do poder ilimitado da “vontade geral”. A celebração de um contrato social autorizaria, nessa concepção, a formação de um ordenamento jurídico livremente elaborado, equivalendo, a um só tempo, o direito, a lei e a soberania popular. O Legislativo seria assim entronizado como veículo maior de expressão da soberania popular, incumbindo ao Executivo e ao Judiciário dar cumprimento, cada um a seu modo, às decisões do povo reunido em assembleia representativa.

Cresce hoje, entretanto, nas democracias contemporâneas, o sentimento de expansão acelerada da influência do Judiciário. A judicialização da política, reputada um perigo para a democracia, faz-se cada vez mais intensa, com o crescente impacto das decisões judiciais em questões outrora reservadas aos parlamentos.

Esse quadro lança raízes na forte inflexão imposta à democracia representativa pelo desenvolvimento da jurisdição constitucional, a partir do século XIX. Nascida nos Estados Unidos da América em 1803 e disseminada na Europa

desde os anos 1920 a partir dos trabalhos de Hans Kelsen, a doutrina da supremacia da Constituição sobre a autonomia do legislador floresceria vigorosamente, criando uma nova realidade nos séculos vindouros. Com efeito, firmou-se inequivocamente o controle dos Poderes eleitos por um “contralegislador” – um juiz constitucional que vela pelo respeito ao pacto político fundamental. O exercício da jurisdição constitucional sublinhou a força normativa da Constituição, cujo texto deixou de ser mero conselho aos poderes políticos. A maioria parlamentar, doravante, não mais governaria supremamente, frente à “função contramajoritária” exercida pelo juiz constitucional.

Em particular, multiplicam-se hoje as análises sobre o ativismo judicial, frequentemente num tom crítico que contrapõe magistrados não eleitos e soberania popular. A magistratura é acusada de violar a separação de Poderes, ao romper as fronteiras que separam o político do jurídico e reivindicar um poder excessivo no regime democrático. Notadamente, os juízes constitucionais estariam a exercer uma função propriamente legislativa, largamente ultrapassando seu originário – e restrito – “poder de impedir”. A tensão entre democracia representativa e supremacia da Constituição atingiria, dessa forma, um ponto de ruptura, redesenhando os mecanismos clássicos de separação de Poderes e de legitimidade democrática ao redor do mundo.

Foi nesse contexto que a Câmara dos Deputados, a Embaixada da França no Brasil e a Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (Aslegis) uniram esforços para organizar o I Colóquio Franco-brasileiro de Direito Constitucional. O evento teve como objetivo discutir e avaliar as relações entre o legislador e o juiz constitucional, no quadro da democracia representativa. Dele participaram autoridades, consultores legislativos e professores universitários do Brasil e da França – países que compartilham da tradição jurídica romano-germânica e possuem uma longa história de amizade e intercâmbio. A sólida trajetória da justiça constitucional brasileira e a rica cultura parlamentar francesa, entre outros elementos, puderam se aliar para compor um fértil painel de ideias, que muito colaborou para o debate sobre um tema tão relevante na atualidade. Composto de contribuições dos participantes, este volume bilíngue traduz o desejo de fomentar esse intercâmbio, hoje e no futuro.

Nesta obra, optou-se por respeitar a forma original empregada pelos autores franceses na apresentação de referências bibliográficas, sem procurar completá-las ou adaptá-las às normas brasileiras na matéria.

**Newton Tavares Filho**

*Consultor legislativo da Câmara dos Deputados*

# Prefácio da embaixadora da França no Brasil

O I Colóquio Franco-brasileiro de Direito Constitucional, organizado em maio de 2019 pela Embaixada da França com a Câmara dos Deputados brasileira, centrou-se em um tema crucial para nossos dois países: “A democracia: entre representação e jurisdição”. Em um momento em que nossas sociedades questionam as modalidades de representação do povo, quando o equilíbrio dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é às vezes contestado, esse colóquio contribuiu para fomentar a reflexão de forma construtiva ao propor um olhar cruzado sobre as Constituições das Repúblicas francesa e brasileira. Três eminentes professores franceses, Dominique Rousseau, Jean-Pierre Camby e Pascal Jan, puderam trocar opiniões com palestrantes brasileiros da mesma qualidade, permitindo um enriquecimento recíproco.

Os intercâmbios, que se concentraram principalmente sobre o lugar da Justiça constitucional nos dois países, destacaram um marco que lhes é comum – a saber, o incremento do poder, ao longo do século XX, do juiz constitucional, que, em diferentes contextos, é também objeto de debates.

Os professores franceses lembraram que a qualidade de uma democracia se define, sobretudo, pela moderação e pelo equilíbrio, em particular o equilíbrio entre os poderes constituídos. O juiz constitucional contribuía grandemente para tanto, ao assegurar esse equilíbrio e o respeito aos direitos fundamentais.

Eles insistiram na evolução da atual Constituição francesa, a da V República. Assim, utilizando diferentes abordagens, cada um deles explicou, através de numerosos exemplos, a forma como esse texto, embora redigido em três meses (de junho a agosto de 1958) e com ambiguidades institucionais, fora capaz de acompanhar a evolução da sociedade francesa, tendo sido adotadas até hoje vinte e quatro revisões constitucionais.

O incremento do papel do Conselho Constitucional, uma instituição criada pela Constituição de 1958, foi apresentado. Esse órgão se tornou, assim, um recurso frequente para os parlamentares, a fim de controlar a conformidade das leis

recém-aprovadas à Constituição, mas igualmente, desde 2008, uma instituição à qual os jurisdicionados podem, quando de um litígio, solicitar um pronunciamento sobre a constitucionalidade de uma lei, por meio de uma questão prioritária de constitucionalidade.

Esse colóquio, que se insere em uma tradição histórica de cooperação entre a França e o Brasil, contribui também para a defesa e a promoção do direito continental, que é o fundamento dos sistemas jurídicos de nossos dois países, e que enfrenta a crescente influência do *common law* na cena internacional. Enquanto a *common law* se refere principalmente à jurisprudência como a fonte original do direito, trata-se de preservar o sistema romano-civilista no qual, apesar da crescente importância do juiz e da jurisprudência, a lei e o código permanecem como as principais fontes de direito.

Para além de uma mesma visão do direito baseada no sistema romano-germânico, trata-se de defender uma cultura comum e contribuir para a evolução desse patrimônio no âmbito de um diálogo, que esperamos seja tão frutífero no futuro quanto tem sido até agora.

**Brigitte Collet**

*Embaixadora da França no Brasil*

# Prefácio

Tenho a honra invulgar de prefaciar obra editada pela Câmara dos Deputados e decorrente do I Colóquio Franco-brasileiro de Direito Constitucional sobre temática da maior importância colocada sob o sugestivo título “A democracia: entre representação e jurisdição”. Eu próprio tive a alegria e a responsabilidade de tomar parte dos debates, funcionando como debatedor quando da exposição do professor Dominique Rousseau, da Universidade de Paris, no painel “A proteção dos direitos fundamentais é antidemocrática?”.

Quando do convite que me foi formulado para prefaciar a presente obra, bem assim para participar do colóquio, os consultores legislativos Celso de Barros Correia Neto e Newton Tavares Filho, ambos estudiosos do mais alto nível acadêmico, explicaram o objetivo do evento e do livro: “discutir e avaliar as relações entre o legislador e o juiz constitucional”.

A narrativa moderna mais célebre da organização dos poderes é francesa, devida que é a Montesquieu. Tem origens bastante profundas na cultura ocidental, pois explicitamente remete à noção de “governo moderado” de Aristóteles. É o próprio Montesquieu quem anota: “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. Para que isso não aconteça, em suma, para prevenir o absolutismo, “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.<sup>1</sup>

Porém, a recomendação de Montesquieu não é frear o poder pela segregação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas, sim, pela distribuição de iguais faculdades de estatuir e de impedir entre rei, câmara alta e câmara baixa. É essa a essência do governo moderado, combinando e equilibrando os princípios: (i) monárquico (o rei); (ii) aristocrático (a câmara alta); e (iii) democrático (a câmara baixa) – de modo que cada um desses poderes, pelas respectivas e mútuas faculdades de estatuir e de impedir, previna a degeneração do outro.

---

1 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 118.



É exatamente aqui que se tem os chamados “freios e contrapesos” ou *checks and balances* a que se refere o artigo federalista nº 51.

É interessante notar que, no núcleo da argumentação de Montesquieu (governo moderado), não consta o Poder Judiciário. Não consta porque, no livro *O espírito das leis*, o Judiciário é neutralizado nele próprio, seja pelo modo como é estruturado (júris episódicos, que se formam e que se desfazem a cada caso), seja pelo modo como decide (sentenças que, a rigor, já constam das leis, por isso os juízes “não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei”).

Por outro lado, curiosamente, a inovação americana do *judicial review* vai ao encontro de Montesquieu, pois cria mais um fator de contenção do poder: a declaração de inconstitucionalidade, uma espécie de poder de impedir ou de veto judiciário.

Seja como for, o centro da vida democrática persiste no Poder Legislativo. A razão é simples e objetiva: é nele que a pluralidade social é representada, refletida. Deputados representam o povo. Senadores representam os estados. Ainda assim, deputados também se organizam em bancadas estaduais, enquanto senadores também são escolhidos em eleições diretas (não são indicados pelos governos estaduais). Ademais, na prática, deputados e senadores representam variados segmentos sociais, refletindo, o melhor possível, as virtudes e as dificuldades da sociedade. Tem-se, nisso, a essência da própria democracia que recomenda, a cada eleição, firme persistência no aprendizado da prática democrática.

Nessas relações, o juiz constitucional é ou deveria ser rigorosa e disciplinadamente “apenas” um árbitro, que protege a Constituição de eventuais inconstitucionalidades, mas sem tomar o lugar criativo que é próprio do legislador. Há, nisso, um equilíbrio delicado e sensível. Em situações de questionamentos acerca do legislador, o juiz constitucional por vezes flerta com posições ditas “ativistas”. Porém, o resultado é a negação da organização dos poderes e da própria democracia em favor de uma compreensão aristocrática das coisas.

Por tudo isso, foi extremamente oportuno esse colóquio, bem assim a obra dele decorrente. Para tanto, foi de grande sabedoria a interação com a academia francesa. Foi a respectiva tradição que produziu Montesquieu, “cujo gênio brilha mais com o transcurso do tempo”, para citar o compreensível juízo

de Karl Loewenstein. Lições da espécie fazem entender a frase havida em monumento a Charles de Gaulle na Champs-Élysées: “Há um pacto vinte vezes secular entre a grandeza da França e a liberdade do mundo”.

**José Levi Mello do Amaral Júnior**

*Professor associado de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e de mestrado e doutorado em direito do Centro de Ensino Unificado de Brasília (Ceub)*

# Introdução da Aslegis

Em maio de 2019, foi realizado o colóquio “A democracia: entre representação e jurisdição”, que objetivou discutir e avaliar as relações entre o legislador e o juiz constitucional, no quadro da democracia representativa.

O evento foi resultado da cooperação entre a Câmara dos Deputados e a Embaixada da França, com a iniciativa, a organização e o apoio da Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (Aslegis), destacando-se a participação do consultor legislativo Newton Tavares Filho, responsável pela ideia, coordenação do evento e da presente publicação. Destaque-se também a participação da Consultoria Legislativa (Conle), da Assessoria de Projetos e Gestão (Aproge) na organização do colóquio, bem como do Centro de Documentação e Informação (Cedi), por meio da Edições Câmara, para a publicação.

A Aslegis é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, que congrega e representa os consultores legislativos e de orçamento e de fiscalização financeira da Câmara dos Deputados. Além de defender os interesses da categoria, promove seminários técnicos e publica, semestralmente, os Cadernos Aslegis, que veiculam a produção intelectual dos consultores, disponíveis em sua página na internet.<sup>2</sup>

A associação estimula, apoia e divulga a produção intelectual de seus associados, em especial, de temas relacionados diretamente ao Poder Legislativo, presentes nas atividades dos consultores, como direito constitucional, democracia, processo legislativo, entre inúmeros outros. Os consultores são servidores aprovados em concurso de provas e títulos, divididos em várias áreas do conhecimento, que assessoram a Mesa diretora, as comissões permanentes e temporárias, os deputados e a administração da Casa.

A Aslegis e seus associados, no cotidiano de suas tarefas, têm acompanhado a crescente judicialização da política e seu impacto na atividade parlamentar. O debate entre os operadores do direito, acadêmicos e especialistas das mais

---

2 Disponível em: <<https://aslegis.org.br>>.

diversas áreas sobre a nova configuração do modelo clássico de separação dos Três Poderes é necessário e deve ser estimulado, bem como devem ser divulgadas as várias teorias em benefício da própria democracia.

A presente publicação visa a estimular a reflexão e o debate, que devem ser contínuos, sobre os papéis desempenhados pelos poderes da República, suas atribuições constitucionais e o equilíbrio e harmonia entre eles.

Ao colocar o presente trabalho à disposição dos parlamentares, dos acadêmicos, especialistas e estudiosos da temática abordada e do público em geral, do Brasil e da França, a Aslegis agradece a valiosa parceria das demais entidades participantes, cujos esforços, tanto durante o colóquio quanto na oportunidade de edição da obra resultante, ressaltam o brilho com que se houveram os ilustres expositores, a quem igualmente a Aslegis, em nome de todos os seus associados, estende seu preito de gratidão.

**Claudionor Rocha**

*Presidente da Aslegis (2020/2021)*

**Lisiane Alcantara**

*Presidente da Aslegis (2018/2019)*

# 1. Entre a razão pressuposta e o fetichismo do conceito: uma crítica das funções majoritária e iluminista do Supremo Tribunal Federal

Carlos David Carneiro Bichara<sup>3</sup>

## 1.1. Introdução

*Alegações extraordinárias exigem evidências  
extraordinárias. (Carl Sagan)*

Hoje, no Brasil, assistimos à emergência de correntes de pensamento acerca do papel do Judiciário, de maneira geral, e da jurisdição constitucional, de maneira particular, que parecem bastante confiantes em relação a certa “razão judicial”, capaz de reformar a sociedade a partir dos tribunais ou mesmo “empurrar a história” na “direção correta”. Por mais que essas correntes partam de movimentos distintos e possuam uma miríade de atores (cf. LYNCH, 2017), ninguém parece tê-las articulado em discurso acadêmico como o ministro Luís Roberto Barroso, para quem o Supremo Tribunal Federal (STF), além da tradicional função contramajoritária atribuída às cortes constitucionais, deveria também representar o “sentimento majoritário” e mesmo exercer um papel de vanguarda iluminista, encarregada de “empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2015, p. 42).

No que se segue, pretendo desenvolver uma crítica a essas teses, sem, com isso, encerrar o debate acerca de um eventual papel “majoritário” que o STF ou outras cortes constitucionais eventualmente exerçam ou possam exercer, dependendo da acepção do termo ou de sua natureza, descritiva ou normativa. Argumentarei, contudo, que não há, pelo menos no nível de formulação atual,

---

3 Consultor legislativo da Câmara dos Deputados. Doutor em teoria e filosofia do direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

motivos sólidos para assumir as teses de uma função majoritária ou iluminista tais quais propostas por Barroso (2015, 2018).<sup>4</sup>

Pretendo discutir que, malgrado a tentativa de oferecer uma nova luz sobre as possíveis funções da jurisdição constitucional, a defesa de Barroso (2015) em relação às funções majoritária e iluminista do STF parece padecer de, ao menos, quatro problemas centrais.

(1) Em primeiro lugar, Barroso (2015) parece partir de uma leitura muito parcial acerca dos estudos que utiliza para desenvolver seu argumento, ocultando, muitas vezes, as cautelas ou contrapontos presentes nos próprios textos citados para basear suas pretensões.

(2) Em segundo lugar, suas teses parecem estar permeadas pela chamada falácia da evidência incompleta, ou *cherry picking*, como é popularmente conhecida. Nesse sentido, parece escolher, dentre os argumentos e evidências disponíveis, aqueles favoráveis ao judiciário e desfavoráveis às instituições políticas em sentido estrito. Isso, muitas vezes, tomando conclusões não autorizadas pelas referências citadas ou levantando argumentos que, *prima facie*, são controversos ou mesmo não correspondem à realidade.<sup>5</sup>

4 Minha crítica será baseada, sobretudo, no texto “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria” (BARRROSO, 2015). Parto desse texto tanto por ter sido, ao que parece, a primeira exposição sistemática das teses da função majoritária e iluminista em um periódico jurídico, como por conter o cerne de argumentos que não sofreram grandes alterações posteriormente. De maneira suplementar, recorrerei também à última exposição sistemática das mesmas teses que, até o momento de conclusão deste artigo, poderiam ser encontradas no texto “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas” (BARROSO, 2018). Este último texto será utilizado para apontar alguns poucos avanços em termos de formulação em relação ao trabalho que tomo como ponto de partida. Parece desnecessário ressaltar, malgrado as críticas que serão aqui levantadas, o respeito que guardo a este grande jurista e seu importante legado para o constitucionalismo brasileiro, desde os avanços, hoje naturalizados, da doutrina da efetividade, a despeito de suas desventuras posteriores, até as ricas discussões trazidas por suas atuações como advogado constitucional e ministro da Suprema Corte.

5 No texto “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, é verdade que Barroso (2018) cita algumas das críticas a um papel mais “ativo” das cortes, como o avanço da política conservadora, os limites de suas capacidades institucionais, o risco de apatia social e politização do judiciário, citando ainda comportamentos ou decisões equivocadas do próprio STF, como o possível uso estratégico dos pedidos de vista e a decisão acerca da cláusula de desempenho partidária (BARROSO, 2018, p. 2.185 e ss.). O único engajamento dialético de Barroso (2018) com esses argumentos, no entanto, consiste em uma resposta empírica à questão do conservadorismo das cortes. Ademais, Barroso (2018) simplesmente responde que, malgrado as críticas, a jurisdição constitucional, de maneira geral, tem servido bem à causa do constitucionalismo democrático (BARROSO, 2018, p. 2.186). Desse modo, não há, nesse último texto, um engajamento dialético real ou consideração mais detida dos argumentos críticos de modo a influenciar na reconstrução das teses propostas. Os argumentos opostos fazem-se simplesmente constar.

(3) As ideias de função majoritária e iluminista, nos termos colocados pelo referido ministro, carecem de precisão conceitual, a ponto de serem apenas sugeridas, mas nunca explicadas em seus fundamentos.

(4) Barroso (2015) defende as funções mencionadas baseando-se em premissas oscilantes e contraditórias, o que parece levar a uma autoderrota do argumento que propõe.

## 1.2. Revisitando as referências utilizadas por Barroso (2015) como ponto de partida

No que diz respeito às evidências empíricas que dariam suporte à sua tese, Barroso (2015) apresenta em seus textos problemas para as instituições representativas que, de fato, devem ser levados a sério, como falhas no sistema eleitoral, autointeresse das casas legislativas ou capturas por interesses especiais. A partir deles, presumir alguma virtude ou atribuir alguma função ao Judiciário, no entanto, seria um *non sequitur*, como talvez Barroso (2015) mesmo admitisse, não fossem os argumentos positivos que oferece posteriormente para corroborar a tese de que o Judiciário, em certos contextos, seria melhor intérprete do “sentimento majoritário”.

O curioso é que, mesmo dentre os estudos oferecidos por Barroso (2015, 2018) para corroborar a primeira etapa de seu argumento, ou seja, o da crise das instituições representativas e a dissociação entre essas e a ideia de representação da maioria, é possível colher argumentos ou evidências que contrariam, ou ao menos matizam, as pretensões às quais o ministro lança-se a partir deles. O primeiro texto citado por Barroso (2015), “The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order”, de autoria de Graber (2008), é um exemplo disso.

Ao falar da exposição das disfunções dos sistemas representativos, que gerariam “muita indignação e poucos resultados”, Barroso (2015, p. 38) afirma que “a doutrina que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política”, e o texto de Graber é então referenciado como um exemplo dessa doutrina.

Ao analisar o artigo em questão, no entanto, percebe-se que seu principal objetivo ao revisar estudos que apontam para déficits democráticos nas instituições

representativas não é transpor a questão da dificuldade contramajoritária dos tribunais para o Congresso, como parece sugerir Barroso (2015), mas dissolver a própria questão enquanto tal. Isso porque, na opinião de Graber (2008), a própria ideia de dificuldade contra majoritária:

[...] suffers from normative and institutional myopia. Bickel and his followers focused obsessively on majoritarianism, ignoring other democratic problems that may be aggravated or ameliorated by judicial decisions declaring laws unconstitutional. (GRABER, 2008, p. 380)

Essa relativização da vontade da maioria como medida “única” de legitimação democrática contraria, em primeiro lugar, a pretensão de Barroso (2015) de usar o texto de Graber (2008) como um exemplo do deslocamento do tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais para o déficit democrático da representação política, até porque os problemas institucionais da Suprema Corte e das instituições políticas, para Graber (2008), seriam indissociáveis. Mas Graber (2008) é ainda mais explícito ao afirmar que a relativização da centralidade da dificuldade contramajoritária não implica, segundo seu próprio juízo, uma priorização dos problemas de legitimação das instituições representativas em relação à Suprema Corte ou uma isenção desta em relação a outros problemas de legitimação:

Majoritarianism is only one of many democratic commitments. Good democracies seek policies that are coherent, appeal to most citizens, and are capable of being revised by popular acclaim. Judicial decisions that do not present classic countermajoritarian difficulties may present coherence, polarization, and accountability difficulties... Judicial review that passes democratic muster may nevertheless be undesirable if a different practice would protect interests with a better claim to political or constitutional solicitude.

Studies of the countermajoritarian, coherence, polarization, accountability, and bias difficulties should be concerned with the performance of the constitutional system as a whole, abandoning an “institutional partisanship” that assumes “the centrality of the (particular) institution” being studied “in the drama of American politics. (GRABER, 2008, p. 380)

Dessa maneira, percebe-se que o texto de Graber (2008) citado por Barroso (2015) não implica um “deslocamento” de atenção de problemas de legitimação para as instituições políticas nem em uma “carta branca” à corte constitucional



para atuar como “representante da maioria”, uma vez relativizada a questão da dificuldade contramajoritária em seu âmbito de funcionamento.

Barroso (2015) afirma também mais adiante que estudos empíricos desmentiriam a ideia de que órgãos eletivos representariam sempre a vontade da maioria e que decisões proferidas por uma suprema corte nunca o fariam. Para isso, utiliza-se dos artigos de Klarman (1997) e Lain (2012). De fato, é possível achar nesses textos material empírico que aponta, de um lado, para déficits na representação política e, de outro, para a possibilidade de uma atuação majoritária das cortes constitucionais. Mas o tratamento dado a esses fenômenos pelos autores citados não parece corroborar as pretensões de Barroso (2015).

Klarman (1997, p. 502 e ss.), por exemplo, de fato defende uma função “majoritária” para a jurisdição constitucional. Essa, no entanto, se resumiria a enfrentar, de modo autocontido, o entrenchment de minorias nas instituições representativas, como nos casos de instituição de distritos que desrespeitam a igualdade do voto, manipulação partidária na criação de distritos ou restrições do direito ao voto. Longe de afirmar a capacidade das cortes de interpretar o “sentimento majoritário” ou atuar de forma representativa, Klarman (1997) parece cauteloso mesmo com o papel modesto que advoga:

[...] even if [...] anti-entrenchment theory is a coherent, normatively attractive, and judicially manageable alternative, how can politically unaccountable courts be expected to overcome the quasi-entrenchment incentive to expand their own power by limiting themselves to what is, after all, an extremely narrow conception of judicial review? The answer, I am afraid, is that there is little reason to be confident that courts will constrain themselves in this manner. The history of judicial review in this country, told in broad-brush strokes, is one of creeping judicial imperialism... (KLARMAN, 1997, p. 544)

Seria difícil, assim, imaginar que um autor relativamente cético em relação à capacidade de autocontenção das cortes e que defende inclusive a existência de um imperialismo judicial em seu país corroborasse a tese de funções representativas ou mesmo iluministas defendidas por Barroso (2015).

Lain (2012), por sua vez, de fato é mais afirmativa quanto à recorrência empírica de uma coincidência entre decisões da Suprema Corte americana e majorias aferidas por pesquisas de opinião e, de certa forma, também parece mais simpática à tese de uma atuação majoritária das cortes em um plano normativo. Ela

reconhece, porém, que sua teoria da *upside-down judicial review* não é uma teoria de como as cortes deveriam funcionar:

First and foremost, upside-down judicial review is a descriptive account of judicial review – an extralegal observation about how judicial review works, rather than a normative justification about how it should. (LAIN, 2012, p. 170)

Assumindo, portanto, sua tese como descritiva, até quando adentra nas possíveis consequências normativas de sua discussão, Lain (2012, p. 178-181) reconhece a complexidade de se aferir um balanço final da conveniência de uma revisão judicial majoritária, concedendo também a controvérsia contida na premissa da capacidade cognitiva dos juízes de reconhecer “a maioria” quando estão diante dela. Assim, mesmo Lain (2012), apesar de mais próxima ao que Barroso (2015) nomeia de papel representativo das cortes constitucionais, bem mais cautelosa ao retirar de suas pesquisas quaisquer afirmações normativas que pudessem servir de modelo para a atuação das cortes, como parece querer o ministro.

Ao citar essas referências, não espero, é claro, que se assuma o argumento completo de um autor para referenciá-lo, e, no entanto, não deixa de ser curioso como as principais referências empíricas de Barroso (2015) para corroborar sua tese sejam utilizadas, pelos próprios autores, em seus respectivos contextos, para contraditar ou ao menos matizar as pretensões do ministro. Se suas referências à crise das instituições representativas enfrentam esse tipo de problema, sua defesa positiva do judiciário parece enfrentar problemas ainda maiores.

### **1.3. O judiciário seria mesmo intérprete privilegiado do “sentimento majoritário”?**

Como visto, uma das novas funções de uma corte constitucional para Barroso (2015, p. 40) seria a função “representativa”. Para defendê-la, o ministro sustenta que o Judiciário, em certos contextos, seria melhor intérprete do sentimento majoritário. Isso porque, em primeiro lugar, haveria um suposto efeito “democratizador” do concurso público, por oposição à dificuldade financeira de se empreender uma campanha eleitoral. Além disso, os juízes passariam por uma faculdade de direito e por estudos “sistemáticos e aplicados”. O Judiciário seria, portanto, ao mesmo tempo, representativo, meritocrático e independente,

sendo essas as primeiras condições para tratar, de modo privilegiado, do “sentimento majoritário”.

As razões levantadas por Barroso (2015), no entanto, padecem de problemas internos ou não parecem suficientes para justificar as pretensões da tese. Quanto ao primeiro fator, o do efeito democratizador do concurso, há evidências empíricas suficientes para, ao menos, matizar a tese de uma composição democrática do Judiciário.

Segundo pesquisa realizada em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e aqui utilizo os próprios termos constantes de seu relatório, a maioria dos membros da magistratura são “recrutados nos estratos sociais mais altos” (CNJ, 2018, p. 15). Outra pesquisa recente, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), mostrou que 75% dos juízes não provêm “de origem popular” (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 314). Seja como for, não há por que presumir, sem evidências para tanto, que uma possível origem socioeconômica popular, muitas vezes longínqua, exerça influência significativa sobre o modo de julgar dos magistrados – que, inclusive por conta do padrão remuneratório de base, estão entre o 1% mais rico do Brasil.<sup>6</sup>

Quanto ao caráter meritocrático do concurso público e o nível de especialização em um tipo de conhecimento específico, isto é, o conhecimento jurídico, Barroso (2015) parece superestimar competências técnicas que não parecem ajustar-se muito bem a pretensões de representatividade. Com Dahl (2012), poderíamos dizer que não parece haver uma ciência régia, capaz de lidar satisfatoriamente com o encaminhamento de todos os problemas humanos. Nesse sentido, não há por que conferir ao saber jurídico qualquer vantagem para representar a “maioria”, em detrimento de outros saberes, como o econômico, político ou sociológico, por exemplo.

Em segundo lugar, Barroso (2015) parece subestimar o fato de que todos os especialistas são especialistas em um único ou poucos campos do saber, enquanto vivemos em sociedades complexas cujos problemas transcendem as ciências particulares, com muitas consequências para qualquer pretensão de representatividade. Por fim, não é evidente que qualquer tipo de saber técnico

---

6 Informação obtida a partir da consulta à tabela disponibilizada pelo site Nexo Jornal. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/interativo/2016/01/11/O-seu-sal%C3%A1rio-diante-da-realidade-brasileira>>. Acesso em: 10/1/2019.

habilite alguém a lidar com questões morais controversas de forma mais satisfatória do que qualquer pessoa comum (DAHL, 2012, p. 100 e ss.). Portanto, não parece que o caráter meritocrático ou a especialização dos juízes os habilitem a ser intérpretes privilegiados do “sentimento majoritário”, seja o que isso signifique na prática.

Por fim, Barroso (2015, p. 40) menciona a independência do Judiciário em relação ao ciclo eleitoral e a vitaliciedade dos juízes como fatores que também tornariam os magistrados melhores e mais independentes para representar a vontade da sociedade em certos casos, uma vez que estariam, respectivamente, afastados da necessidade de alianças com setores econômicos e não estariam submetidos às circunstâncias de curto prazo da política e, em princípio, às tentações populistas.

Nesse ponto, Barroso (2015) parece desconsiderar qualquer vínculo entre o Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito às cortes constitucionais, e os poderes políticos. Na verdade, o ministro contrapõe ao argumento de que os ministros integrantes do STF, no Brasil, são nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal e, portanto, de algum modo, vinculados à política, o fato de a maioria do tribunal hoje ser egressa de carreiras jurídicas de Estado (BARROSO, 2015, p. 40). Esse argumento, no entanto, nada diz sobre o processo que levou à nomeação dos ministros e seu caráter necessariamente político e nem sobre as relações prévias ou posteriores desses ministros com os outros poderes.

A esse respeito, por exemplo, um estudo empírico realizado pelo cientista político Frederico de Almeida apontou que, entre 1985 e 2008, 20% dos indicados para ministros do STF exerceram atividades políticas em sentido estrito e 55% ocuparam cargos administrativos do Estado (cf. ALMEIDA, 2016). Em outra pesquisa realizada por Fernando Fontainha, Thiago Jorge e Leonardo Sato, concluiu-se que entre os 33 ministros do STF atuantes entre 1988 e 2013, 20 desenvolveram ao menos alguma atividade ligada à política (FONTAINHA; JORGE; SATO, 2018, p. 105). Dados como esses mostram constante reposicionamento entre direito e política nas carreiras de muitos dos ministros do STF. Por fim, um trabalho jornalístico realizado recentemente por Felipe Recondo e Luiz Weber indica também que é comum, no processo de indicação, os ministros contarem com padrinhos políticos poderosos, alcunhados de “jóqueis” nos mundos político e jurídico (RECONDO; WEBER, 2019, p. 682).

Para além de todas essas evidências sobre o reposicionamento entre direito e política, é preciso considerar também que a ideia de que os juízes estão livres de pressão por parte de interesses especiais ainda está por ser demonstrada empiricamente. E, por outro lado, o possível insulamento dos juízes em relação ao processo político não garante que o processo judicial esteja livre de interesses especiais, como os interesses econômicos, que preocupam a Barroso (2015). Grupos de interesse organizados, com recursos econômicos portentosos, estão aptos a litigar com mais frequência, influenciar em maior grau as informações que um tribunal recebe e atuar estrategicamente para favorecer resultados esperados.

Além disso, mesmo que se assuma que as instituições representativas estão mais sujeitas à influência do poder econômico, não há por que não se assumir também, admitindo a racionalidade dos atores envolvidos na busca pelos seus objetivos, que o judiciário se torna mais propenso a determinadas pressões na medida em que se torna palco privilegiado de decisões que afetam os interesses organizados (cf. ELHAUGE, 1991, p. 80-81). Se esse argumento estiver correto, a incorporação institucional das funções majoritária e iluminista inclusive favoreceria a transposição dos dilemas que Barroso (2015) atribui à política para o âmbito das cortes constitucionais.

Restaria ainda, a favor de Barroso (2015), o argumento de que, apesar de sujeito ao mesmo tipo de pressões, o Judiciário seria, na verdade, mais independente por conta da vitaliciedade e da ausência de pressões do ciclo eleitoral e, portanto, mais propenso a resistir ou reagir a pressões.

Haveria nesse ponto, contudo, duas questões a serem solucionadas. A primeira relaciona-se a uma pressuposição de virtuosidade dos juízes em relação a problemas que não a limitação dos mandatos e o ciclo eleitoral, como casos de viés partidário ou mesmo corrupção. A segunda, de certa forma relacionada às implicações da primeira, é que longe de ser um argumento automático a favor da tese de uma função majoritária das cortes, essa independência, uma vez presumida, revela um papel ambíguo no que diz respeito à representação.

Isso porque Barroso (2015) parece assumir que os juízes decidirão sempre, ao exercer a função majoritária, segundo o direito e os “sentimentos majoritários”. Não é claro, no entanto, em que medida o direito de fato constrange os magistrados em um plano empírico. Nesse sentido, convém lembrar de

modelos empíricos como o chamado “modelo atitudinal”, que inaugurou toda uma agenda de pesquisas que sugere que o determinante para as decisões dos juízes seriam seus sinceros valores ideológicos justapostos aos estímulos factuais oferecidos pelos casos (cf. SPAETH; SEGAL, 2002), mais do que a letra da lei ou a jurisprudência. Por mais que esse modelo hoje enfrente uma série de contestações, o debate sobre seus méritos e limites está longe do final.<sup>7</sup>

No que diz respeito mais especificamente ao Brasil, há pesquisas que apontam, mesmo na ausência de uma relação clara entre indicações e posicionamentos, o uso eventual de discursos políticos explícitos por parte de ministros do STF (SILVA, 2018, p. 50). Mais importante que isso, há também uma agenda de pesquisa ainda em curso que vem questionando, por exemplo, o uso dos pedidos de vista pelos ministros, cujos dados não são consistentes com a ideia de que esses pedidos estejam sempre relacionados à necessidade de estudar o caso, à sua complexidade ou à quantidade de trabalho dos ministros (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 127). Dados como esse sugerem um possível uso estratégico das regras internas do tribunal para fazer valer preferências ou teses individuais, o que seria incompatível com a ideia normativa da representação de um sentimento majoritário ou de uma intervenção iluminista.

Esses exemplos nos fazem questionar se o insulamento político dos juízes consiste em uma vantagem ou desvantagem, uma vez ausentes alguns dos principais meios de *accountability* que pesam sobre os políticos eleitos. Nesse sentido, o mau uso das funções propostas por Barroso (2015), uma vez que essas funções sejam legitimadas, parece mais difícil de combater do que o mau uso atribuído às funções políticas em sentido estrito.

Mas não é somente de supostas características intrínsecas à magistratura que Barroso (2015) retira as premissas da possibilidade de uma interpretação privilegiada do “sentimento majoritário”, referindo-se também à estrutura e às condições do processo judicial. Outras vantagens do Judiciário seriam só atuar por iniciativa das partes, possuir a obrigação de ouvir os interessados e fundamentar suas decisões (BARROSO, 2015, p. 40).

---

7 Para uma revisão do modelo atitudinal, suas principais contestações e possíveis agendas nesse campo de pesquisa, ver Gerhardt (2003).

Nesse sentido, é possível conceder a Barroso (2015) que a estrutura adversarial do processo e a consequente obrigação de ouvir as partes de fato sejam, ao menos em um plano normativo, uma vantagem do judiciário. Essa vantagem, no entanto, parece consistir muito mais em analisar questões factuais ou de direito trazidas por litigantes adversários do que resolver questões sociais controversas ou conflitos policêntricos que envolvam uma miríade de visões, fatos sociais ou questões técnicas imbricadas (cf. ELHAUGE, 1991, p. 77-79).

Além disso, como já salientado, a inércia dos juízes, combinada com a estrutura adversarial, favorece que litigantes com mais recursos e, portanto, com acesso a bons advogados ocupem mais a agenda do Judiciário do que outros atores destituídos desses ativos, tornando, dessa maneira, o Judiciário em um instrumento assimétrico de adjudicação de direitos ou políticas para minorias. Adentrando mais propriamente no debate empírico, ao menos no caso da chamada “judicialização de saúde”, já há evidências suficientes para a conclusão de que um volume considerável de recursos, que poderiam ter sido aplicados em favor de programas coletivos, foi apropriado por uma pequena minoria litigante para o custeio de tratamentos pessoais (cf. FERRAZ, 2010).

No mesmo sentido, a fundamentação das decisões, que deveria ser a regra para qualquer autoridade pública, não parece destituída de problemas quando se trata do Poder Judiciário. Nesse contexto, um influente estudo empírico de Rodriguez (2013, p. 80 e ss.) defende, por exemplo, a existência de um déficit significativo na fundamentação das decisões judiciais no Brasil, inclusive nas cortes superiores, que, não raro, obedeceriam a uma estrutura calcada em meras invocações de autoridade e agregações de opiniões.

Dessa forma, há evidências reunidas em diversos argumentos e estudos empíricos que mostram que as teses de Barroso (2015, 2018) estão longe de serem autoevidentes. Querer que elas bastassem para contrapor as teses do ministro, no entanto, seria incorrer no mesmo erro que se critica, já que apresentei apenas, ou um pouco mais, que contrapontos às teses empíricas do ministro. Cumprindo a função do estranhamento e da matização nessa seção, é preciso agora passar para um próximo plano, mais central.

O fato é que pouco sabemos sobre as funções majoritária e iluminista do STF a não ser a hipótese de que o judiciário seria, muitas vezes, melhor intérprete do “sentimento majoritário” (BARROSO, 2015, p. 39) nos termos já mencionados

ou a afirmação tremenda de que caberia ao STF, em alguns momentos de sua vida institucional, “empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2015, p. 42). E aí parecem residir as maiores debilidades das teses de Barroso (2015, 2018).

#### **1.4. O que significa, afinal, interpretar o “sentimento da maioria” e “empurrar a história”?**

Como visto, Barroso (2015, 2018) defende, baseado nas afirmações empíricas que discutimos na seção anterior, que o Judiciário seria melhor intérprete do “sentimento majoritário” porque traria consigo características como o investimento de seus quadros por concurso público, conhecimento especializado, vitaliciedade, inércia e dever de fundamentação de suas decisões. Para que essas qualidades se traduzissem em representação, no entanto, seria preciso presumir uma certa capacidade cognitiva dos juízes de conhecer o “sentimento majoritário” e convertê-lo em decisão judicial.

Mas o que seria o “sentimento majoritário”? Barroso (2015, p. 41) argumenta, por um lado, que, “nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstrariam a inclinação majoritária da corte constitucional”, mas tais estudos, relacionados para corroborar o argumento, tratam fundamentalmente de pesquisas de opinião. Em outros momentos, por outro lado, como quando Barroso (2015) diz que cabe à corte constitucional interpretar “o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história”, o ministro parece referir-se não a uma maioria de indivíduos agregados, mas a uma entidade ou fato social, a ser apreendida por meio de um trabalho hermenêutico. Ambas as acepções, no entanto, acarretam problemas jamais enfrentados pelo ministro.

Se a primeira acepção for, de fato, a defendida por Barroso (2015), ou seja, se representar a vontade da maioria significa representar a vontade da maioria aferida por pesquisas de opinião, parece haver uma superestimação da opinião como fator capaz de ensejar um fundamento normativo para a atuação geral da corte e para a decisão judicial, além de se promover uma falsa equivalência entre majorias de pesquisas de opinião e decisões segundo a regra da maioria para o investimento de representantes ou votações no âmbito do Legislativo.



Em primeiro lugar, Barroso (2015) não parece considerar uma diferença fundamental entre as maiorias que elegem representantes para o Executivo ou para o Legislativo e as maiorias aferidas por pesquisas de opinião em um plano normativo: no primeiro caso há uma expressão inequívoca de autonomia por meio de uma regra procedimental, a regra da maioria; no segundo caso, há apenas uma aferição momentânea de opiniões e, ainda assim, por amostragem.

Isso não quer dizer, é claro, que pesquisas de opinião não tenham seu papel no debate democrático, mas da própria contraintuitividade de se substituir eleições ou deliberações congressuais por pesquisas de opinião é possível inferir a distância normativa entre esta e aquelas. Como se verá adiante, essa distância aumenta mais ainda se Barroso (2015) pretende conferir à sua tese das funções representativa e iluminista um fundamento deliberativo.

A segunda acepção de “sentimento da maioria” parece padecer de problemas ainda maiores. Qual seria exatamente o significado de termos como “sentimento social”, “espírito do tempo” ou “sentido da história” tais quais apontados por Barroso (2015)? Esse questionamento não trata de um preciosismo, já que Barroso apresenta esses termos como parâmetros da atividade hermenêutica do juiz constitucional (BARROSO, 2015, p. 47). Seja qual for o sentido dos termos mobilizados, defender, sem sustentar, uma espécie de realismo ou cognitivismo em relação aos termos que aborda não equivaleria a presumir a capacidade cognitiva local dos juízes em apreendê-los. Barroso (2015) parece fazê-lo, no entanto, ao defender as supostas condições privilegiadas debatidas anteriormente, como a investidura por concurso público, conhecimento especializado, obrigação de justificação, etc. Se isso é tudo a favor da tese, no entanto, parece muito pouco para a pretensão levantada.

Tal qual apresentada, aliás, a tese de Barroso (2015) parece presumir, ao mesmo tempo, erudição, conhecimento de fatos relevantes, maturidade ética e prioridade do conhecimento jurídico sobre outros (cf. TORRANO, 2016), ignorando riscos institucionais como a prevalência de interesses próprios, com formulação

de argumentos enviesados e uma possível confusão entre o ponto de vista pessoal e o ponto de vista jurídico (cf. TORRANO, 2019, p. 320).<sup>8, 9</sup>

O fundamental, nesse ponto, é que a racionalidade judicial capaz de representar o “sentimento majoritário” ou “empurrar a história quando ela emperra” parece ser somente e a todo o tempo pressuposta, a não ser pelos apelos empíricos às “vantagens” já mencionadas do Poder Judiciário. Como notou recentemente Bustamante (2018), não há, em Barroso (2015), na proposição das novas funções da jurisdição constitucional, como geralmente se encontra em teses mais ambiciosas em relação ao papel das cortes constitucionais em uma democracia, a exemplo de Dworkin, a preocupação em oferecer uma disciplina do argumento ou tipo especial de justificação como garantias pela responsabilidade reivindicada.

Mesmo que admitíssemos, contudo, a existência ou mesmo a relevância de um “sentimento majoritário” para a hermenêutica constitucional e assumíssemos que os juízes são capazes de conhecer esse sentimento e justificá-lo adequadamente, restaria, no entanto, a dúvida se esses mesmos juízes seriam capazes de converter tudo isso em provimentos judiciais adequados. Nesse sentido, Barroso (2015) não parece levar em consideração as capacidades institucionais dos próprios tribunais e do seu, em especial, para lidar com certas questões complexas ou mesmo os efeitos dinâmicos das decisões sobre uma miríade de atores (cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 886).

8 As críticas de Bruno Torrano nos textos assinalados dirigem-se tão somente à tese da “função iluminista do Supremo Tribunal Federal”. Estendo-a aqui, por minha conta, também à função representativa por entender que, no sentido empregado por Barroso, essa função demandaria, além de outros, os mesmos tipos de premissas assumidos para a função iluminista.

9 É curioso que Barroso, na última formulação acerca das funções representativa e iluminista, tenha assumido esses riscos, ao afirmar, por exemplo, que pode haver influências ideológicas, institucionais e mesmo estratégicas nas decisões judiciais, respondendo apenas acreditar que o direito conservará sempre um grau relevante de autonomia (BARROSO, 2018, p. 2.195). Assim, não parece ter havido um engajamento dialético com esses riscos, de forma a redimensionar as teses propostas. Os problemas da intrusão de elementos “externos” ao direito, no entanto, caso aceitas as funções propostas por Barroso, parecem ter o potencial inclusive de serem agravados, ainda mais quando se aceita o uso genérico e bastante repetido do termo “sentimento” como fundamento normativo, que aproxima a tese do ministro de uma espécie de intuiçãoismo jurídico, que, ao apelar a uma suposta verdade autoevidente, pode inclusive prejudicar o espaço dos argumentos (cf. ALEXY, 2001, p. 48-49). Curiosamente, nesse sentido, o apelo de Barroso a um sentimento social torna sua tese mais próxima de um romantismo filosófico do que do iluminismo pretendido (FELIPPE, 2019).

Como notou Waldron (2006, p. 1.376), muitas das questões que abrangem direitos não possuem um caráter binário, mas multifacetado,<sup>10</sup> o qual envolve muitas vezes escolhas e desenhos institucionais complexos que escapam à linguagem e às próprias possibilidades reais da jurisdição constitucional. Ao que parece, no entanto, na esteira de uma tendência do pensamento jurídico contemporâneo, Barroso (2015) parece querer, na melhor das hipóteses, deduzir do reconhecimento de certos direitos ou princípios fundamentais o momento de imaginação institucional que lhes dá concretude (UNGER, 1996, p. 53). Na pior das hipóteses, esse momento parece ser simplesmente ignorado.

Seria possível, no entanto, matizar todas essas críticas se considerarmos que Barroso (2015, p. 39 e p. 45) não está propondo uma substituição dos poderes políticos pela jurisdição constitucional, uma vez que o ministro defende que a função majoritária seja exercida apenas em “certos contextos” e que os poderes políticos teriam preferência geral para tratar das matérias de interesse do Estado e da sociedade. Quando então deveria a jurisdição constitucional atuar? Segundo Barroso (2015, p. 45), ela deveria se impor somente se “a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental, comprometimento dos pressupostos do Estado democrático ou diante da omissão do Poder Legislativo”.

O escopo oferecido pelo ministro, no entanto, parece explicar muito pouco, uma vez que todos os contextos previstos pelo ministro podem ser compreendidos por suas atribuições usuais tais quais dispostas nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988. Além disso, a mera previsão de quando atuar não equivale à demonstração de como atuar ou em nome de que atuar, uma vez que as funções propostas consistem em teses normativas sobre as funções da jurisdição constitucional. Nesse sentido, tal como no caso da justificação, raciocínio ou constrição argumentativa demandadas para uma representação do “sentimento majoritário” ou para uma intervenção iluminista, as condições para o exercício das funções propostas também parecem esotéricas.

Além disso, os contextos oferecidos por Barroso (2015) para exercício das novas funções, se levados a sério, deveriam obrigá-lo a um reenquadramento ou redimensionamento de suas teses ou a uma refeitura de sua sociologia dos

---

10 Ao citar esse argumento, é claro, não assumo a crítica de Waldron (2006) à jurisdição constitucional em toda a sua extensão ou intensidade.

poderes. Isso porque, dadas as descrições oferecidas pelo ministro, não fica claro por que poderes “globalmente associados à disfuncionalidade, corrupção e captura por interesses privados” (BARROSO, 2015, p. 38) deveriam continuar tendo preferência para tratar das matérias de interesse do Estado e da sociedade frente a um poder mais meritocrático, democrático e racional (BARROSO, 2015, p. 40).

Desses problemas, temos que as próprias noções de função representativa e iluminista não são claras, nem o tipo especial de justificação que demandariam, nem as competências cognitivas para fazê-lo e, por fim, nem os momentos efetivos em que devem ser empregadas. Restaria, no entanto, questionar, sobre o fundamento último de legitimidade atribuído por Barroso (2015) para o exercício dessas funções, a ideia de que caberia à corte constitucional o papel de “representante argumentativo da sociedade”.

## 1.5. Qual teoria da democracia?

Como visto anteriormente, Barroso (2015) vai buscar em Alexy (2005), segundo sua própria interpretação, a ideia de que a corte constitucional estaria autorizada a figurar como representante do povo por meio de uma “legitimação discursiva” de sua atuação. Dessa maneira, a reconciliação entre a representação e a jurisdição constitucional ocorreria por meio de um “projeto de institucionalização da razão e da correção pelos juízes” (BARROSO, 2015, p. 41).

A primeira coisa que chama atenção na adjudicação da tese de Alexy (2005), quando vamos diretamente ao texto referido, é que a tese, em si, não parece ser suficiente para a afirmação positiva de uma modalidade particular de jurisdição constitucional (cf. KUMM, 2012, p. 202), atestando tão somente a compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia sob certas condições. Não há nada no texto de Alexy (2005), citado por Barroso (2015, p. 40-41), por exemplo, a indicar que as cortes devam interpretar o “sentimento majoritário”, inclinar-se às posições majoritárias ou alinhar-se às demandas da sociedade.

Na verdade, Alexy (2005, p. 580) estabelece uma identificação com o que o “povo realmente pensa” em um sentido deliberativo, como uma condição de legitimação democrática das decisões da Suprema Corte. Isso no sentido

de que a Corte, ao decidir, deveria submeter-se, para fins de legitimidade, ao escrutínio de sujeitos racionais que assintam acerca da correção ou solidez de suas decisões. A estes sujeitos racionais, o filósofo alemão alcinhou de pessoas constitucionais.

Como se percebe, isso pouca relação tem com filtrar, por meio de decisões judiciais, sentimentos ou demandas difusas da sociedade (cf. ALEXY, 2005, p. 580). Nesse sentido, especialmente no que diz respeito à função iluminista, Barroso (2015) parece desconsiderar que a corte, no esquema formulado por Alexy (2005, p. 579), não possuiria uma legitimação volitiva, não podendo orientar, portanto, a vontade da sociedade em uma determinada direção.

Ainda assim, Barroso (2015) não parece considerar de modo suficiente as condições, bastante demandantes, impostas por Alexy (2005) para o exercício da representação argumentativa, que segundo o filósofo alemão seriam: (1) a existência de argumentos sólidos ou corretos; e (2) a existência de pessoas racionais, aptas e dispostas a reconhecer esses argumentos como sólidos e corretos.

Em relação a essas condições, é preciso lembrar, em primeiro lugar, que, no bojo da teoria discursiva de Alexy (2011, p. 26), argumentos sólidos ou corretos adviriam da correção propiciada pelo procedimento do discurso, cujas regras expressariam as condições do argumentar prático racional. Nesse sentido, o discurso jurídico, como caso especial do discurso prático geral, também exige regras de correção, ainda que sob limitações próprias ao direito.<sup>11</sup>

Curiosamente, Barroso (2015) não parece incorporar em suas teses as regras do discurso de Alexy (2011) como ideais regulatórios para o exercício das funções representativa e iluminista, tomando, como já notado, a racionalidade dos juízes como pressuposta, ou recorrendo a fórmulas bastante generalistas como

---

11 Nesse sentido, Alexy (2011) levanta regras de justificação, como a necessidade de apresentação de ao menos uma norma universal para justificação de um julgamento jurídico, a obrigação do julgamento jurídico seguir logicamente ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações, a prioridade dos argumentos que exprimem uma ligação com o teor literal da lei ou com a vontade do legislador e a consideração de todos os argumentos que for possível propor. Também estabelece regras da argumentação dogmática, como a necessidade de fundamentar todo o enunciado dogmático mediante o emprego de pelo menos um argumento prático de tipo geral, a obrigação de que todo o enunciado dogmático deva poder ser bem-sucedido em uma comprovação sistemática e a obrigação de se usar argumentos dogmáticos se estes podem ser usados. Estabelece também regras sobre o uso de precedentes, como a obrigação de citar um precedente a favor ou contra uma decisão, se isso puder ser feito, ou arcar com o ônus da argumentação toda vez que se queira afastar um precedente (cf. ALEXY, 2001, p. 218 e ss.).

“exercer a jurisdição com parcimônia” ou “combinar prudência e ousadia” (BARROSO, 2015).

De outro lado, a exigência de um número suficiente de pessoas capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos, nos termos da teoria do discurso, além de seus problemas internos, colocaria em xeque a própria pretensão de Barroso (2015) de a corte exercer um tipo de representação que consiste em filtrar, hermenêuticamente, anseios, demandas e sentimentos, uma vez que não estaríamos, nesse caso, diante de um processo deliberativo entre representantes e representados, iguais em pretensão de racionalidade, mas de uma mediação demiúrgica entre vontade e razão, tendo, esta última, como sede precípua a jurisdição constitucional.

Ainda assim, mesmo se ignorássemos todos os problemas colocados e assumíssemos uma recepção bem-sucedida de Alexy (2005, 2011) por Barroso (2015) e, portanto, a ideia de representante argumentativo como ideal normativo para a atuação do STF, haveríamos de pensar se o desenho institucional da Suprema Corte brasileira suporta esse tipo de ideal normativo. Nesse sentido, devemos considerar que, hoje, o STF está longe de funcionar como uma corte deliberativa no sentido reivindicado por Alexy (2005, 2011), uma vez que suas decisões se baseiam na soma de votos produzidos anteriormente às sessões, sem garantias de deliberação prévia ou posterior e, muitas vezes, com um tipo de raciocínio jurídico que torna os juízes mais advogados de suas próprias teses do que apreciadores de todas as razões disponíveis (cf. SILVA, 2003), como exige, aliás, a teoria do discurso.

O principal problema da utilização de uma teoria deliberativa da democracia para justificar as atuações majoritária e iluminista da corte, no entanto, não parece residir em problemas de interpretação e adequação das referências, nem de uma incompatibilidade empírica com a estrutura institucional da Suprema Corte brasileira, mas com a própria contradição entre o ideal normativo da deliberação e o modo como as funções representativa e iluminista são apresentadas, em primeiro lugar.

Tanto pela referência às qualidades empíricas do judiciário quanto por uma aferição quantitativa da opinião pública, baseada na ideia de maioria<sup>12</sup> ou

---

12 É preciso pontuar que pesquisas de opinião não podem ser identificadas sempre com um ideal democrático baseado na agregação de preferências, pois podem refletir, em algum momento, pro-

na aferição de “sentimentos” ou “demandas”, Barroso (2015) não parece ver no povo, o qual a Corte deveria representar, um parceiro em um empreendimento deliberativo, cabendo tão somente à jurisdição constitucional identificar o lado da maioria ou traduzir sentimentos e demandas em decisões judiciais. Nesse sentido, a epígrafe, atribuída a Etienne Lamy, que abre a seção dedicada a discorrer sobre a função representativa do STF, é elucidativa: “a grande arte em política não é ouvir os que falam, é ouvir os que se calam”.<sup>13</sup>

Em relação à função iluminista, essa contradição aparece ainda de forma mais evidente. Ao citar os casos das uniões homoafetivas e da interrupção da gestação de fetos anencefálicos como exemplo da função iluminista exercida pela corte, Barroso (2015, p. 42) criticou os juristas que se opuseram às decisões pela forma como foram tomadas, afirmando não “ser um bom critério colocar o procedimento acima do resultado” ou os “princípios formais da democracia acima dos princípios materiais de igualdade e dignidade”. Aqui, mais uma vez, o ideal normativo deliberativo emprestado de Alexy, que supostamente serviria para fundamentar a atuação majoritária e iluminista da Corte, não é apenas esquecido, como desprezado em nome de uma aparente clareza do juiz acerca dos conteúdos materiais da igualdade e dignidade.

No fim das contas, o desprezo pela deliberação democrática enunciada nessa passagem e presente nos argumentos enfrentados nas seções anteriores mostra a reivindicação de um “iluminismo” bastante *sui generis*. Barroso (2018, p. 2.207-2.208) cita como uma das referências da tradição iluminista, à qual pretende se filiar, o opúsculo “O que é o iluminismo”, de Kant (2012). Logo no início desse texto ficamos sabendo que essa tradição trata, segundo o filósofo alemão, de retirar o ser humano da menoridade, que consistiria na “incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem” (KANT, 2012).

---

cessos deliberativos em curso na sociedade. O ponto, no entanto, é que as pesquisas de opinião não podem ser equiparadas a esses mesmos processos.

13 Na verdade, Barroso (2018, p. 2.200) até chega a afirmar que “o protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil”, sem incorporar em suas teses, no entanto, o diálogo e os termos do diálogo entre as decisões representativas e iluministas e os debates correntes na sociedade civil, que aparece sempre como portadora de anseios, demandas ou sentimentos, mas nunca como parceira racional. Falta a Barroso, entre outras coisas, uma teoria sobre a circulação da razão entre os poderes e a sociedade, como é possível encontrar em muitas das teorias verdadeiramente deliberativas.

Nesse sentido, nada parece menos iluminista do que pressupor, sem demonstrar, sem propor algum tipo de constrição do pensamento ou procedimento reflexivo, a capacidade de um poder de representar a maioria ou empurrar a história em determinada direção. Esbarra-se aqui tanto em uma razão pressuposta, mas nunca destrinchada, quanto em um fetichismo do conceito, que, malgrado o apelo de sua sonoridade, parece conter muito pouco além da vontade do autor.

## Referências bibliográficas

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. [s. l.] Landy Ed., 2001.

\_\_\_\_\_. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, nº 572, p. 578 e ss., 2005.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing control without docket control: how individual justices shape the brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, nº 1, p. 105-140, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, nº 4, p. 2.171-2.228, 2018.

BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. [s. l.] Yale University Press, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas. *O Iluminismo do senso comum*. Palestra proferida no Colóquio Direito, Desacordo e Valor: o debate entre Waldron e Dworkin, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=brL0hxlV EZ4&t=1154s>>. Acesso em: 21 nov. 2019.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012.

DE ALMEIDA, F. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, nº 97, p. 213-252, 2016.

ELHAUGE, E. R. Does interest group theory justify more intrusive judicial review? *The Yale Law Journal*, v. 101, nº 1, p. 31, out. 1991.

FELIPPE, Marcio Sotelo. O gato preto do ministro Barroso e as ilusões juridicistas. *Revista Cult*. 2019. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-stf/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, nº 1.643, 2010.

FONTAINHA, F.; JORGE, T. F. S.; SATO, L. S. S. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). *Revista de Ciências Sociais: RCS*, v. 49, nº 2, p. 93-131, 2018.

GERHARDT, M. J. Attitudes about attitudes. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 1.733, 2002.

GRABER, M. A. The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order. *Annual review of law and social science*, v. 4, p. 361-384, 2008.

KANT, Immanuel. *Textos Seletos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

KLARMAN, Michael. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *Geo. LJ*, v. 85, p. 491, 1996.

KUMM, Mattias. Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. *Geo. LJ*, v. 101, p. 113, 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. *Insight Inteligência*, v. XX, nº 79, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. [s. l.] Cambridge University Press, 2002.

SILVA, J. M. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos*, nº 110, p. 34-54, 2018.

SILVA, V. A. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, nº 3, p. 557-584, 2013.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 885, 2002.

TORRANO, Bruno. Supremo não pode ter papel iluminista. *Conjur*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115 (6), 2006.

## 2. Controle de constitucionalidade e reações legislativas em matéria tributária: a quem cabe a última palavra?

Celso de Barros Correia Neto<sup>14</sup>

### 2.1. Introdução

Este artigo discute o papel dos poderes Legislativo e Judiciário na interpretação constitucional, no Brasil, e analisa as reações legislativas praticadas pelo Congresso Nacional em resposta a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente em matéria tributária.

A quem compete a última palavra sobre a lei? Quem deve ser o intérprete da Constituição? Quem está legitimado a oferecer a interpretação legislativa “definitiva”? Essas questões remetem ao tema do protagonismo do judiciário e dos embates, cada vez mais frequentes, entre a autoridade legislativa e a judicial, especialmente a exercida pelo STF.

O estudo procura traçar o perfil institucional do órgão, a partir das suas atribuições constitucionais e sua atuação como “guardião da Constituição”, para em seguida analisar as maneiras como o Congresso Nacional responde às deliberações do tribunal em controle de constitucionalidade, enfatizando, sobretudo, as causas de natureza tributária.

O texto está estruturado em três partes. A primeira é dedicada a identificar fatores que contribuíram para a expansão do protagonismo do Tribunal nos embates políticos em detrimento da autoridade do Congresso Nacional. A segunda parte procura identificar as principais formas de reação legislativa à atuação do STF por parte do Congresso Nacional. A terceira aplica essas noções às causas

---

14 Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Advogado, consultor legislativo da Câmara dos Deputados e professor do Instituto Brasileiro de Direito Público.

E-mail: [celso@medeirosbarroscorreia.com.br](mailto:celso@medeirosbarroscorreia.com.br)

tributárias, explorando os precedentes do tribunal e as medidas adotadas em contrapartida pelo Poder Legislativo.

Para tanto, a pesquisa considerou não apenas a literatura jurídica e política sobre o tema como também a experiência concreta brasileira, pela seleção e análise de julgados do STF e de proposições legislativas a eles relacionadas. Espera-se que o trabalho possa contribuir para lançar luzes sobre a maneira como se relacionam o Congresso Nacional brasileiro e o STF, especialmente em relação às decisões em matéria tributária.

## **2.2. Perfil institucional e protagonismo do STF**

A interpretação da Constituição tornou-se um problema central no debate político contemporâneo juntamente com o crescente protagonismo dos tribunais constitucionais. Cada vez mais, a jurisdição constitucional é chamada a arbitrar conflitos sociais relevantes e embates institucionais graves, tendo como base a interpretação da própria Constituição.

O fenômeno não fica restrito ao Brasil nem à França. Pode ser tomado, em boa medida, como produto da adoção de constituições escritas e rígidas (VIEIRA, 2008), do reconhecimento de sua força normativa, bem como da criação de consolidação de órgãos – isto é, cortes constitucionais – encarregados de controlar a produção legislativa em confronto com o texto constitucional.

As críticas à supremacia judicial e ao déficit democrático inerente ao processo de tomada de decisões pelos tribunais, especialmente em matéria de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, são conhecidas especialmente à doutrina estrangeira (WALDRON, 2006). No Brasil, o tema assume especial gravidade, em decorrência do perfil do texto constitucional em vigor e das práticas institucionais que com base nele se desenvolveram, particularmente nas últimas duas décadas. Extensa e detalhada, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) alargou o rol de direitos e garantias fundamentais e expandiu consideravelmente o papel e os instrumentos de atuação do STF, trazendo-o para o centro do debate político nacional contemporâneo.

Vieira (2018) utiliza o termo “supremocracia” para se referir à amplitude dos poderes e da atuação do STF. Nas palavras do autor:

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas constitucionais. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. (VIEIRA, 2018, p. 162)

A amplitude das matérias elevadas em 1988 ao patamar constitucional, aliada à falta de mecanismos eficientes para conter os feitos que galgam a instância extraordinária, fez crescer as demandas que assomam o Tribunal e, com isso, também a discricionariedade da Corte na formulação de sua pauta e, por conseguinte, de sua agenda política. O acervo atual<sup>15</sup> do STF aproxima-se de 32 mil feitos. Há mais de mil casos pautados, prontos para julgamento em plenário.<sup>16</sup> A superlotação da pauta do Plenário, com inúmeros feitos aguardando julgamento colegiado, na prática, incentiva a expansão das decisões monocráticas, justificadas tanto pela urgência da decisão quanto pela trivialidade das matérias examinadas, além de ampliar a discricionariedade do presidente na definição do calendário de julgamento da Corte.

O outro lado da moeda é a consequente retração da liberdade no campo político-legislativo e, no caso da CF/1988, a necessidade de reformas constitucionais frequentes para revisão de um sem-número de matérias atipicamente elevadas ao plano constitucional. É raro o ano em que não se modifica o texto da CF/1988, e o número de emendas já excede uma centena.

O STF acumula, por decisão do constituinte originário, três papéis diversos: realiza controle de constitucionalidade (predominantemente repressivo) de atos normativos, à maneira de uma corte constitucional; é a última instância do Poder Judiciário, encarregada de conhecer, em grau de recurso, controvérsias constitucionais suscitadas pela via do controle difuso; e é ainda foro específico para certas ações cíveis, notadamente em questões federativas (art. 102, I, f), e casos criminais que envolvem altas autoridades públicas (art. 102, I, b e c).

15 Até 10 de janeiro de 2020.

16 Os números incluem tanto o plenário físico quanto os julgamentos “virtuais”. Os dados estão disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=explicacao-cervo>>. Acesso em: 10/1/2020.

Nesse contexto, não é de se estranhar que um órgão assim, complexo e poderoso, com tamanhas atribuições e prerrogativas, viesse a adquirir, no correr das décadas, notável protagonismo entre as instituições políticas no desfecho das principais questões da República. A bem dizer, o STF teria papel de destaque simplesmente pelo exercício das atribuições institucionais que lhe foram atribuídas pela CF/1988. No entanto, como se sabe, a realidade é um pouco diferente.

O perfil atual do STF resulta da ampla gama de competências e instrumentos que lhe foram atribuídos pela CF/1988 e também da maneira como essas competências foram reinterpretadas e remodeladas, seja por reformas constitucionais formais, por meio de emendas constitucionais (EC), seja por reformas informais ou de hermenêutica, pela reinterpretação de dispositivos do texto originário.

Os tópicos seguintes tratam das competências e do perfil institucional traçado pela CF/1988 para o STF, bem como dos fatores que contribuíram para o protagonismo desse tribunal no debate público atual, inclusive em matéria tributária.

### **2.2.1. Ampliação do papel do STF na CF/1988**

Não é simples identificar os passos ou elementos que conduziram ao protagonismo atual do STF no debate político, mas é forçoso reconhecer que muitas das práticas que hoje fazem do Tribunal um espaço destacado de debate político têm respaldo direto e previsão específica no texto originário da CF/1988 ou nas diversas disposições que foram acrescentadas por EC.

O texto constitucional de 1988 deu atribuições institucionais amplas ao STF, não apenas as típicas de uma corte constitucional. O controle de constitucionalidade, previsto na ordem jurídica desde 1890 – no Decreto nº 848/1890 – e, na Constituição, desde a Carta de 1891, foi ampliado e ganhou importância renovada. O número e a heterogeneidade das autoridades e entidades autorizadas a provocar a jurisdição originária do Tribunal estão certamente entre os fatores que corroboram para explicar a quantidade de feitos e de temas enfrentados.

Antes reservada ao monopólio do procurador-geral da República, a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) abriu-se a diferentes autoridades públicas (*e. g.* presidente da República, governadores de estado, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados) e entidades

da sociedade civil (*e. g.* confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) (art. 103 da CF/1988).<sup>17</sup>

A legitimidade de qualquer partido político com representação no Congresso Nacional para propor ação direta no STF deu às agremiações de oposição acesso direto ao Tribunal e converteu a Corte, frequentemente, em terceira instância do debate político – além da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A ação, em certos casos, se transformou em verdadeiro instrumento jurídico de oposição parlamentar, após a conclusão do debate legislativo.

Em outras situações, a impetração de mandado de segurança por parte de deputados federais ou senadores da República cria, para o Tribunal, uma oportunidade de interferência direta no curso das deliberações das Casas do Congresso Nacional, sob o fundamento de assegurar o devido processo. O cabimento do *writ* foi admitido ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257, impetrado por senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que ampliava a duração dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais (BRASIL, 1980).

No âmbito do controle de constitucionalidade, submetem-se à jurisdição do Tribunal, além de leis e atos normativos, as omissões – inclusive, legislativas. Decisões assim desafiam a construção de soluções que prestigiem a autoridade do texto constitucional e o exercício da jurisdição constitucional sem invadir as atribuições do Poder Legislativo. Os efeitos dos julgamentos de inconstitucionalidade por omissão, aliás, estão entre as questões mais instigantes da dogmática constitucional contemporânea (MENDES, 2012, p. 419 e ss.).

O STF também julga, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, envolvendo questões constitucionais suscitadas em processo subjetivo, quando a decisão recorrida: (1) contrariar dispositivo da Constituição; (2) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (3) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou (4) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. “Tudo chega, ou pode

---

17 Os mesmos legitimados foram, posteriormente, estendidos à ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 45/2004) e à arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/1999).

chegar, ao STF pela via recursal, mormente pelo recurso extraordinário, como é natural ao modelo”, destaca Amaral Júnior (2019, p. 415).

Está também compreendida na sua competência a atribuição de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o presidente e o vice-presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República (art. 102, I, *a*), além de outras causas de competência originária. É do STF, *e. g.*, a tarefa de decidir mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do presidente da República ou de qualquer das casas do Congresso Nacional, bem como mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do procurador-geral da República e do próprio STF.

Esse acúmulo de papéis assegura que poucos casos relevantes possam, de fato, escapar ao conhecimento do Tribunal. Os que não forem suscitados por meio de ação direta ou algum dos remédios constitucionais decerto não tardarão a galgar o Tribunal pela via recursal. Ou seja, na linha do que afirma Vieira (2008), de uma forma ou de outra, “tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal”.

### 2.2.2. Reformas constitucionais

Além do plexo de competências que já constava na redação originária do texto da CF/1988, nos anos seguintes à sua promulgação, diversas alterações constitucionais contribuíram para ampliar ainda mais as atribuições e a importância institucional da Corte. Alguns exemplos são especialmente ilustrativos.

A EC nº 3/1993 modificou a redação do § 4º do art. 103 da CF/1988 para introduzir a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) com “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Alargou-se, dessa forma, o rol de ações diretas submetidas à jurisdição do STF.

A EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) orientou-se no mesmo sentido. Introduziu o instituto da repercussão geral, que deveria funcionar como filtro de relevância para o conhecimento de recursos extraordinários, permitindo



a ampliação da eficácia subjetiva das decisões de mérito proferidas no âmbito do julgamento desses recursos. Fixado o entendimento do Tribunal, a mesma tese haveria de se aplicar a todos os casos com idêntica controvérsia (CARVALHO FILHO, 2015).

A EC nº 45/2004 criou também o instituto da súmula vinculante (art. 103-A), por meio do qual o STF ficou autorizado a consolidar seu entendimento em enunciados sumulares obrigatórios, “mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Os efeitos das súmulas aprovadas são similares aos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Seu comando é obrigatório “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Somente o Poder Legislativo escapa ao seu alcance.

A EC nº 45/2004 criou ainda o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). Ao órgão, presidido pelo presidente do STF, cabe o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Todas essas alterações foram entabuladas sempre no sentido de fortalecer a autonomia e o papel institucional do STF, ampliando seus poderes e atribuições. Somaram-se, portanto, os instrumentos já previstos na formatação originária da CF/1988 aos outros atribuídos ao Tribunal por força das reformas realizadas no texto constitucional.

### **2.2.3. Mudança de postura da corte**

Não se pode deixar de lado também a maneira como a postura adotada pelo próprio STF contribuiu para o estado de coisas vigente. De fato, além de exercer as competências originárias e as ampliadas pelas reformas constitucionais, a leitura que a Corte deu às suas próprias atribuições é também um importante fator de tensão entre os poderes.

Três exemplos podem ilustrar como a atuação do próprio Tribunal e a maneira de reinterpretar das suas competências contribuíram para o quadro atual: (1) o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais; (2) as técnicas de decisão adotadas em matéria de controle das omissões inconstitucionais; e

(3) o recrudescimento da concessão de liminares monocráticas em matéria de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais está certamente entre os pontos mais sensíveis da relação entre Legislativo e Judiciário. Trata-se de um ponto de tensão, especialmente pela maneira como abre espaço para desconstituir o recurso legislativo último do Congresso Nacional para superação de precedentes judiciais: a modificação do próprio texto da Constituição. Tal prática é uma decorrência natural da adoção de cláusulas pétreas no texto constitucional, que transfere para o Judiciário a competência para controlar o poder de reforma da Constituição, ampliando seu protagonismo na interpretação constitucional (VIEIRA, 2018, p. 91).

No Brasil, a orientação no sentido de admitir o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais foi assentada no julgamento da ADI nº 939, de relatoria do ministro Sydney Sanches, em 1993. O caso versava sobre a criação de nova competência tributária e, com ela, de novas exceções às limitações constitucionais ao poder de tributar (BRASIL, 1993). Na decisão, o Tribunal admitiu o controle judicial de constitucionalidade de emendas – praticado depois em muitas outras oportunidades – e deu interpretação ampliativa ao conceito de cláusulas pétreas para alcançar, inclusive, limitações constitucionais ao poder de tributar (CORREIA NETO, 2017, p. 33).

O segundo exemplo é o controle das omissões inconstitucionais. Seu cabimento está expressamente previsto no texto constitucional em vigor, principalmente por meio de dois instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI). Em tais julgamentos, o Tribunal é levado a testar os limites da sua autoridade, diante do desafio de construir decisões eficazes sem usurpar competências legislativas.

Não é incomum que, nessas decisões, a palavra seja devolvida ao Congresso Nacional para que, enfim, supra a omissão apontada. Mas quais medidas podem ser adotadas na hipótese de se manter a inércia legislativa? Inicialmente, prevalecia no STF entendimento de que à Corte caberia apenas conhecer a omissão legislativa e notificar o órgão para que a sanasse, sem sequer assinalar prazo para atuação do Poder Legislativo. O texto constitucional não lhe permitiria criar a regra faltante, em substituição ao Congresso Nacional.

A orientação que prevalece atualmente, na Corte, não é essa. Paulatinamente, o Tribunal passou a admitir a fixação de prazo para deliberação e também a adoção de sentenças com perfil aditivo e de providências voltadas a sanar a omissão. A revisão de jurisprudência deu-se, em 2006, no julgamento de dois mandados de injunção: o MI nº 670, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, e o MI nº 712, de relatoria do ministro Eros Grau. A mudança de orientação é assim sintetizada pelo ministro Gilmar Mendes em obra doutrinária:

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do próprio judiciário. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.239)

O terceiro exemplo é, entre todos, o que mais expõe o Tribunal a críticas e questionamentos. Trata-se da concessão de medidas cautelares monocráticas, especialmente em sede de ação direta, voltadas à suspensão de leis ou mesmo emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional. Foi o caso, por exemplo, da suspensão dos efeitos da EC nº 73/2013, que criava novos tribunais regionais federais, pelo então presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017, em julho de 2013. A liminar, até o momento, não foi submetida a referendo do Plenário, tampouco o mérito da ação julgado.

O julgamento do “pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade” está inserido no rol das competências do STF (art. 102, I, *p*). Contudo, não consta no texto da Constituição autorização para que cada um dos ministros possa, individualmente, decidir sobre o tema. Ao contrário, o art. 97 da Constituição estabelece 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”. A exigência aplica-se aos julgamentos de mérito e às cautelares.

A lei que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade é a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que traz regra expressa sobre a matéria. As medidas cautelares devem ser decididas pelo Plenário, “por decisão da maioria absoluta dos

membros do Tribunal [...] salvo no período de recesso” (art. 10). Nessa hipótese, é competente o presidente do Tribunal.

A mesma regra aplica-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e à ação declaratória de constitucionalidade. A exceção está na lei que regulamenta o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. O § 1º do art. 5º excepciona a exigência de decisão por maioria absoluta dos membros para deliberação ao prever que, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

As liminares monocráticas põem em xeque a legitimidade democrática da atuação da Corte, exacerbam a “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário<sup>18</sup> e têm sido objeto de grande polêmica, inclusive internamente entre os ministros que compõem o Tribunal. As críticas estão fundamentadas em, pelo menos, duas razões: a exagerada frequência do uso desse instrumento e a demora no seu julgamento colegiado, que força a existência de um injustificável hiato no debate de certo tema constitucional.

A conjunção dos fatores acima delineados permite apontar que o STF é hoje, em boa medida, aquilo que foi, em potência, desenhado em 1988 e nas reformas que o texto constitucional sofreu: um tribunal forte, com ampla autonomia e atribuições complexas. Mas isso lhe dá definitivamente a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional? É disso que trataremos nos itens que seguem.

### 2.3. “Última palavra” e supremacia judicial

A literatura jurídica no Brasil é frequentemente tentada a responder que, ao STF, como “guardião da Constituição”, compete sempre a última palavra no diálogo constitucional. A decisão final e definitiva caberia ao Tribunal. Trata-se de uma exegese apoiada na literalidade da previsão do *caput* do art. 102 da

18 A “dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário”, expressão cunhada por Alexander Abickel, “decorre do fato de que os juízes, apesar de não serem eleitos, podem invalidar decisões adotadas pelo Legislativo escolhido pelo povo”, para tanto, “invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 130).

CF/1988, em que se lê que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a ‘guarda’ da Constituição”.

Há, inclusive, decisões em que o Tribunal expressamente se arroga esse papel, utilizando essa como uma das suas razões de decidir. Veja-se, por exemplo, o Mandado de Segurança (MS) nº 26.603, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgado em 4 de outubro de 2007. Lê-se na própria ementa da decisão:

[...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O **MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA**, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país conferiu, à Suprema Corte, **a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental**. (BRASIL, 2007, grifo nosso)

É evidente que se trata de um debate complexo, que não se encerra apenas com base na leitura isolada de um único dispositivo da Constituição. O texto constitucional tem, na verdade, muitos intérpretes e a todos eles cabe, em certa medida, guardá-lo e conferir-lhe efetividade. Os instrumentos de controle de constitucionalidade, no Brasil, espraiam-se inclusive para diferentes órgãos em diversos dispositivos constitucionais. Há exercício de controle de constitucionalidade por parte de todos os três poderes: pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário.

E é precisamente pela multiplicidade de interlocutores e de esferas de interpretação e decisão que o debate atual se acirra em torno da legitimidade, da hierarquia e do espaço de atuação que cabe a cada um desses atores.

### 2.3.1. A “última palavra” e seus diversos sentidos

Independentemente da postura que adote o Tribunal constitucional, o exercício da sua jurisdição – notadamente pela função contramajoritária que lhe é inerente – tende a colocá-lo em frequente tensão com o Legislativo. Daí, contudo, não decorre que a Corte deva representar o intérprete último e definitivo do texto da Constituição, tampouco que uma decisão sua possa encerrar, definitivamente, o debate democrático em relação à matéria decidida.

A rigor, numa democracia constitucional, o primeiro questionamento que se impõe é saber se pode mesmo existir um órgão encarregado de dizer a última palavra em questão de interpretação constitucional e nos embates institucionais mais graves entre poderes (BENVINDO, 2014).

Ademais, é importante reconhecer que há pelo menos duas maneiras de enxergar as questões políticas e jurídicas suscitadas no contexto do debate da “última palavra” em matéria de interpretação constitucional. A primeira é cronológica: quem fala (e decide) por último no controle judicial de constitucionalidade. O Supremo, no curso de um processo subjetivo,<sup>19</sup> decide como última instância judicial e, portanto, nesse sentido, tem a “última palavra”; é quem fala por último ou, nas palavras de um dos mais antigos membros da composição atual, o ministro Marco Aurélio, tem a prerrogativa de “acertar ou errar por último”. Mas, evidentemente, não é apenas disso que se trata.

O segundo – e mais importante – sentido de se discutir quem detém a última palavra na interpretação constitucional está em saber qual decisão (interpretação) prevalece, na hipótese de existirem duas ou mais em conflito, oriundas de diferentes órgãos. A questão já não é cronológica, mas de competência e legitimidade democrática. Ou seja, quem deve dar a “última palavra” sobre a lei e a Constituição no desenho institucional brasileiro? Na hipótese de leituras – e práticas – destoantes, qual deve preponderar?

---

19 Isto é, nos casos em que um interessado postula proteção de direito contra lesão ou ameaça de lesão, invocando entre os fundamentos do seu recurso uma questão constitucional, quanto à decisão recorrida, nos termos do inciso III do art. 102 da CF/1988.

O esforço analítico de identificar e separar os sentidos – a acepção cronológico-judicial e a de legitimidade política – justifica-se especialmente pela frequência com que se encontram misturados no discurso judicial, inclusive do STF, e pela maneira como a confusão favorece e reforça a autoridade do Tribunal.

Não raro, afirma-se que a última palavra é do STF apenas porque lhe cabe falar por último no processo judicial, confundindo a acepção cronológica com a política. A confusão de sentidos cria um reforço de argumentação em favor da atuação do Tribunal, atribuindo-lhe o dever de falar por último e, assim, oferecer um desfecho à questão constitucional em exame.

É evidente que o fato de o STF decidir por último no processo, como última instância recursal, não significa que tenha a prerrogativa de interditar o debate democrático, nem de impedir a revisão da matéria no âmbito legislativo. Aliás, não é por acaso que a previsão do § 2º do art. 103 da CF/1988 restringe a eficácia das decisões do STF aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, sem mencionar o Legislativo. O silêncio do constituinte, nesse ponto, foi eloquente: o Legislativo não pode ser proibido de rediscutir a matéria e legislar, ainda que contrarie a decisão do Tribunal.

Após a tomada de decisão pelo STF, diante de um caso concreto ou em ação direta, não cessa o espaço de revisão legislativa da matéria. Ainda que a decisão mesma não possa ser cassada nem suspensa pelo Congresso Nacional – ao contrário, pode ter sua eficácia expandida, na hipótese do inciso X do art. 52 da CF/1988 –, não há impedimento de ordem jurídico-constitucional à rediscussão da matéria por meio de outra proposição legislativa de mesma ou outra estatura, inclusive com a possibilidade de repetição de regra com comando idêntico ao invalidado pelo STF.

Por outro lado, também parece importante separar duas situações. A primeira é aquela em que o argumento da última palavra é empregado como reforço argumentativo e razão de decidir, nos votos proferidos no STF. A segunda é que a “última palavra” é uma mera constatação de fato – ainda que temporalmente delimitada –, diante dos efeitos concretos produzidos pelo julgamento. Ou seja, refere-se aos casos em que a decisão do Tribunal parece ter momentaneamente encerrado o debate, à falta de alguma atuação legislativa em sentido contrário.

De todo modo, é forçoso reconhecer que, embora o Tribunal frequentemente se atribua a função de intérprete último da Constituição, na verdade, são

possíveis e bastante frequentes respostas legislativas que reacendem o debate democrático a despeito da decisão judicial. O item seguinte é dedicado a analisar precisamente as diferentes formas de reação legislativa adotadas pelo Congresso Nacional diante de uma decisão do STF em matéria de interpretação constitucional.

## 2.4. Reações legislativas: a palavra seguinte

Com algum esforço de síntese, identificamos, na prática institucional brasileira, ao menos quatro espécies de reação adotadas por parte do Poder Legislativo: (1) deferência; (2) recalcitrância; (3) coordenação; e (4) superação.

A classificação considera apenas respostas que tomem a forma de medidas (espécies) legislativas e tem propósito unicamente didático. Deixamos de lado outros mecanismos institucionais que venham a ser utilizados para rediscussão da matéria no âmbito do Parlamento (*e. g.* constituição de comissão especial) ou mesmo de retaliação institucional (*e. g.* *impeachment*). Seriam, por assim dizer, formas de “diálogo constitucional” entre Congresso Nacional e STF, ou, como talvez seja mais apropriado nominar, exemplos de disputa em torno da interpretação constitucional mais adequada.

Chamamos “deferência” ou “acatamento” as hipóteses em que a decisão do Tribunal parece conduzir a um esgotamento – ainda que provisório – do debate, simplesmente pela falta de reação legislativa específica e imediata. A rigor, nesse caso, não se trata exatamente de uma reação, mas de uma inação. A Corte constitucional, *e. g.*, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou confere-lhe certa interpretação, e essa posição, ao menos provisoriamente, prevalece, sem edição de nova espécie normativa que venha a confrontá-la.

A segunda reação legislativa podemos chamar de “recalcitrância”. O termo é empregado para designar a hipótese em que o Poder Legislativo diverge da interpretação constitucional adotada pelo Tribunal e insiste na postura ou interpretação legislativa anteriormente adotada, mesmo contrariando a palavra (decisão) do Tribunal. Tal reação pode se dar por ação, com a repetição de ato legislativo similar a outro anteriormente declarado inconstitucional, ou por omissão, quando a decisão do Tribunal foi proferida em controle de constitucionalidade por omissão.



Dois exemplos permitem ilustrar esse tipo de reação de forma sistêmica. O primeiro está na recorrente edição de leis que concedem pensões vitalícias a ex-governadores do Estado, não obstante as diversas decisões proferidas pelo Plenário do STF que consideram antirrepublicanas medidas legislativas desse jaez (e. g. ADI nº 4.601, relator ministro Luiz Fux, julgamento: 25/10/2018; e ADI nº 3.418, relator ministro Dias Toffoli, julgamento: 20/9/2018).

O segundo está nos atos legislativos que dão corpo à chamada “guerra fiscal” em matéria de ICMS. A posição há muito consolidada sobre o tema na jurisprudência do STF indica que os atos normativos concessivos de benefícios fiscais em matéria de ICMS somente serão válidos se observado o procedimento previsto em lei complementar, que preveja aprovação unânime por parte dos representantes estaduais.

Isso, contudo, não impediu a recorrente edição de leis de incentivo concedido unilateralmente por todos os estados da federação. Assim, a disputa federativa persiste há anos, a despeito das decisões do Tribunal, e não raramente inclui a repetição de atos normativos com idêntico conteúdo aos de outros já invalidados pelo STF.

A recalcitrância pode se dar também por inação, em se tratando de decisões proferidas em controle de constitucionalidade por omissão. É a que se observa com a ausência de edição de ato normativo, no prazo designado, não obstante a prolação de decisão a determinar essa providência. Um exemplo recente e especialmente ilustrativo está na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25 (BRASIL, 2016). A decisão proferida pelo STF, que determina a edição da lei complementar faltante, no prazo designado, não foi capaz de estimular o fim da *intertia deliberandi* do Congresso Nacional, que até o momento não conseguiu construir os consensos necessários para suprir a lacuna legislativa atacada.

A terceira forma de reação legislativa é a que chamamos de “coordenação”. Indica os casos em que há edição de novo ato legislativo, considerando o teor e os fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal. Talvez essa seja a única hipótese de verdadeiro “diálogo” institucional. A expressão, no entanto, não deve ser tomada necessariamente como indicativo de anuência. A nova lei editada, levando em conta prévia decisão judicial, pode adaptar a legislação à decisão ou contornar seus fundamentos, para manter uma disciplina legal similar a rechaçada pelo Tribunal, sem incorrer nos mesmos vícios reconhecidos no julgamento.

Há adaptação se nova lei é editada com aplicação dos fundamentos que ensejaram o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo anterior, na interpretação do Tribunal. Um exemplo parece ser, ao menos parcialmente, a edição da Lei Complementar nº 143, de 17 de julho de 2013, diante do decidido na ADI nº 875 (BRASIL, 2010). Tendo sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 62, de 1989, que estabeleciam coeficientes fixos para partilha dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE), a nova lei, ainda que tenha sido questionada com outros fundamentos, observou a decisão ao adotar critérios variáveis, na linha do que decidiu o Tribunal (CORREIA NETO, 2014).

Há casos em que a opção legislativa não implica necessariamente observância da orientação fixada pelo Tribunal, embora não a desconsidere de todo. Veja-se, por exemplo, a edição da EC nº 12/1996, que criou a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). O novo tributo substituiu o Imposto sobre Movimentação Financeira (IPMF), previsto na EC nº 3/1993, e guarda com ele óbvia similaridade. Uma diferença, no entanto, chama atenção: a espécie tributária escolhida. Em vez de imposto, a EC nº 12 previu uma contribuição destinada à saúde e, dessa maneira, escapou à aplicação das garantias tributárias previstas no art. 150, sem afrontar diretamente os fundamentos da decisão tomada pelo STF no julgamento da ADI nº 939.

A quarta situação é a de “superação”, tomada simplesmente como a reação de sobrepujar a decisão do Tribunal pela adoção de ato legislativo de hierarquia superior para veicular comando contrário à decisão prolatada. A superação fica clara e bem caracterizada na edição de emendas constitucionais em sentido contrário a decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Mas a doutrina também aponta “casos de reversão de decisões judiciais pela via legislativa ordinária” (VICTOR, 2015, p. 277 e ss.).

O exemplo recente mais notório é o da EC nº 96, de 6 de junho de 2017, editada em reação ao teor da decisão proferida no julgamento da ADI nº 4.983, relator ministro Marco Aurélio. Na ação, o Tribunal reconheceu a vaquejada como uma atividade intrinsecamente cruel em relação aos animais e, portanto, incompatível com o inciso VII do art. 225 da CF/1988, ficando proibida em todo território nacional.

Após forte reação, o Congresso Nacional aprovou a EC nº 96 para o fim de reconhecer que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, (...) registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

Evidentemente, essa forma de classificação é mais didática do que precisa e envolve uma boa dose de arbitrariedade. O Congresso Nacional, ao editar a EC nº 12, criando uma contribuição sobre movimentação financeira – em vez de imposto, como na EC nº 3 –, estaria simplesmente observando a decisão do STF que assentou que a criação de novas exceções aos princípios e imunidades tributárias do art. 150 da CF/1988 representaria ofensas a cláusulas pétreas? Ou, na verdade, estaria contornando os fundamentos do Tribunal para atingir o mesmo objetivo – deixar de aplicar certas garantias tributárias à nova exação – por meio de um novo caminho, a instituição de uma contribuição, em lugar de imposto?

Em matéria tributária, as reações de coordenação e, sobretudo, de superação têm se apresentado de maneira especialmente usual na prática legislativa brasileira. São muitos os casos em que o Congresso Nacional reformou a legislação tributária e, não raro, a própria Constituição Federal como reação a uma decisão do STF desfavorável à Fazenda Pública.

Os tópicos seguintes são dedicados à análise de exemplos dessa ordem, a sugerir que, em matéria de tributos, a última palavra, na prática, não cabe ao STF.<sup>20</sup>

## 2.5. Causas fiscais e a palavra seguinte do Congresso Nacional

O debate a respeito da última palavra, no Brasil, e dos limites do protagonismo judicial é frequentemente ilustrado com controvérsias e casos escolhidos entre temas de direito eleitoral, questões relativas à representação política, políticas públicas e ações afirmativas, que indicam o protagonismo do Tribunal e

---

20 Para uma análise ampla da aplicação da ideia de diálogo constitucional em matéria tributária, ver Oliveira (2013).

a prevalência de suas decisões, em detrimento do papel e da importância do Congresso Nacional.

A experiência da jurisdição constitucional em matéria tributária, por outro lado, é rica em exemplos em que a “última palavra” não coube ao STF. Isto é, situações em que a reação legislativa frequentemente dialoga com a decisão do Tribunal ou mesmo vem a título de suplantá-la. Segundo Araújo e Silva (2018, p. 182), “em diversas situações o STF declarou inconstitucionais medidas tributárias da União, estados, Distrito Federal e municípios, o que chamou à ação o Congresso Nacional para, em alterações da lei e da própria Constituição, superar ou contornar entendimentos da Suprema Corte”.

Embora não exaustiva, a listagem aqui apresentada aponta a tendência de superação, por reforma constitucional, das interpretações constitucionais estabelecidas pelo STF em favor do contribuinte. Após a decisão do Tribunal, volta-se a palavra ao Congresso Nacional, mormente nos casos em que a tese vencedora vai de encontro aos interesses arrecadatórios da Fazenda Pública, o que permite que “interesses contrariados no âmbito da esfera judicial possam voltar a ser discutidos na seara legislativa”. Abre-se, dessa forma, espaço para uma “correção legislativa da jurisprudência”, de modo que os “debates legislativos em torno das posições jurisprudenciais” possam funcionar “como instâncias de reflexão democrática sobre a correção das decisões adotadas pela jurisdição constitucional” (OLIVEIRA, 2017, p. 117).

Os itens seguintes trazem exemplos de reações legislativas,<sup>21</sup> situações nas quais o Congresso Nacional adotou orientação diversa da estabelecida pelo STF e alterou o texto constitucional para assegurar sua prevalência. Ou seja, superou a decisão judicial por emenda à Constituição Federal.

### 2.5.1. EC nº 29/2000 e progressividade do IPTU

O primeiro exemplo está na controvérsia em torno da interpretação do § 1º do art. 156 da CF/1988 e da constitucionalidade de aplicação de alíquotas progressivas no Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) cobrado pelos municípios.

---

21 A análise detalhada dos precedentes do STF acerca do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais em matéria tributária foi realizada por Luciano F. Fuck, na obra *Estado fiscal e Supremo Tribunal Federal* (2017, p. 119-176).

A redação originária do dispositivo estabelecia: “§ 1º - O imposto previsto no inciso I (IPTU) poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade”. Com base nesse parâmetro e na premissa de que se cuidava de um imposto “real”, o STF rechaçou o cabimento de progressividade fiscal em matéria de IPTU. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 153.771, relator para o acórdão ministro Moreira Alves, em 20/11/1996, o STF decidiu:

Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). (BRASIL, 1996)

A EC nº 29, de 13 de setembro de 2000, alterou, então, a redação do § 1º do art. 156 da CF/1988 para admitir expressamente a utilização de alíquotas progressivas. O texto alterado prevê que o imposto poderá “ser progressivo em razão do valor do imóvel” e “ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

A mudança é uma óbvia reação legislativa à interpretação restritiva adotada pelo Tribunal e dialoga inclusive com os fundamentos adotados na decisão, que rejeitava o cabimento de progressividade diante da ausência de previsão constitucional expressa. Modificado o texto da Constituição, o STF passou a admitir a progressividade do IPTU, mantendo sua posição quanto ao período anterior (BRASIL, 2009a).

O entendimento foi, inclusive, consolidado na Súmula nº 668, com o seguinte enunciado: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

### **2.5.2. Contribuição de iluminação pública e EC nº 39/2002**

O segundo exemplo também diz respeito a tributo municipal. Julgando recursos extraordinários que questionavam taxas de iluminação pública instituídas por diferentes municípios brasileiros, o Tribunal adotou posição favorável ao

contribuinte, ao reconhecer que serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

A decisão estava fundamentada no inciso II do art. 145 da CF/1988, que prevê cobrança de “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. Não sendo a iluminação pública serviço público específico e divisível, não estaria justificada a cobrança do tributo. Diversos julgados adoraram a mesma interpretação,<sup>22</sup> posteriormente reafirmada em duas súmulas do STF (Súmula nº 670 e Súmula Vinculante nº 41).

Em 2002, o texto constitucional foi alterado. A EC nº 39, de 2002, acrescentou o art. 149-A à Constituição Federal para permitir a instituição de um novo tributo: a “Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública” nos municípios e no Distrito Federal. O novo tributo tem precisamente a mesma destinação da taxa prosrita, mas, sendo outra espécie tributária, escapa aos fundamentos que ensejaram a declaração de sua inconstitucionalidade. Em 2009, o STF reconheceu a validade da nova exação (BRASIL, 2009b).

### 2.5.3. ICMS e EC nº 33/2001

A redação originária da Constituição estabelecia, no art. 155, § 2º, IX, *a*, a incidência do ICMS também “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”.

O STF, no entanto, conferia ao dispositivo interpretação restritiva e afastava a incidência do imposto na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto. O texto foi alterado pela EC nº 33, de 11 de dezembro de 2001. A nova redação dispõe que o imposto incide também “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

---

22 Por exemplo: AI 231132 AgR, DJ de 6/8/1999; RE 231764, DJ de 21/5/1999; RE 233332, DJ de 14/5/1999.

“Nitidamente, o constituinte derivado procurou contornar a jurisprudência do STF, que sinalizava no sentido de que a importação de bem por pessoa física e também por sociedade civil não se sujeitava à incidência de ICMS.”, salienta Paulsen (2010, p. 360). A nosso ver, mais do que “contornar”, a reforma constitucional procurou efetivamente reagir para “superar” a orientação fixada pelo Tribunal.

Diante da alteração constitucional, o tema foi revisitado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 439.796, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, em 6/11/2013. A tese fixada pelo Plenário reconhece a legitimidade da alteração constitucional, em sentido oposto à interpretação anteriormente estabelecida pelo próprio Tribunal: “após a Emenda Constitucional nº 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços”.<sup>23</sup>

## 2.6. Conclusão

No Brasil, os poderes e o papel conferido ao STF, na interpretação constitucional e no debate político, são amplos. Foi essa a escolha da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 e das reformas constitucionais posteriores, no redesenho do texto constitucional.

O protagonismo do STF foi insculpido, em boa medida, no próprio texto constitucional e reforçado pelas emendas que sobrevieram. No entanto, não se pode deixar de lado o fato de que o próprio Tribunal, exercendo e reinterpretando suas diferentes competências, também contribuiu para a expansão do seu papel no âmbito do debate político nacional. Em certa medida, é ao STF que se atribui a prerrogativa de intérprete último da norma constitucional.

De todo modo, a noção de última palavra judicial não deve representar uma interdição do debate político. A Constituição tem múltiplos intérpretes e a todos eles cabe a sua efetivação, especialmente ao Poder Legislativo. A decisão judicial não encerra o debate constitucional – devolve a palavra ao Congresso

---

23 Sobre o tema, ver Araujo e Silva (2018).

Nacional, que poderá rever, pela via legislativa, a orientação adotada pelo STF e reabrir o debate.

Ainda que repetidamente ao STF se atribua o poder da última palavra, as reações legislativas – inclusive de superação – fazem parte do diálogo democrático e são usuais, especialmente em matéria tributária. Não faltam exemplos de decisões do Tribunal que não representam a última palavra em matéria de produção legislativa e interpretação constitucional, senão mais uma frase normativa no perpétuo diálogo que deve representar a democracia constitucional brasileira.

## Referências bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 21, nº 124, p. 411-425, jun./set. 2019.

ARAUJO, José Evande de C.; SILVA, Jules M. P. Queiroz e. A Constituição tributária: passado, presente e futuro. In: SILVA, Rafael Silveira (org.). *30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro*. Brasília: Senado Federal, v. 1, p. 164-203, 2018.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, nº 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 20.257*. Relator ministro Décio Miranda. Relator para o acórdão ministro Moreira Alves. Julgamento: 8/10/1980.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 153.771*. Relator ministro Carlos Velloso. Redator para o acórdão ministro Moreira Alves. Julgamento: 20/11/1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.601*. Relator ministro Luiz Fux. Julgamento: 25/10/2018.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 3.418. Relator ministro Dias Toffoli. Julgamento: 20/9/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 875. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 24/2/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 25. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 30/11/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento* nº 712.743 QO-RG. Relatora ministra Ellen Gracie. Tema 155. Plenário. Julgamento: 12/9/2009a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 573.675. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 25/3/2009b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança* nº 26.603. Relator ministro Celso de Mello. Julgamento: 4/10/2007.

CARVALHO FILHO, José dos S. *Repercussão geral: balanço e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *Os impostos e o estado de direito*. São Paulo: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. *Observatório Constitucional*. Consultor Jurídico, 15 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

FERREIRA, Sérgio Antônio Victor. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUCK, Luciano Felício. *Estado fiscal e Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADO e ADC: comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. v. 115 (6), p. 1.346-1.406, 2006.

### 3. As cortes constitucionais: atores do princípio democrático

**Dominique Rousseau<sup>24</sup>**

Mauro Cappelletti, jurista italiano, costumava dizer o seguinte: “o século XIX foi o século dos parlamentos; o século XX é o século da justiça constitucional”. Ele tinha razão. Após a Segunda Guerra Mundial, Alemanha e Itália introduziram um tribunal constitucional em seus novos sistemas políticos, e esse movimento se espalhou: Portugal em 1974, Espanha em 1978, os países do Leste após a queda do Muro de Berlim e os países africanos, que, quando reescreveram suas Constituições nos anos 1990, também criaram um tribunal constitucional. Em 1993, Andorra, na sua primeira Constituição escrita, também criou um tribunal constitucional. E mesmo a França, hostil desde 1789 a um controle da lei pelos juízes, introduziu timidamente o controle de constitucionalidade em 1958 antes de efetuar um desenvolvimento completo em 2010 com a questão prioritária da constitucionalidade. O século XX foi, portanto, o século da justiça constitucional.

Mas o que será o século XXI? Será uma questão de continuidade ou de questionamento da justiça constitucional? Nos países europeus, mas também nos Estados Unidos, na América Latina e na África, uma questão volta constantemente ao importante lugar que as jurisdições constitucionais ocupam nos sistemas políticos modernos. Tal questão não é, sem dúvida, nova; Tocqueville voltou de sua viagem aos Estados Unidos alegando que o maior poder político aqui era o juiz da Corte Suprema. Mas essa questão assume particular importância no contexto atual, marcado pela ascensão geral dos populismos. Haveria demasiados direitos, demasiados juízes e a democracia sofreria. Numa palavra, a proteção judicial dos direitos humanos seria antidemocrática.

Contra esse pensamento constitucional que está se tornando dominante, convém recordar, aqui e agora, que sem proteção judicial dos direitos humanos a democracia não pode ser uma experiência política viva. Por três razões principais.

---

24 Professor na Universidade Paris 1 Panthéon Sorbonne.

### 3.1. Os juízes constitucionais, garantidores do código de acesso à democracia

Sem o direito, não se pode representar a si próprio como cidadão. A verdadeira força da lei, escreveu Pierre Bourdieu, é instituir, ou seja, criar, dar vida ao que ela nomeia. Assim é a Constituição que nomeia e, nomeando, constitui – no primeiro sentido da palavra – o cidadão, o faz existir. O cidadão, de fato, não é nem um dado imediato da consciência, nem um dado natural; ele não é uma realidade objetiva, presente em si mesmo, capaz de se entender como tal. O cidadão é uma criação artificial, muito precisamente criada pela lei e, mais precisamente, pela Constituição. É preciso reler Cícero, que em *A República* distingue e se opõe à multidão (*multitudo*), uma reunião sem forma de indivíduos, e ao povo (*populus*), que, escreve ele, “só pode ser constituído se a sua coesão for mantida por um acordo sobre a lei”.<sup>25</sup> O povo não é apenas uma associação de indivíduos, é uma associação política, e é o gênio de uma Constituição transformar uma associação primária de indivíduos em uma associação política de cidadãos.

A história da formação dos povos é, na verdade, a formação de um processo contínuo e, muitas vezes, conflitante de integração de indivíduos, grupos e comunidades que são inicialmente estrangeiras umas às outras e que, através da ação da lei e das instituições que a Constituição estabelece, estão vinculadas por problemas em comum a serem debatidos e resolvidos, por regras comuns, por serviços comuns, que, por sua vez, vão desenvolver um sentimento de solidariedade, que constitui o povo político. Quando, por exemplo, Mirabeau quer descrever o estado da França na véspera da Revolução, ele fala de uma “miríade de povos”; e, depois de 1789, essa “miríade” permanece sempre nas palavras de Mirabeau, “o povo francês”. O que transformou uma multidão em um povo, para retomar a afirmação de Rousseau, foi a Declaração de 1789, que, pela constituição de deputados, “representantes do povo francês”, criou, a partir de um mesmo movimento, a representação e o povo, ligando assim um ao outro: os deputados não podem proclamar-se “representantes do povo” se eles não constroem o corpo político que desejam representar; e assim, reciprocamente, o povo só pode existir se os representantes o construírem para existir em si. O poder mágico de constituição, que, pelo mesmo movimento, cria o corpo político do povo e dá a

---

25 Cícero. *La République*, Gallimard, p. 45.

essa criação jurídica o estranho sentimento de ser um reflexo de algo – o povo – que produziu “na realidade”! E essa declaração constitucional, por mais mágica que possa ser, não é menos eficaz na medida em que produz comportamentos, regras, instituições à qual se conformam.

Não contente com a construção do cidadão, a Constituição desenha uma figura particular do cidadão: a de um indivíduo democrático concreto. Se, de fato, o Conselho Constitucional, na sua Decisão de 9 de maio de 1991,<sup>26</sup> descreve o povo francês como um “conceito jurídico”, que, aparecendo “durante dois séculos, em muitos textos constitucionais, tem valor constitucional”, é evidente que a partir da mesma decisão, de 9 de maio de 1991, “o povo francês é composto de todos os cidadãos franceses, sem distinção de origem, raça ou religião”. “Composto” implica compreender que as pessoas não são apenas uma entidade abstrata, mas um conjunto de indivíduos “reais” com direitos que as tornam cidadãos. Além disso, o Conselho se encaixa perfeitamente na lógica política da Declaração de 1789, que não se dirige a uma abstração ou ao corpo social, mas “aos membros do corpo social”. Os direitos declarados são assim para “todo homem”, “todos os cidadãos”, “membros da sociedade”: de acordo com o art. 4, “no exercício dos direitos naturais de cada homem, têm limite apenas aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos”; “todos os cidadãos têm o direito de participar, pessoalmente ou através de seus representantes,” na formação da lei, afirma o art. 6 que “todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei”; “nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei” – art. 7 – e “ninguém deve ficar preocupado com suas opiniões” – art. 10; “qualquer cidadão”, ainda diz o art. 11, “pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente”. Em termos claros, as pessoas que a Declaração coloca na cena política são “todos”; é a “todos” que a Declaração dá direitos – contribuir para a formação da lei, para falar e escrever livremente... – e é através desses direitos que “todos” se tornam cidadãos. Parafraseando Simone de Beauvoir, não nascemos cidadãos; tornamo-nos cidadãos através da ação constitucional.

E as subsequentes declarações de direitos reforçam essa lógica política “individual”, conectando “todos” com sua realidade vivida, com seu ambiente social, com sua singularidade. O preâmbulo de 1946 dá às mulheres direitos iguais aos dos homens – parágrafo 3 –; ao trabalhador, o direito a participar na

26 CC 91-290 DC, 9 May 1991, R. p. 50.

gestão do seu negócio – alínea 8 –; à criança, à mãe e aos antigos trabalhadores, o direito à proteção da saúde – alínea 11 –; à criança e aos adultos, o direito à educação e à cultura – alínea 13. Aqui, não é o indivíduo abstrato que constrói a Constituição, mas o indivíduo concreto, tomado em sua situação sexual, profissional, geracional, etc. Continuando essa lógica, a Carta do Meio Ambiente, de 2004, leva o indivíduo em seu ambiente natural: “todos têm o direito de viver num ambiente equilibrado e respeitoso de saúde” – art. 1º –; “todos têm o dever de tomar parte na preservação e melhoria do meio ambiente” – art. 2º –; “toda pessoa tem direito de acesso a informações relativas ao meio ambiente, autoridades públicas e participação na elaboração de decisões públicas que tenham impacto sobre o meio ambiente” – art. 7º.

Assim, a Constituição não só produz o corpo político-popular, como também produz o povo como indivíduos democráticos, dando a “todos” os direitos que os formam e fundamentam sua legitimidade para intervir e agir em todas as esferas da sociedade: negócios, família, escola, meio ambiente, consumo, saúde, lei, etc.

Se os direitos constitucionais são o código de acesso à qualidade de cidadão e, por extensão, à democracia de que o cidadão é referente, os juízes constitucionais, garantindo o respeito dos direitos fundamentais, são os fiadores do código de acesso à democracia. Se um país perde o código, ou seja, os juízes constitucionais, ele perde o acesso à democracia.

### **3.2. Os juízes constitucionais, garantidores da lacuna representativa**

A lição política de Montesquieu continua a ser relevante. Se a tendência natural de um poder é ir para o fim de sua lógica, ou seja, o absolutismo, é importante para a liberdade dos cidadãos que, pela disposição das coisas, cada poder seja limitado por um outro poder, que cada poder tenha controle sob o outro, de forma a equilibrar e controlar um ao outro para que a legislação seja mensurada. E os constitucionalistas traduziram essa lição fazendo do Parlamento o contrapeso do chefe do Executivo, seja sob a forma de uma chamada “separação flexível parlamentar”, seja sob a forma de uma chamada “separação rígida presidencial”. Na primeira figura, a possibilidade de cada um dos dois poderes ser destruído – pela dissolução do Executivo, pela moção de censura ao Parlamento

– empurra o compromisso na medida; na segunda, a independência recíproca dos poderes abre um “parlamentarismo de corredores” para evitar bloqueios e encontrar um acordo. Mais uma vez, em 2008, os constituintes apresentaram a reavaliação do Parlamento – que recuperou o controle de parte da agenda, reescrevendo projetos de lei, limitação do art. 49-3, etc. – como meio de reequilibrar as instituições e, em especial, a hiperpresidência.

No entanto, esse regime institucional de medida está desatualizado – e há muito tempo, desde que Georges Vedel demonstrou, em relatório ao Congresso da Associação Internacional de Ciência Política, em Roma, em 1957, que, na prática, a estrutura e os mecanismos dos partidos “uniam estreitamente o Legislativo e o Executivo”. Seja qual for, de fato, a qualidade do texto constitucional, seja qual for a organização constitucional dos poderes escolhidos, a unidade dos poderes é reconstituída sobre o Executivo pela graça da lógica majoritária que atribui ao campo vitorioso e ao seu líder o domínio do poder normativo. E esse fenômeno não é especificamente francês ou relacionado com a V República; ele é encontrado tanto na Alemanha como na Espanha, na Grã-Bretanha como na Áustria, enquanto esses países têm Constituições diferentes. Para ser breve, o Parlamento não é hoje em dia um contrapeso ao poder presidencial ou do primeiro-ministro.

Além disso, para o direito constitucional dos textos, um direito constitucional surgiu a partir da prática que “funciona” em três leis simples: o poder de determinar a política do país e, portanto, de fazer as leis é dado ao homem que ganhou as eleições; o poder de sancionar a equipe governante não é de responsabilidade do Parlamento, mas do povo nas eleições gerais que acontecem a cada quatro ou cinco anos; entre dois momentos eleitorais, “o caráter democrático do sistema é assegurado”, escreve Vedel (1997), “pelo controle jurisdicional, a garantia de liberdades públicas e o estatuto da oposição”.<sup>27</sup> Com base nessas leis que elaboram uma lei constitucional europeia, conclui-se que o poder judicial é hoje aquele que, entre dois momentos eleitorais, pode impedir a faculdade de decidir chegar ao fim do seu poder impondo-lhe o respeito da lei.

No regime constitucional clássico, a medida era esperada do risco de destruição recíproca de poderes no regime parlamentar ou do risco de bloquear instituições

---

27 Georges Vedel. *Le régime présidentiel? La moutarde après dîner*. Le Monde, 31 de outubro de 1997.

nos regimes presidenciais; no regime constitucional moderno, a medida é esperada do risco de constitucionalidade. “Todo esforço deve ser feito”, escreveu Michel Rocard a seus ministros, quando ele foi nomeado para Matignon em maio de 1988,

[...] para identificar e eliminar os riscos de inconstitucionalidade suscetíveis de afetar os projetos de lei, as emendas e as propostas de lei da agenda; essa preocupação deve ser a nossa, mesmo nos casos em que um encaminhamento para o Conselho Constitucional seja improvável; neste momento final, eu pedi para analisar cuidadosamente, através dos seus serviços, as questões de constitucionalidade que poderiam surgir a partir de um texto que está sendo elaborado.<sup>28</sup>

A existência de um juiz responsável por acompanhar a constitucionalidade da lei – e, hoje, a questão prioritária de constitucionalidade fez do juiz constitucional todos os juízes – coloca em jogo uma representação política que estabelece uma diferença entre o corpo de representantes e o corpo de representados. Em todas as decisões do Conselho, de fato, o mesmo ato é reproduzido: os atos votados pelo órgão de representantes – as leis – são julgados em relação aos direitos do órgão de representados – a Constituição. O que implica desenhar dois espaços distintos: o dos representantes e o dos representados, cada um carregando vontades normativas potencialmente contraditórias. E o risco está justamente nessa lacuna produzida pelo juiz constitucional, que faz com que a lei votada pelos eleitos não seja automática e necessariamente a expressão da vontade geral, que só o seja se e somente se respeitar a Constituição.<sup>29</sup>

Ora, essa figura da diferença é essencial e talvez até constitutiva das relações democráticas. Sem dúvida, o ideal democrático é muitas vezes apresentado como o envolvimento cada vez maior do povo no poder – através da extensão do sufrágio universal, por exemplo – e a fusão do povo para o corpo político da representação nacional. Se as “democracias populares”, juntamente com o

28 Circulaire “Rocard”, J. O. 25 de maio de 1988, p. 7.381. Obviamente, outros ministros não têm a mesma preocupação como esse ministro da Justiça, convidando, em 2005, os parlamentares e, especialmente, os da oposição “o risco de inconstitucionalidade” por não se submeter ao controle do Conselho Constitucional a lei exigir certos infratores usar uma pulseira eletrônica. Ele então obteve uma resposta imediata do presidente do Conselho, Pierre Mazeaud: “o respeito pela Constituição não é um risco, mas um dever”.

29 De acordo com o famoso considerando a decisão do Conselho Constitucional, de 23 de agosto de 1985: “aprovada a lei expressa a vontade geral apenas em relação à Constituição”, CC 85-197 DC, 23 de agosto de 1985, R. p. 70.



partido único, têm conduzido ao extremo essa lógica da fusão, as “democracias burguesas” também a aderiram, com mais sutileza. Raymond Carré de Malberg, em particular, descreveu perfeitamente o funcionamento desses regimes parlamentares, que são baseados na identificação dos governados aos governantes, sobre a confusão entre o povo e seus representantes, entre a vontade geral e a vontade parlamentar, fazendo do Parlamento um igual soberano, ou melhor, como o mestre de Estrasburgo escreve, erigindo-o como soberano.<sup>30</sup> Mas, por mais democrático que seja, esse tipo de funcionamento político é, na realidade, apenas a reprodução transposta do princípio monárquico segundo o qual o corpo da nação e o corpo do rei são apenas um: “os direitos e interesses da nação, dos quais um se atreve a fazer um corpo separado do monarca”, declarou Louis XV em um discurso ao Parlamento de Paris, em 3 de março de 1766, “estão necessariamente unidos com os meus e permanecem apenas nas minhas mãos; eu não sofrerei”, ele continuou, “se um corpo é introduzido intermediário, ele só poderia perturbar a harmonia”. Em 1789, os revolucionários certamente acreditavam e queriam separar esses dois corpos; eles pensavam que o ato revolucionário estava, precisamente, nessa afirmação audaciosa da autonomia do corpo da nação em relação ao corpo do rei. E, no entanto, por razões políticas, os homens de 1789 restauraram a unidade dos corpos, oferecendo apenas à nação um novo corpo no qual fundiu o corpo dos representantes.

É essa fusão que o juiz constitucional quebra. Dando voz à Constituição, ele mostra o ato do corpo do povo soberano e impede que o ato do corpo de seus representantes seja diretamente imputado à vontade do povo. Enquanto a fusão dos corpos leva a essa imputação na medida em que, por definição, o povo não existe separadamente e independentemente e não pode ter uma vontade diferente da expressa pelos seus representantes,<sup>31</sup> o distanciamento dos corpos abre espaço para deliberação normativa. Os representantes são ainda habilitados a expressar a vontade dos cidadãos, mas a fusão de duas vontades não é mais possível; a construção e a implementação pelo juiz constitucional da autonomia do corpo soberano simbolizado pela Constituição deixam sempre a dúvida sobre a conformidade constitucional do ato legislativo votado pelos representantes. E a partir desse risco permanente de desacordo decorre a medida dos fluxos de representação no exercício dos poderes. E na da elaboração das normas.

30 Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*. Economica, 1984.

31 “O povo”, escreveu Siéyes, “só pode falar e agir através de seus representantes”.

### 3.3. Os juízes constitucionais, garantidores do modelo deliberativo da vontade geral

Contrariamente a uma ideia muitas vezes repetida, a lei não chega a terminar frente aos juízes; ela não é uma norma que o juiz só tem que aplicar às espécies particulares diante dele; ela é um texto inacabado, uma norma com poder que aguarda para ser transformada em ato a partir da interpretação do juiz, o que dará sua força normativa. A teoria de um simples juiz automático repetidor da lei foi definitivamente invalidada pela controvérsia entre o Tribunal de Cassação e o Conselho Constitucional sob a compreensão da frase “disposição legislativa que pode ser sujeita a uma QPC”. Para o tribunal, se o recorrente desafiava não apenas a disposição legislativa, mas a sua interpretação pelos juízes, a questão era inadmissível e não deveria ser encaminhada ao Conselho;<sup>32</sup> por outro lado, na opinião do Conselho, um requerente tem o direito de contestar a constitucionalidade de uma interpretação jurisprudencial da lei para a exata medida em que é essa interpretação que lhe dá o seu “efetivo escopo”.<sup>33</sup> Foram então reconhecidas plenamente a diferença entre o texto e a norma e a parte em que os juízes se posicionam na transição de um para o outro.

Aqui está precisamente o problema político: nessa contribuição do juiz para a fabricação de normas, contribuição decisiva que justificaria a fórmula “república dos juízes”. Se o princípio democrático é definido pela soberania do povo e se, por razões de tempo, de instrução, de filosofia ou de geografia, o povo não pode escapar à sua representação, a única verdadeira necessidade democrática é que designe, por seu voto, aqueles que atuarão em seu nome. E, portanto, o ideal democrático é alcançado no seu âmago quando as leis aprovadas pelo povo eleito podem ser derrotadas por uma instituição desprovida do que dá a um poder sua legitimidade, o sufrágio universal. A participação dos juízes, em particular dos juízes constitucionais, na elaboração das leis é, nesse registro de inteligibilidade da democracia, uma anomalia.

O fardo é elevado e para reduzir o seu alcance alguns autores constroem teorias destinadas a tornar a “república dos juízes” compatível com a democracia representativa. Alguns, como Charles Eisenmann, por exemplo, argumentam que o juiz constitucional não é nunca o censor da vontade geral expressa pelos

---

32 Ccass., QPC, 19 de maio de 2010, Yvan Colona.

33 CC 2010-39 QPC, 6 de outubro de 2010, J. O. 7 de outubro de 2010, p. 18.154.

representantes eleitos da nação, mas apenas o *switcher*, que indica a forma constitucional, legislativa ou regulamentar que deve tomar a promulgação de uma norma sem se pronunciar sobre o seu conteúdo ou a sua pertinência no âmbito de uma avaliação política do soberano.<sup>34</sup> Outros, como Michel Troper, por exemplo, consideram que a qualidade do representante não é dada pelo sufrágio universal, mas pela participação de uma instituição na expressão da vontade geral da qual, por conseguinte, o juiz constitucional, por sua contribuição a essa expressão, é um representante.

Essas teorias são sedutoras ou, mais precisamente, tranquilizadoras, na medida em que contam uma história que integra ou até dissolve a república dos juízes na democracia representativa, que se torna assim a forma insuportável da política. No entanto, outra história é possível, que leva em consideração o que a “república dos juízes” quer significar, ou seja, a contribuição dos juízes para a elaboração de regras, e que reflete sobre a forma de democracia implícita por essa contribuição. E, para distingui-la da forma representativa, propõe-se referir-se a ela como “democracia contínua” para dizer que, nesse regime de enunciação competitiva da vontade geral, os juízes trazem a medida da deliberação e a medida do tempo.

Na elaboração das regras da cidade, o juiz primeiro traz ou reativa o princípio da deliberação. Inicialmente eram regimes representativos, mas esgotaram-se gradualmente sob o jugo da disciplina da maioria, da autoridade presidencial ou do primeiro-ministro e da evolução tecnológica: as regras já não são deliberadas no Parlamento, são apenas votadas, como diz o art. 34 da Constituição. A deliberação ocorre em outro lugar, no famoso “Grenelle”, nos estados gerais, de qualquer tipo, nas redes sociais, mas também no Judiciário, no qual se decidem, após terem sido compreendidos, todos os argumentos livremente defendidos ao longo dos debates contraditórios, muitas vezes, sob o “alcance efetivo” das disposições constitucionais, legislativas, regulatórias ou contratuais.

Que a data do prazo de prescrição de crimes financeiros seja o momento em que eles foram descobertos, e não cometidos, foi decidido pelo Tribunal de Cassação; que os direitos de defesa implicam a presença e assistência efetiva de advogado a partir da primeira hora da custódia foi decidido pelo Conselho

34 Charles Eisenmann. *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*. Economica, 1986, p. 17.

Constitucional; que o Clemenceau é um desperdício e não um navio foi decidido pelo Conselho de Estado. E a enumeração poderia continuar sobre o direito à habitação, o direito dos estrangeiros, o direito ao emprego.

Solicitados pelos litigantes, por ocasião de casos concretos, os juízes estão, por esse modo de acesso, perto de “problemas” enfrentados pelas pessoas nos seus cotidianos: uma demissão, um aborto, uma expulsão, um acompanhamento em fim de vida... Essa proximidade coloca os juízes em uma situação para ver a evolução da sociedade, a evolução dos costumes, a evolução das expectativas da sociedade e mudar de acordo com a interpretação das regras. Em 2010, o Conselho declara contrário à Constituição o regime de custódia policial que ele havia declarado conforme em 1993, com o fundamento de que em 17 anos o número de custódia policial aumentou consideravelmente, mudando assim a visão da sociedade sobre essa prática judicial; em 2009, o Conselho expressamente levou em conta a evolução dos padrões de consumo ao declarar a extensão da possibilidade de abertura de lojas aos domingos, para ser constitucionalmente compatível. Duas características distinguem assim o modo competitivo do modo parlamentar de enunciação de regras: considerando que, segundo a regra, é elaborado um resumo e, de uma maneira geral, ele é construído no primeiro pelo contato direto com situações humanas e sociais particulares; enquanto no segundo a regra é no corpo da nação, e surge naturalmente a partir do que ele é construído, no primeiro por uma troca argumentativa entre os vários atores.

Tal pluralidade de atores torna a frase “república dos juízes” inapropriada. A regra, de fato, não é construída pelo gesto unilateral, voluntário e discricionário do juiz; ela é o produto de um formidável trabalho hermenêutico realizado a montante em assembleias parlamentares, sindicatos e associações, sociedades eruditas, tribunais, debates sociais que o juiz vem sancionar em determinado momento. Se, por exemplo, em 1994, o Conselho Constitucional foi capaz de descrever a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional, isso aconteceu na sequência de um longo processo em que parecia que a sociedade pedia o reconhecimento da questão da bioética. Essa deliberação está no princípio da fabricação de normas e é uma melhor garantia de sua medida do que aclamação ou revelação.

A medida também é esperada a partir da longa temporalidade trazida pelos juízes para a elaboração das regras. O juiz constitucional, em particular, recordan-

do os princípios que as declarações de direitos enunciam – a presunção de inocência, o princípio da não retroatividade das leis penais, os direitos de defesa, a liberdade de expressão, etc. – obriga-nos a refletir sobre o sentido, o valor e o alcance que a adoção de uma determinada regra ou a escolha de uma determinada interpretação podem representar para o bem comum; criou-se uma distância com imediatismo, rapidez e emoção. E não é contrário à ideia democrática de que o longo tempo de reflexão prevalece ou equilibra o curto tempo de emoção. Porque a vontade geral não se produz espontaneamente, nem no descuido do momento; ela se produz sob medida, com prudência, e o juiz é essa instância que permite em prazo curto, lento e, às vezes, distraído atordoar uma iniciativa legislativa a se confrontar em longo prazo os princípios estabelecidos pela Constituição. O legislador escreve a regra na velocidade dos eventos; os juízes retomam a escrita no ritmo mais lento de reflexão e no contato de casos cada vez mais particulares.

### 3.4. Conclusão

Os direitos fundamentais são um dos elementos do processo de civilização, um dos instrumentos através dos quais as sociedades saem da barbárie, do estado selvagem para um estado civilizado. E, portanto, os tribunais constitucionais têm a função de manter a qualidade do cidadão num momento em que essa qualidade é enfraquecida, reforçar a sua legitimidade democrática. Uma Constituição é um regulador de paixões, tanto dos povos quanto dos governantes. Impedir as paixões dos povos, o populismo; impedir as paixões dos governantes, os abusos de poder. E se a Constituição é um regulador das paixões, os tribunais constitucionais são o instrumento dessa regulação.

## 4. A questão prioritária da constitucionalidade na França

Jean-Pierre Camby<sup>35</sup>

O lugar tomado hoje pelo controle de constitucionalidade é surpreendente na França, em vista da história da lei e do controle de constitucionalidade, imposto muito tarde em nosso país, de tradição fortemente legicentrada: a lei é “a expressão da vontade geral”, de acordo com o art. 6 da Declaração de 1789; e essa vontade é soberana mesmo quando ela é expressa pela voz de representantes do povo. Apesar das tentativas, os juízes consideraram que a lei protegia a aplicação direta da Constituição (Conseil d’Etat 1936 Arrighi et Dame Couderc), mesmo que o silêncio do legislador tornasse inoperante a aplicação da única Constituição (Cour de cassation, de 1833, Paulin). Tanto o reinado da lei quanto o do Parlamento estavam sem divisões. A V República, pondo fim à onipotência parlamentar, regulamentou, por conseguinte, a ação do legislador em conformidade com as regras de constitucionalidade. Por ser contrária à tradição jurídica francesa, essa evolução que conduz ao fato de “a lei exprimir a vontade geral apenas em respeito à Constituição” (Conseil Constitutionnel, 23 de agosto de 1985) não é, no entanto, anormal.

Desde o início do século, o juiz administrativo, porque conhecemos um dualismo de jurisdições administrativas e judiciais, tinha inicialmente identificado princípios gerais de direito aos quais a administração estava vinculada, depois os aceitou em relação ao direito de greve dos funcionários (7 de julho de 1950, Dehaene) para confrontar diretamente o preâmbulo da Constituição, a norma de referência, com os textos administrativos ou ações que lhe foram submetidos. Uma hierarquia de padrões estava, portanto, em funcionamento antes de 1958.

Nesse contexto, o Conselho Constitucional teve um início bastante discreto, marcado pelo estrito respeito a uma competência de atribuição, que não permite, fora das operações eleitorais presidenciais e dos referendos, emitir um parecer, decidir sobre as condições de eleição do presidente de uma assembleia parlamentar, etc., e pela recusa de se colocar como censor da vontade do povo, o que testemunha recusando-se a se pronunciar sobre as condições

---

35 Professor associado na Université Versailles St-Quentin-en-Yvelines.

de um referendo depois de realizado, ou do constituinte quando uma revisão é aprovada pelo Congresso, como em 26 de março de 2003, por exemplo. Além disso, as decisões do Conselho Constitucional podem sempre ser anuladas pelo constituinte, o que tem acontecido com bastante frequência desde a controversa decisão de 13 de agosto de 1993 sobre o asilo, por exemplo, no domínio da paridade de homens e mulheres, da responsabilidade penal do chefe de Estado, do procedimento ou da agenda parlamentar.

O cumprimento desse quadro geral também permite ao Conselho Constitucional aumentar o escopo das normas de referência e descobrir novos princípios de classificação constitucional, e se o ativismo do Conselho Constitucional é muito menor do que o de outros tribunais, dos quais a Corte brasileira é emblemática, ela está notoriamente trabalhando por meio de certas decisões. Mas a Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) mostra um progresso mais lento do que a Corte brasileira, na qual a Constituição de 1934 já prevê as modalidades de uma revisão *a posteriori*. O ativismo do Tribunal, mesmo se ele se inscreve no único poder de impedir e não no de editar as normas gerais, no Brasil, repousa em primeiro lugar sob uma combinação mais ampla de um modo abstrato de encaminhamento – “ação direta de inconstitucionalidade”, “ação de inconstitucionalidade por omissão”, emprestada da Constituição portuguesa, e “ação declaratória de inconstitucionalidade” – e de uma modalidade de remessa concreta e difusa, inspirada nos Estados Unidos e aqui em vigor desde 1890, enquanto a QPC entrou em vigor na França apenas em 2010. Baseou-se também, desde 2004, na emissão de resumos que constituem juízos de princípio, limitados em seu efeito à autoridade da coisa julgada. Os arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988 comportam o núcleo desse sistema de múltiplos recursos.

Os inícios do Conselho Constitucional foram, eles próprios, muito modestos: em 1958, para além da sua missão de juiz eleitoral, que escapa às próprias assembleias, apenas quatro autoridades podem dirigir-se, *a priori*, ao Conselho de leis, antes da promulgação, e dos tratados, antes da ratificação – presidente da República, presidentes de cada assembleia e primeiro-ministro. Em 1959, Eisenmann poderia escrever sem risco que esse Conselho é “pouca coisa”; a crítica política, retransmitindo crítica jurídica, permite a François Mitterrand, então oposto às instituições como ao poder gaullista, escrever em 1964 que o Conselho é “uma corte suprema do museu Grévin” – para quem não conhece

esse museu parisiense, gostaria de salientar que se trata de figuras de cera, uma espécie de figurantes mudos.

As coisas começaram a mudar com a decisão de princípio de 16 de julho de 1971, na qual foram incorporados os preâmbulos constitucionais aos nomes de referência, referindo-se, por sua vez, à Declaração dos Direitos Humanos de 1789, cuja afirmação universalista, “proclamada”, permite uma extensão dos padrões de referência. Elas foram modificadas novamente com a revisão de 29 de outubro de 1974, na qual a consulta, *a priori*, sempre está aberta a 60 deputados ou 60 senadores, reforma estendida em junho de 1992 para a consulta *a priori* sobre a constitucionalidade dos tratados. Mas o Conselho Constitucional não é um supremo tribunal, nem mesmo *stricto sensu* um juiz: é uma instituição que julga, composta por nove membros e ex-presidentes da República. O Parlamento só adquiriu o direito de escrutínio sobre as nomeações em 2008, e o juiz administrativo não dispõe desse controle.

Apesar de tudo isso, o lugar do Conselho Constitucional foi constantemente reforçado nas instituições. A principal característica dessa fundação é a introdução, com a revisão de 23 de julho de 2008, última na França, de um mecanismo de controle *a posteriori* da lei que complementa o procedimento de consulta *a priori*. Esse controle é o da QPC. Isso é o que deve ser chamado de uma revolução jurídica em um triplo nível:

- ▶ (1) Ela coloca o Conselho em uma posição incontestável de juiz supremo da norma perante as jurisdições nacionais.
- ▶ (2) Ela reforça a posição do Conselho enquanto fonte de direito.
- ▶ (3) Ela conduz a uma definição material da Constituição, da qual o Conselho é o garantidor.

Por conseguinte, considerarei esses três aspectos, identificando o âmbito e os limites de cada um deles.



#### **4.1. A QPC coloca o Conselho em uma posição incontestável de juiz supremo da norma perante as jurisdições nacionais**

O sistema adotado pelo art. 61-1 da Constituição, resultante da revisão de 23 de julho de 2008 e da Lei Orgânica de 10 de dezembro de 2010, é, ao contrário dos casos espanhóis – recurso de amparo americano, devido processo legal – ou alemão, uma escolha deixada à jurisdição diante da qual um caso é apresentado: não há QPC não vinculada a uma instância, e, se extingue a QPC, que deve ser apresentada em um memorando diferente e separado breve, ela também se extingue. A QPC pode ser introduzida em qualquer fase do processo, e a jurisdição remete à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado a tarefa de decidir sobre o envio ao Conselho Constitucional.

Três condições devem ser atendidas: a questão deve relacionar-se com uma lei aplicável ao litígio, a resposta depende da instância; ela não deve ter sido decidida nas razões ou na parte operacional de uma decisão do Conselho Constitucional, a menos que haja uma mudança de circunstância; e ela deve fazer uma pergunta “não desprovida de um caráter sério”, para ser encaminhada ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, ou “nova ou séria” para justificar o seu encaminhamento ao Conselho Constitucional – a última expressão é uma reminiscência da noção de “transcendência constitucional”, no que diz respeito ao amparo.

Por conseguinte, os tribunais continuam livres de recorrer. Apenas o grande júri, os júris populares não podem ouvir falar da QPC, e isso se aplica apenas perante as jurisdições, incluindo a justiça consular em matéria de direito do trabalho (Tribunal do Trabalho).

Como é possível observar, as condições são mecânicas e deixam pouco espaço para o julgamento do juiz de referência. Cerca de três quartos das QPC apresentadas aos tribunais não são remetidos.

Em 2008, pensávamos que o mecanismo seria limitado a alguns episódios emblemáticos. Não foi esse o caso: há uma média de 80 a 110 ocorrências referidas por ano (o máximo foi atingido em 2011); 356 questões foram remetidas pelo Conselho de Estado; 419, pelo Tribunal de Cassação, que julgou uma recusa de encaminhamento que nunca foi considerada definitiva: a questão pode ser

novamente colocada com um viés diferente. Tal foi o caso emblemático da chamada “Lei Gayssot” de 1990, que penalizou criminalmente o delito de negacionismo da exterminação de judeus durante a Segunda Guerra Mundial. Em 2010, todos esperavam que a questão fosse colocada na perspectiva da liberdade de comunicação e da liberdade de investigação; além disso, o Conselho sancionou posteriormente uma lei semelhante sobre o genocídio armênio com base na liberdade de comunicação, mas o Tribunal de Cassação recusou-se então a considerar essa questão séria. Ela foi então solicitada pelo Tribunal de Cassação com base na igualdade perante os tribunais, e foi objeto de uma decisão de conformidade. Outro litigante, outra reclamação, portanto, provavelmente sempre dará origem a uma QPC, mesmo com a ocorrência de uma recusa anterior ao encaminhamento. Na prática, os casos de recusa de regresso são numerosos, mas, por conseguinte, precários. As jurisdições supremas também podem optar por garantir que o Conselho se decida sobre uma questão, como foi o caso em 1º de fevereiro de 2019 sobre prostituição (QPC nº 761), atividade comercial que a lei francesa não proíbe, mas penaliza o cliente.

Na prática, e isso também não era de se esperar, foram as questões fiscais que deram origem ao número máximo de remessas. De cerca de 480 decisões em 31 de dezembro, às quais se deve acrescentar um fluxo de quatro a cinco decisões por semana de trabalho, o Conselho declarou conforme à Constituição três quartos dentre elas: 442.

Ora, temos um balanço quantificado. Com três meses para se pronunciar, o Conselho reforçou ligeiramente a equipe permanente, já que os membros não dispõem de assistentes. Os processos são públicos e não estão isentos do Ministério da Justiça. A questão da composição do Conselho é recorrente: mesmo se, na prática, nenhum atende à QPC, os ex-presidentes da República são membros de direito do Conselho Constitucional e, portanto, necessariamente, promulgaram as leis deferidas; há muitos ministros ou parlamentares que se sentam ou se sentaram durante os nove anos de mandato garantindo, dessa forma, que os membros se encontrem em posição de julgar leis de cuja elaboração participaram, sobre as quais o Conselho de Estado deu um parecer, etc. Por conseguinte, a crítica à endogamia está sempre presente, e a única resposta é que alguns podem se deportar nos casos que tiveram de conhecer.

Outra crítica, que levou a Espanha a rever o procedimento, é a de um litígio em massa: demasiados casos, muito poucos casos salientes. Sabemos que o

Tribunal brasileiro também não escapa a essa mesma constatação, com decisões muito mais longas. Mas a França escapou antes de 2008: o Conselho, no âmbito do controle *a priori*, é uma instituição suprema e, portanto, rara; no âmbito da QPC, torna-se um juiz comum. Essa banalização tem um duplo efeito oposto: negativamente ela faz do Conselho Constitucional uma etapa “habitual” do processo, pelo efeito do controle concreto das normas: julga os diques, as corridas, as brigas de galos, o crime de consulta habitual a *sites* que fazem apologia ao terrorismo, a indenização para os recuos de costas marinhas, que distingue o colapso e o recolhimento das dunas, etc.; mas também permite ao Conselho consolidar o seu lugar entre as instituições da República, também perante as instituições judiciais, em nome do reinado da Constituição, fazendo do Conselho Constitucional uma fonte de direito.

## 4.2. A QPC reforça a posição do Conselho enquanto fonte de direito

Georges Vedel lembrou que o Conselho Constitucional age a partir de um duplo discurso: vis-à-vis às instituições que ele julga, em especial, vis-à-vis ao legislador, o discurso é reconfortante: o controle de constitucionalidade é restringido para o estabelecimento de limites, ele é de borracha e não a lápis. Com frequência, lembra que ele não dispõe de um idêntico poder de apreciação como o legislador, como acontece, por exemplo, com relação aos casos já citados de prostituição ou de recuos de dunas, ou uma lei sobre o fim da vida, em 2 de junho de 2017, pela QPC nº 637:

Ele pertence ao legislador, competente nos termos do art. 34 da Constituição para fixar regras relativas às garantias fundamentais acordadas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas, em especial em matéria médica, para determinar as condições sob as quais uma decisão de parar um suporte de um tratamento de vida pode ser realizada com o respeito pela dignidade da pessoa.

O controle, nesse sentido, é bastante semelhante ao do erro manifesto de apreciação, do controle mínimo, comparável ao das restrições necessárias em um Estado democrático, que pratica em nome do art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) a Corte Europeia em matéria de liberdade de comunicação. Esse discurso pretende ser tranquilizador.

Outro discurso, mais ativista, é dirigido aos cidadãos: “guardião do tesouro”, que são os direitos garantidos, fazendo do conselho o protetor das liberdades. Qualquer tribunal, que, como o Parlamento, não tem indiscutível legitimidade, pois é eletiva, precisa encontrar-se na legitimidade democrática, e Dominique Rousseau não se importa de emprestá-la à ideia de uma democracia pelo juiz, que pode conduzir a uma solução pacífica ou conflituosa com a fonte direta da democracia eletiva. Idriss Fassassi mostrou, em sua tese, como o Supremo Tribunal decide com referência às expectativas da opinião pública, e Newton Tavares, em sua tese sobre o ativismo da Corte no Brasil, lembra, por exemplo, que a proteção das minorias atende a uma expectativa da opinião pública: em 2005, é por uma decisão de 653 páginas que o Tribunal reconhece a regularidade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, uma questão para a qual ele confirma ser da competência do Executivo, e, no mesmo movimento, ele afirmava a primazia do direito indígena sobre a gestão das reservas naturais. Em 2013 e novamente em 2014, a mesma solução seria aplicada a outras reservas.

Mas, naturalmente, para fazer essa segunda intervenção, os tribunais devem estar em sintonia com a opinião pública, tal qual ela resulta das urnas, caso contrário os conflitos podem ser violentos. Mesmo que o controle prático *a posteriori* exponha menos a jurisprudência a situações de conflito com o Parlamento, estas continuam a existir potencialmente. Para resolver essa tensão, os tribunais só podem agir de acordo com um método jurisdicional, apoiando-se no que Bruno Genevois chama “a força silenciosa do precedente”: marcar o progresso da jurisprudência de forma moderada, evitar distorções na aplicação de um princípio, uma vez que ele tenha sido afirmado. Esse mesmo avanço cauteloso aplica-se ao controle *a priori*, em que os confrontos são fatalmente os mais frequentes, mas também pelas QPC.

Por uma decisão de 5 de agosto de 2013, sobre proibição do trabalho aos domingos no comércio, o Conselho reconheceu a especificidade do regime jurídico de Alsácia-Mosela, regiões que têm sido, historicamente, tanto francesas quanto alemãs, e que deram origem à existência de um sistema jurídico derogatório, notadamente em matéria de laicidade. Tal sistema permite ao legislador reconduzir o regime jurídico derogatório da Alsácia-Mosela ao direito comum, se assim o desejar, mas não lhe permite aumentar a desigualdade existente. E pela decisão QPC n° 717, de 6 de julho de 2018, o Conselho deu pela primeira vez úteis efeitos para a noção de fraternidade, o que dificulta a assistência

para a circulação de um estrangeiro em situação irregular, designadamente para permitir o alojamento de emergência, que a maioria da opinião pública pode compreender, em nome de considerações humanitárias. Mas a esse respeito, é, no entanto, necessário distinguir entre a assistência à residência e a assistência à entrada, que continua a ser irregular, e uma grande parte do parecer partilha dessa opinião.

Nesses casos, cabe ao juiz conciliar os princípios de salvaguarda da ordem pública e da fraternidade “liberdade de ajudar os outros, para fins humanitários, sem atender à regularidade da sua permanência no território nacional”. Essa é a mesma técnica de conciliação de normas de igual valor utilizadas pelo Conselho quando avalia a penalização do cliente de uma prostituta à luz da liberdade para realizar negócios ou de respeito à vida privada, reconciliada como na decisão já citada para parar tratamento médico, com respeito pela dignidade humana.

Outros princípios são mais imediatamente aplicáveis, como a necessária clarificação do direito penal e das garantias processuais. Em nome dessa defesa necessária de direitos em matéria penal que, em 2010, o Conselho sancionou a custódia de procedimento, particularmente impopular, por uma QPC de 30 de julho de 2010, exigindo a presença de um advogado, em seguida, em matéria de costumes de custódia, e, ainda, em 8 de fevereiro de 2019, com respeito às garantias específicas aplicáveis aos menores com a QPC n° 762. O legislador é sempre obrigado a respeitar regras vinculativas, as quais às vezes não cumpre. Esse é o caso da dupla censura do crime de consulta a *sites* terroristas: as QPC de 10 de fevereiro e de 15 de dezembro de 2017, n° 682, não permitem ver um crime constituído na simples consulta habitual, que pode ser feita por jornalistas, pesquisadores ou pessoas que lutam contra esses *sites*. Naturalmente, isso não se aplica ao crime de apologia ao terrorismo, punível com cinco anos de prisão e multa de € 75.000,00, aumentada para sete anos de prisão e multa de € 100.000,00 quando os fatos são cometidos utilizando-se um serviço de comunicação pública *on-line*, julgado em conformidade com a Constituição pela QPC n° 706, de 18 de maio de 2018.

Por outro lado, o crime de assédio sexual depois da censura de 4 de maio de 2012, n° 240, que teve por efeito a queda de cerca de 2.000 processos pelo seu efeito imediato, foi objeto de uma alteração legislativa, desde 8 de agosto de 2012 (art. 222-33 do Código Penal). Como se pode ver, a QPC, permitindo uma censura, imediata ou atrasada, é um apelo ao legislador para que se altere

o texto, o que acontece na maioria dos casos. Se o diálogo nem sempre for fácil, pode ser trabalho de um ou mais atores: pode haver um Parlamento relutante em mudar sua posição; pode haver uma decisão insuficientemente motivada. A esse respeito, a escolha entre demasiado e pouco demasiado é muitas vezes delicada: o Conselho, se motivar de forma muito precisa, pode ser acusado de segurar a pena do legislador; se motivar de forma muito evasiva, corre o risco de censura repetida.

O Conselho se torna, assim, uma fonte de direito. As suas vantagens são que nunca se esgota, que pode dar lugar a torrentes ou barragens, menos brutais do que as de controle *a priori*. As suas desvantagens são que o legislador perde uma parte da sua antiga segurança: nunca é certo que, tendo em conta as consequências ou a jurisprudência de uma norma, que faz parte da base do julgamento, a lei esteja completamente livre de uma censura.

Menos retumbante para os meios de comunicação do que decisões de censura *a priori*, em que o Conselho aparece como censor da maioria, a QPC insere, assim, o legislador em uma ordem progressista, mas rigorosa. Ao fazê-lo, resulta numa definição material da Constituição.

### **4.3. A QPC conduz a uma definição material da Constituição, da qual o Conselho é o garantidor**

O art. 61-1 da Constituição atribui à QPC o respeito dos direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Dessa expressão decorre uma definição material da Constituição, mas também um diálogo necessário com o juiz internacional, em particular o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujo cargo é muitas vezes semelhante, tendo em conta um texto ainda diferente.

Na primeira linha, podemos mencionar uma série de domínios que escapam do campo assim definido. O mais famoso é o consentimento aos impostos. A lei determina a taxa-base e os métodos de cobrança de impostos de todos os tipos, afirma o art. 34 da Constituição. A posição do Conselho Constitucional na decisão “Kimberly-Clark”, uma das primeiras emitidas em matéria da QPC, em 18 de junho de 2010, é, portanto, clara: “as disposições no artigo 14 da Declaração de 1789 são implementadas pelo artigo 34 da Constituição e não estabelecem um direito ou liberdade que possam ser invocados, em processos

perante um tribunal, em apoio a uma questão prioritária de constitucionalidade, com base no artigo 61-1 da Constituição”. O consentimento para a tributação é da exclusiva responsabilidade dos representantes. Essa decisão tem três consequências. A mais imediata é que a divisão entre lei e regulamento consagrada na Constituição de 1958 não é invocável para apoiar uma questão prioritária de constitucionalidade, mesmo em uma matéria em que o art. 34 é, no entanto, preciso. A segunda consequência é, mais diretamente, que o art. XIV da Declaração deve ser lido de uma forma restritiva: os cidadãos não têm o “direito” de consentir à base de cálculo, à cota ou aos métodos de cobrança de impostos, se não for pela mediação do legislador: “a participação imediata é o que caracteriza a verdadeira democracia. A participação mediata é o que caracteriza o governo representativo”, afirmava Sieyès. A terceira consequência é que, em matéria tributária na França, o legislador continua sendo a única autoridade competente. Talvez as atuais revoltas dos contribuintes sejam uma consequência muito indireta dessa privação de uma via jurídica de ação. O Conselho, ciente da limitação assim alcançada, procedeu às medidas corretivas, enquanto a nascente QPC, pelo contrário, estava a soprar um novo vento em toda a legislação.

Uma violação foi feita pela decisão QPC n° 298, de 28 de março de 2013, “Société Majestic champagne”, ao recorrer à incompetência negativa do legislador: “o não conhecimento pelo legislador de sua própria competência pode ser invocado com apoio de uma questão prioritária de constitucionalidade, apenas no caso em que esta falta de conhecimento afeta, por si só, um direito ou liberdade que a Constituição garante... a falta de determinação das modalidades de cobrança de uma tributação afeta o direito à reparação garantido pelo artigo 16° da Declaração de 1789”. No entanto, a abertura assim praticada aplica-se apenas ao direito de recurso, como evidenciado pela Decisão n° 419 QPC “société Praxair”, de 8 de outubro de 2014: “o não conhecimento pelo legislador da extensão de sua competência na determinação da base ou da taxa de tributação não afeta por si só qualquer direito ou liberdade que a Constituição garanta... por conseguinte, a denúncia resultante do desconhecimento do legislador da sua competência em relação às regras relativas à taxa de contribuição para o serviço público de eletricidade deve ser rejeitada”. Essa decisão admite, entretanto, argumentos de fundo distintos dos da competência do legislador: violação do direito de propriedade, igualdade frente ao imposto.

Assim, o Conselho abriu outras acusações de inconstitucionalidade no que se refere à autorização de impostos. Por outro lado, manteve-se mais decisivo do que em outras áreas: o direito de expressar-se em línguas regionais não é reconhecido pela Constituição, nem os princípios da descentralização, nem as regras de procedimentos parlamentares, nem a inteligibilidade e clareza da lei, nem mesmo a segurança jurídica, indica a QPC nº 175, de 27 de setembro de 2011. A QPC, por outro lado, expandiu-se consideravelmente, em termos de direito penal e garantias, direitos de propriedade, de sanções administrativas e fiscais, e o principal fundamento de inconstitucionalidade permanece, naturalmente, o princípio da igualdade.

Todos os princípios identificados devem, naturalmente, ser combinados com os que são garantidos não pela ordem constitucional interna, mas pelos tratados. Na França, o controle geral da conformidade da lei com as convenções internacionais, desde uma decisão de 15 de janeiro de 1975, está fora do Conselho Constitucional, mas sob o controle dos juízes comuns. Discutindo a natureza “prioritária” da QPC, o Tribunal de Cassação argumentou por um tempo que essa prioridade na obrigação de remeter a lei para o Conselho Constitucional era um obstáculo ao controle da convencionalidade [respeito ao Tratado] da lei.

Pela decisão Abdeli e Melki, de 6 de abril de 2010, relativa aos controles nas fronteiras, declarou-se que: “No caso específico em que se interponha ao juiz questão relativa tanto à constitucionalidade como à convencionalidade de dispositivo legislativo, cabe-lhe implementar, se necessário, as medidas provisórias ou conservatórias específicas para assegurar a tutela judicial dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia; que, em caso de impossibilidade de satisfazer esta exigência, como é o caso do Tribunal de Cassação, diante da qual o procedimento não permite recorrer a tais medidas, o juiz deve pronunciar-se sobre a conformidade da prestação criticada com relação ao direito da União, deixando inaplicável o disposto na portaria de 7 de novembro de 1958, modificada prevendo uma prioridade para apreciação da questão de constitucionalidade”, abrindo caminho para um longo conflito com o Conselho Constitucional, o qual sempre afirmou que a revisão da convencionalidade da lei manteve-se possível. O próprio Conselho submeteu uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça em 4 de abril de 2013, a fim de demonstrar que o controle por parte de qualquer juiz supranacional continua a ser possível.



#### 4.4. Conclusão

Por fim, podemos dizer que a QPC é uma evolução no lugar do Conselho Constitucional: concretização e afirmação de novos direitos que dão corpo a novos princípios, incluindo a fraternidade. Mas, ao mesmo tempo, desempenha um papel paradoxal perante o legislador e, especialmente, da percepção da lei por parte do cidadão, do contribuinte, do litigante. A lei pode ser atacada por este último, enquanto a França viveu por muito tempo do mito de que ela é imperativa ao expressar a vontade geral. Como resultado, continua sendo um padrão cercado de devoção popular, especialmente na França, onde a sede legislativa é forte. O paradoxo é que o sagrado permanece forte na visão coletiva da lei, enquanto o santuário está agora amplamente aberto ao desafio legal individual.

## 5. Controle de constitucionalidade no Brasil: judicialização da política como politização do Judiciário<sup>36</sup>

Marcelo Neves<sup>37</sup>

### 5.1. Uma breve revisão histórica: modelos normativos versus práticas de controle da constitucionalidade

Uma confrontação com o desenvolvimento constitucional brasileiro exclusivamente do ponto de vista dos diferentes textos constitucionais não conduziria, certamente, à negação do modelo da constitucionalidade como reflexividade mais abrangente no interior do sistema jurídico. Ao contrário, poder-se-ia verificar uma evolução significativa nesse sentido, especialmente quando se levasse em conta a ampliação dos institutos constitucionais para o controle da constitucionalidade das leis e outros atos normativos dos órgãos estatais: da omissão na Carta Constitucional de 1824 à extensa normatização no diploma constitucional de 1988 teria decorrido, então, um processo evolutivo. Mas um exame atencioso da realidade constitucional conduz ao desmantelamento desse quadro.

Na Carta Constitucional de 1824 não foi citado nenhum mecanismo de controle da constitucionalidade.<sup>38</sup> Considerando-se a práxis constitucional nos

---

36 Este trabalho é uma versão revista e ampliada de palestra proferida no Colóquio Franco-brasileiro de Direito Constitucional “A democracia: entre representação e jurisdição”, na Câmara dos Deputados, em 10 de maio de 2019. Agradeço a Juliana Mendes Rodrigues por fornecer inestimável material estatístico e jurisprudencial decorrente de sua pesquisa para dissertação de mestrado no IPOL/UnB. Também sou grato a Mateus Rocha Tomaz por indicação de jurisprudência e a Alceu Fernandes da Costa Neto pela cuidadosa revisão do texto.

37 Professor titular de direito público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

38 O fato de que, conforme o art. 15, incisos VIII e IX, a responsabilidade para interpretar e “velar na guarda da Constituição” tenha sido atribuída ao Legislativo (cf. Pimenta Bueno, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857, p. 69-70) não implica um controle da constitucionalidade no sentido estrito como controle interorgânico da Constituição, mas sim uma forma de controle intraorgânico, no qual uma parte é identificada com o juiz (cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato*: le “forme di Stato” e le “forme di governo”, le Costituzioni moderne. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1974, p. 542). Sobre a distinção entre controle interorgânico e controle intraorgânico, ver Loewenstein, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: Mohr, 1975, p. 167 e ss.

Estados Unidos, é possível afirmar que no âmbito do texto “imperial” poderia ter sido desenvolvido um tipo de *judicial review*.<sup>39</sup> Mas com isso não se perceberia que havia uma contradição entre a figura do Poder Moderador como poder estatal supremo (arts. 98-101) e o controle judicial da constitucionalidade de leis.<sup>40</sup> Antes, seria de supor-se que poderia ter surgido um controle mediante o Poder Moderador, ao qual cabia velar “sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos” (art. 98). Esse, porém, teria sido um controle político mediante um agente estatal não submetido político-juridicamente a nenhuma responsabilidade, o imperador (art. 99), de modo que tal controle não poderia ter servido à constitucionalidade como reflexividade no sistema jurídico. Mas, enfim, a noção da constitucionalidade não foi adotada na prática política do Império.

A respeito, há dois exemplos interessantes, levando em conta apenas a atividade oficial do poder estatal: a remodelação essencial da emenda constitucional descentralizadora de 1834 (Ato Adicional – Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834)<sup>41</sup> mediante a centralizadora Lei de Interpretação, de 1840 (Lei nº 105, de 12 de maio de 1840), uma lei ordinária,<sup>42</sup> e a introdução da eleição direta

39 Cf. nesse sentido Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. III, 1973, p. 620.

40 Nesse sentido, Bittencourt, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28.

41 Conforme essa emenda constitucional, seguindo uma fórmula de conciliação entre “federalistas”, “liberais moderados” e “conservadores”, a responsabilidade das províncias foi estendida, especialmente no que se refere ao Poder Legislativo (os “Conselhos Gerais de Província” – arts. 71-89 da Carta Constitucional – foram, correspondentemente, renomeados para “Assembleias Legislativas Provinciais” – art. 1º do Ato Adicional). A respeito, ver Bastos, Aureliano Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 2ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife: Editora Nacional, 1937 (1ª ed. Rio de Janeiro, 1870), p. 86 e ss.; Leal, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 167 e ss.; Roure, Agenor de. *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1914, p. 205-208; Martins Ferreira, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 53-56; Melo Franco, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. II: *Formação constitucional do Brasil*, 1960, p. 106-110; Bonavides, Paulo; Andrade, Antonio Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: [Senado Federal]/[Rio de Janeiro] Paz e Terra, 1989, p. 112 e ss.; Pacheco, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, v. I, 1958, p. 215 e ss.; e as observações críticas de Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6ª ed. Porto Alegre: Globo, v. 1, 1984, p. 307 e ss., considerando a dissonância entre as pretensões registradas no Ato Adicional e a realidade política.

42 Com isso, foram restringidas as competências das “Assembleias Legislativas Provinciais” que lhes foram atribuídas pelo Ato Adicional. Felisbello de Oliveira Freire (*História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: UnB, 1983 [1ª ed. 1894], p. 91 e ss.) criticou a “Lei de Interpretação” como reação “conservadora e centralizadora” contra “as conquistas liberais

mediante legislação ordinária (Lei nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881), em contradição, portanto, com as determinações constitucionais sobre a eleição indireta (arts. 90-94).<sup>43</sup> Nesses casos, não vale o argumento de que segundo o art. 178 da Carta Constitucional de 1824 apenas suas disposições que dizem “respeito aos limites, e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos” estavam sujeitas às determinações constitucionais especiais sobre a reforma constitucional (arts. 174-177); as outras disposições do texto constitucional (“tudo o que não é constitucional”) podiam ser alteradas pelas legislaturas ordinárias.<sup>44</sup> Nos exemplos dados tratava-se, evidentemente, de matéria constitucional no sentido do texto.<sup>45</sup> Em tais ofensas oficiais ao texto constitucional, porém, trata-se apenas de sintomas da falta de constitucionalidade, um problema que deve ser atribuído, em primeiro lugar, à prática “informal” do poder estatal e dos detentores extraestatais de poder.<sup>46</sup> Nesse contexto, embora o “Poder Legislativo Geral”, conforme o art. 20 do Ato Adicional, tivesse autorização para revogar os atos dos legislativos das províncias que ofendessem a Constituição, os inúmeros atos inconstitucionais

---

de 1834” e atribuiu-lhe consequências econômicas negativas. Cf. também nesse sentido Bastos, op. cit. (na nota 41), p. 94-95. Mas considerar a descentralização “formal” como meio eficaz para superar problemas econômicos e sociais constituía um posicionamento ilusório, como mostrou mais tarde a experiência “federalista” da “Primeira República”.

- 43 É de se observar que essa reforma eleitoral implicava uma limitação ainda mais forte do direito de voto, uma vez que o direito de participação eleitoral se tornou, então, dependente de um rendimento anual líquido de 200.000 réis (art. 2º da Lei nº 3.029/1881 – entre outros, em: Soares de Souza, Francisco Belisário. *O sistema eleitoral no Império* (com apêndice contendo a legislação eleitoral no período 1821-1889). Brasília: Senado Federal, 1979 [1ª ed. 1872], p. 335-369), o que, conforme a Carta Constitucional (art. 94, I), valia somente para quem votava no segundo turno (“eleitores”), não para os do primeiro turno (“votantes”), que deveriam dispor de um rendimento anual líquido de 100.000 réis (art. 92, V). Nesse contexto, sobre a queda das inscrições e participações eleitorais na eleição direta de 1881, cf. Faoro (1984), op. cit. (na nota 41), p. 375-376; v. 2, 1985, p. 620; no entanto, com outras inferências.
- 44 A esse respeito, comprova-se claramente a influência do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.
- 45 Contra essa posição, Soares de Souza (op. cit. [na nota 43], p. 118-126) manifestou-se no que concerne à introdução do voto direto, mas não convincentemente. Em relação à “lei de interpretação”, cf. também, em outra perspectiva, Melo Franco, op. cit. (na nota 41), p. 112, ainda com referência à competência do Poder Legislativo para interpretar as leis (art. 15, inciso VIII); com base nele, Bonavides; Andrade, op. cit. (na nota 41), p. 123.
- 46 A respeito, Faoro, em sua brilhante interpretação político-sociológica da obra literária de Machado de Assis, afirma: “a Constituição só seria venerada pelos políticos em oposição, que, no governo – por ser governo – violavam, assenhoreando-se dos instrumentos de poder que ela só nominalmente limitava. O exercício do governo seria sempre a Constituição violada – daí o brado pitoresco e oco da oposição: ‘Mergulhemos no Jordão constitucional’” (Faoro, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo, 1976, p. 65-66).

dos legislativos locais subordinaram-se a um controle por “avisos ministeriais” na prática constitucional cotidiana.<sup>47</sup>

Mediante uma formulação indireta, o diploma constitucional de 1891 (art. 59, § 1º) assimilou o modelo norte-americano do controle difuso da constitucionalidade.<sup>48</sup> Foi decretada a admissibilidade do recurso perante o Supremo Tribunal Federal (STF) contra as sentenças nas quais a Justiça dos estados questionasse “a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais” (alínea *a*) ou decidisse a favor da constitucionalidade de leis e atos dos governos estaduais cuja “validade em face da Constituição” tenha sido contestada no caso (alínea *b*).<sup>49</sup> Com isso, reconheceu-se a competência de juízes e tribunais para verificar a constitucionalidade de leis e atos de governo.<sup>50</sup> Mas as inconstitucionalidades dos atos de governo acumularam-se e tornaram-se mais graves do que no “Império”. Pouco depois de o diploma constitucional entrar “formalmente” em vigor, o presidente da República, na época o marechal Deodoro da Fonseca, dissolveu o Congresso Nacional em 3 de novembro de 1891, renunciou sob pressão do Exército em 23 de novembro de 1891 e foi substituído inconstitucionalmente

47 Cf. Rodrigues, José Carlos. *Constituição Política do Império do Brasil...* Rio de Janeiro: Laemmert, 1863, p. 183-188.

48 Mas ele já havia sido previsto no § 1º do art. 58 do texto constitucional “publicado” pelo governo provisório mediante o Decreto nº 510, de 22/6/1890 (entre outros, em Alencar, Ana Valderez A. N. de; Rangel, Leyla Castello Branco [orgs.]. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*. Brasília: Senado Federal, 1986, v. 1, p. 63-82), e introduzido no direito brasileiro pelo Decreto nº 848, de 11/10/1890 (cf., a respeito, Bandeira de Mello, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 156; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. VI, 1960, p. 417; Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil”. *Revista de Direito Público* [São Paulo: RT], ano I, 1968, nº 4, p. 34-43, p. 37).

49 Essa disposição (art. 59, § 1º) do diploma constitucional de 1891 corresponde quase literalmente a um adendo de Rui Barbosa ao projeto de Constituição da “comissão de juristas” do governo brasileiro. Cf. Barbosa, Rui. *A Constituição de 1891 (Obras completas, v. XVII, 1)*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 78. Assim se expressava sua admiração pela experiência da *judicial review* nos Estados Unidos. A abrangente Emenda Constitucional de 1926 também afetou essa disposição constitucional (a partir dela, então, art. 60, § 1º, alíneas *a* e *b*): em vez de “a validade, ou a aplicação”, foi escrito então “a vigência ou a validade”; não havia mais referência a “tratados” (incluiu-se, porém, a alínea *d*, que estabeleceu o cabimento de recurso de decisão de última instância das justiças estaduais para o STF “quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional”).

50 O fato de que essa disposição não fez referência às decisões da Justiça federal não significava que os tribunais federais (exceto o Supremo Tribunal Federal) fossem excluídos do controle da constitucionalidade das leis e dos atos de governo. A razão disso era que, para suas decisões, não valia a restrição de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, como ocorria para os tribunais locais (art. 59, inciso II); além disso, os tribunais federais eram explicitamente responsáveis pela decisão das causas jurídicas em que uma das partes fundasse sua ação ou defesa em disposições da Constituição (art. 60, alínea *a*).

pelo vice-presidente.<sup>51</sup> O interregno militar (a partir de 1889), portanto, não se encerrou com a promulgação do texto constitucional de 1891, mas se manteve mediante a atividade violadora da Constituição por parte dos dois primeiros presidentes marechais até o ano de 1894.<sup>52</sup> Entretanto, após o final desse período, altera-se apenas a forma das atividades ofensivas à Constituição por parte do poder estatal: passa-se do “método militar” de violação constitucional para as fórmulas “políticas” de minar a Constituição. Se considerarmos a atividade inconstitucional dos agentes estatais exercida à margem dos atos e da normatização oficiais (“política dos governadores”, arranjos “coronelistas”, abuso da intervenção federal e do estado de sítio e assim por diante), perde-se toda noção de uma “ordem constitucionalmente conforme”.<sup>53</sup>

Com pequenas alterações técnico-jurídicas no texto integral, a Constituição de 1934 (art. 76, inciso III, alíneas *b* e *c*) manteve a fórmula de controle de constitucionalidade segundo o modelo norte-americano, tal como ela se apresentou no texto de 1891 (especialmente na versão de 1926 – ver nota 49 deste capítulo). Como novidade, foi introduzido o controle da constitucionalidade da lei que decretasse a respectiva intervenção federal nos estados (art. 12, inciso V) em casos de arguição de inobservância dos princípios constitucionais da Federação (art. 7º, inciso I), como pressuposto para execução das medidas interventivas. Nesse caso, o STF devia decidir a requerimento do procurador-geral da República (art. 12, § 2º). Tratava-se de uma tentativa de evitar um problema que vinha da Primeira República, o abuso da intervenção federal. Além disso, foi estabelecida a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento,

---

51 Sobre os acontecimentos, ver Carone, Edgard. *A República Velha (Evolução política)*. São Paulo: Difel 1971, p. 39 e ss. A posse do vice-presidente (marechal Floriano Peixoto) infringia a Constituição, porque ainda não havia expirado a metade do período do mandato do presidente “renunciante”. Conforme o art. 42 da Constituição de 1891, nesse caso deveria ocorrer uma nova eleição presidencial. Cf. a respeito Barbosa, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Org. Homero Pires. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, v. III, 1933, p. 149 e ss.; Seabra Fagundes, M. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife: OAB-PE, 1982, p. 17-18; Pacheco, op. cit. (na nota 41), p. 241; Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1948, v. I, p. 115.

52 Um “*intermezzo* de atividades políticas pelo lado militar” (!), segundo Moltmann, Bernhard. “*Konstitutionsbedingungen des Staates im Brasilien des 19. Jahrhunderts*”. In: Hanisch, Rolf; Tetzlaff, Rainer (orgs.), com a colaboração de Siebold, Thomas. *Historische Konstitutionsbedingungen des Staates in Entwicklungsländern*. Frankfurt am Main: Metzner, 1980, p. 99-117, p. 106.

53 A esse respeito, ver Lynch, Christian Edward Cyril; Souza Neto, Cláudio Pereira de. “O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio”. *Quaestio Iuris* (Rio de Janeiro: UERJ), v. 5, 2012, nº 2, p. 85-136.

quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, inciso IV) – pretensamente, tendo em vista o princípio da divisão dos poderes. Não menos importante como novidade foi o aparecimento da disposição segundo a qual os tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público por maioria absoluta de votos (art. 179). Mas, no breve período da vigência “formal” da Constituição nominalista de 1934, o poder estatal caracterizou-se antes por uma atividade que minava o texto constitucional do que por um mínimo de apoio aos mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>54</sup>

Com exceção da exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 96), a Carta Constitucional de 1937 rejeitou as inovações do texto de 1934. O controle difuso da constitucionalidade com base no modelo norte-americano foi adotado na fórmula que remontava ao texto de 1891 (art. 101, inciso III, alíneas *b* e *c*), mas com uma restrição: a requerimento do presidente da República, o Parlamento, com apoio da maioria formada por dois terços dos votos em ambas as câmaras (Conselho Federal e Câmara dos Deputados), podia anular as declarações judiciais de inconstitucionalidade de leis (art. 96, parágrafo único).<sup>55</sup> O modelo de controle de constitucionalidade estava em clara contradição com a posição superior do chefe de Estado, extremamente fortalecida no âmbito das determinações transitórias e finais do texto de 1937, nas quais foi “declarado em todo o país o estado de emergência” (art. 186) em caráter permanente, até o fim do chamado Estado Novo em 1945 (tendo sido revogado pela Lei nº 16, de 30 de novembro de 1945) e, nesse contexto, o poder político (também legislativo e de reforma da Constituição) ficou concentrado exclusivamente no presidente da República (arts. 166-170, 178, 180 e 187).<sup>56</sup> Sem qualquer controle jurídico, este detinha com exclusividade o poder de alterar a Carta Constitucional e de aposentar os juízes ou de pô-los em disponibilidade. Nessas condições, a noção de constitucionalidade como refle-

54 Cf. Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlim: Duncker & Humblot, 1992, p. 126-128 [trad. bras. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 184-187.

55 Diferentemente das determinações para a reforma constitucional, que poderia ser aprovada por maioria simples ou absoluta em ambas as Câmaras parlamentares (art. 174), esse preceito constitucional implicava a exigência de maioria qualificada para a cassação do julgamento pelo Parlamento. Cf. Nunes, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 593; Bandeira de Mello, op. cit. (na nota 48), p. 179.

56 Cf. Neves, op. cit. (na nota 54), p. 129-131 [trad. bras., p. 187-192].

xividade do sistema jurídico não podia, de modo nenhum, impor-se: tratava-se de uma politização unilateral da “questão constitucional”.<sup>57</sup>

Com algumas alterações técnico-jurídicas, a Constituição de 1946 adotou, fundamentalmente (art. 8º, parágrafo único; art. 4º; art. 101, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*; art. 200), o esquema de controle da constitucionalidade do texto de 1934.<sup>58</sup> Não se contesta aqui que esse modelo começava a se desenvolver em medida reduzida (para os grupos integrados e sobreintegrados) na nova constelação, apesar do nominalismo constitucional. Porém, com a ruptura constitucional de 1964, a noção de constitucionalidade como expressão da reflexividade no sistema jurídico foi totalmente repelida. Mesmo assim, as primeiras leis de exceção com força constitucional (os Atos Institucionais) não revogaram “formalmente” a Constituição de 1946 nem seus mecanismos de controle da constitucionalidade.<sup>59</sup> Além disso, mediante a Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 26 de novembro de 1965, em seu art. 2º, foi introduzida, na direção do controle abstrato de normas, a representação direta contra a inconstitucionalidade de leis e atos normativos da União e dos estados, a ser encaminhada ao STF pelo procurador-geral da República (art. 101, inciso I, alínea *k*, conforme a nova redação).<sup>60</sup> Nesse contexto de domínio de leis de exceção, tal intensificação das possibilidades de fiscalização judicial da constitucionalidade servia mais ao controle

57 Aqui cabe acrescentar que no âmbito do Poder Legislativo, o qual lhe foi concedido pelo art. 180 (como “disposição transitória”), o presidente exerceu a competência fundamentalmente parlamentar do art. 96, parágrafo único, ou seja, cassou declarações judiciais de inconstitucionalidade mediante decreto-lei (Decreto-Lei nº 1.564/1939). A respeito, cf. Bittencourt, op. cit. (na nota 40), p. 139.

58 O controle da constitucionalidade para fins de intervenção federal nos estados referia-se não mais à lei de intervenção da União como no diploma constitucional de 1934 (art. 12, § 2º), mas àqueles atos dos estados contestados por sua inconstitucionalidade (texto de 1946, art. 8º, parágrafo único); a respeito, Bandeira de Mello, op. cit. (nota 48), p. 187-188; Miranda, op. cit. (na nota 48), v. II, p. 72 e 74. No que dizia respeito ao “recurso extraordinário” perante o Supremo Tribunal Federal para controle da constitucionalidade de leis e atos normativos no caso jurídico concreto (art. 101, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*), não se fazia mais referência apenas às decisões dos tribunais locais, como nos textos constitucionais de 1891, 1934 e 1937, mas a qualquer decisão judicial tomada em única ou última instância (a respeito, com elogio, Miranda, op. cit. (na nota 48), v. III, 317 – ver *supra* nota 50); além disso, também constava a admissibilidade desse recurso nos casos em que o julgamento estivesse em desacordo com uma disposição da Constituição (alínea *a*). Sobre o controle da constitucionalidade no âmbito do diploma constitucional de 1946, ver Bandeira de Mello, op. cit. (na nota 48), p. 180 e ss.

59 É claro que com essas leis de exceção a Constituição de 1946 foi não somente em parte neutralizada, mas também totalmente deturpada.

60 A respeito, cf. Bandeira de Mello (op. cit. [na nota 48], p. 197) e ss. Miranda (op. cit. [na nota 39, v. IV, 1970, p. 44] equivocava-se, portanto, ao afirmar que esse tipo de procedimento de controle normativo tenha sido estabelecido pela primeira vez com a Constituição de 1967.



político dos órgãos estatais “subordinados” do que à reflexividade no sistema jurídico.

Os textos constitucionais de 1967 (art. 11, § 1º, alínea c; art. 45, inciso IV; art. 111; art. 114, inciso I, alínea l, e inciso III, alíneas a, b e c) e de 1969 (art. 11, § 1º, alínea c; art. 42, inciso VII; art. 116; art. 119, inciso I, alínea l, e inciso III, alíneas a, b e c) adotaram o modelo de controle da constitucionalidade do texto de 1946 com a inovação trazida pela EC nº 16/1965. De maneira mais cuidadosa, em vez de “encaminhada pelo procurador-geral da República”, a disposição sobre representação direta por inconstitucionalidade perante o STF passou a ter seguinte redação: “representação do procurador-geral da República”; nesses termos, ficava assegurado o controle autoritário e político do uso desse mecanismo pelo Poder Executivo militar (arts. 114 e 119, inciso I, alínea l).<sup>61</sup> No âmbito da subordinação dos textos constitucionais às leis de exceção com força constitucional (Atos Institucionais nºs 5/1968 a 17/1969) ou simplesmente à ideologia da “segurança nacional”, tornava-se inexequível ou até mesmo inimaginável um controle judicial da constitucionalidade de atos do governo militar ou um controle contra seus interesses.<sup>62</sup> Não se desconhece aqui que o controle judicial da constitucionalidade de normas emitidas por órgãos estatais politicamente subordinados funcionou em certa medida.<sup>63</sup> Com isso, porém, de nenhuma maneira se desenvolveu reflexividade no sistema jurídico, nem encontrou suporte a noção de uma “ordem constitucionalmente conforme”.

61 A respeito, cf. as decisões do STF (STF, Recl. 849 primeira DF, relator ministro Adalício Nogueira, julg. 10/3/1971, Tribunal Pleno, DJ 13/12/1971, PP-07096, EMENT VOL-00859-01, PP-00036) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-CF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo C. N. 1.336/71)), que, tendo em vista a redação dessa disposição no texto constitucional de 1967/1969, concordaram com a decisão do procurador-geral da República, que havia indeferido um requerimento do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o único partido de oposição oficial daquela época, para “encaminhamento” de uma representação ao STF contra a inconstitucionalidade de atos normativos do governo. Observe-se aqui que, conforme a Carta Constitucional de 1967 (art. 138), a nomeação do procurador-geral da República pelos presidentes, apesar do autoritarismo, ainda dependia da aprovação do Senado Federal; mas, segundo a EC nº 1, de 1969, o presidente da República obteve o poder de nomeá-lo livremente (art. 95).

62 Cf. Löbsack-Füllgraf (1985), especialmente em relação à Lei de Segurança Nacional.

63 Cabe mencionar aqui, especialmente, os inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, pronunciados a pedido do procurador-geral da República, sobre a inconstitucionalidade de disposições das constituições estaduais; cf. Supremo Tribunal Federal. *Representações por inconstitucionalidade*: dispositivos de constituições estaduais. Brasília: STF/Senado Federal, vols. I e II, 1976; v. III, 1984. Poder-se-ia ver nessa prática uma expressão da centralização política durante o regime militar.

## 5.2. O modelo textual de controle de constitucionalidade da Constituição Federal de 1988

O texto constitucional de 1988 apresenta um amplo desenvolvimento do espaço de possibilidades para a fiscalização judicial da constitucionalidade de leis e de atos normativos do governo federal e dos estados. O esquema da Constituição anterior foi em grande parte mantido: o controle judicial e difuso no caso jurídico concreto (art. 102, inciso III), que, seguindo o modelo norte-americano, remonta ao diploma constitucional de 1891; o teste de constitucionalidade como pressuposto para a intervenção do governo federal nos estados (art. 36, inciso III), a competência do Senado Federal para suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais mediante decisão definitiva do STF (art. 52, inciso X) e a regra de maioria absoluta para declaração judicial de inconstitucionalidade (art. 97) são três disposições que, apesar das alterações, derivam do texto constitucional de 1934. Entretanto, a legitimação ativa para Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de leis e atos normativos do governo federal e dos estados (regulada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999) foi significativamente ampliada; não mais somente o procurador-geral da República<sup>64</sup> está autorizado a “representar” por inconstitucionalidade perante o STF, mas, além dele, podem propor ADI o presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (esses órgãos e esses entes com legitimidade universal), a Mesa de Assembleia Legislativa (dos estados) ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e os governadores de estado ou do Distrito Federal (redação dada pela EC nº 45) – esses órgãos legitimados apenas para interesses relacionados aos respectivos entes federativos –, assim como as entidades sindicais e classistas de âmbito nacional – legitimadas apenas para interesses próprios ou dos seus membros (art. 103). Desse modo, o novo documento constitucional brasileiro fundiu elementos do controle “concentrado” de constitucionalidade mediante um tribunal para isso especializado, segundo o modelo europeu, com elementos do controle de constitucionalidade norte-americano. Além disso, é

---

64 Para cuja nomeação pelo presidente da República, o novo texto constitucional (art. 52, inciso III, alínea e; art. 128, § 1º) volta a exigir (diferentemente do texto de 1969) a aprovação do Senado Federal.

prevista a declaração de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º),<sup>65</sup> na realidade sob influência da Constituição portuguesa (art. 283).

Outro aspecto relevante foi a previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que, embora prevista no texto originário da CF/1988, ficou pendente de integração por lei ordinária (art. 102, § 1º).<sup>66</sup> Essa ação constitucional foi regulada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, tendo um caráter subsidiário, especialmente em relação à ADI (art. 4º, § 1º, dessa lei).

Por fim, mediante a EC nº 3, de 17 de março de 1993, foi introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal, dando-se nova redação ao art. 102, inciso I, alínea *a*, da CF/1988, e acrescentando-se-lhe o § 2º do art. 102 e o § 4º do art. 103. A ADC foi regulada pelos arts. 13 a 28 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Um corpo estranho que entrou no regime de controle de constitucionalidade iniciado com a CF/1988 foi a chamada “modulação de efeitos” de declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esse dispositivo não apenas torna *ex nunc* (“a partir de seu trânsito em julgado”) os efeitos de determinadas declarações de inconstitucionalidade, afastando a tradição constitucional brasileira dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. Ele também torna, na prática, certas leis e atos normativos inconstitucionais convalidáveis, desde que não estabeleça um prazo (“ou de outro momento que venha a ser fixado”) para que os respectivos atos normativos continuem incidindo e produzindo efeitos jurídicos. Nesse sentido, permite que o STF afaste a nulidade de certas leis e atos normativos inconstitucionais (na compreensão dominante desde a Constituição de 1891), transformando-os em atos anuláveis. Portanto, é controversa a constitucionalidade do art. 27 da

65 Regulada pelos artigos 12-A a 12-H da Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.

66 Originariamente, parágrafo único do art. 102, transformado em § 1º do art. 102 pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

Lei nº 9.868/1999, tendo em vista que uma alteração dessa natureza exigiria uma emenda constitucional.

Não se pode contestar que essa abrangente regulação dos procedimentos jurídico-constitucionais de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem um significado prático. O número de ações referentes ao controle direto ou incidental de constitucionalidade cresceu vertiginosamente no regime constitucional de 1988. Trata-se de uma ampliação eclética de dispositivos constitucionais de controle de constitucionalidade, sob influência principalmente da experiência de controle difuso e incidental estadunidense, do parâmetro de controle concentrado alemão e também de aspectos do modelo português de fiscalização da constitucionalidade. Com isso, abrem-se abundantemente diversas vias de questionamento da constitucionalidade de leis e atos normativos. Mas qual o significado dessa abundância para a força normativa da Constituição,<sup>67</sup> para a sua concretização normativa consistente<sup>68</sup> e, por fim, para sua realização como padrão das condutas e expectativas jurídicas e políticas?<sup>69</sup>

---

67 A respeito, cf. Hesse, Konrad. „Die normative Kraft der Verfassung“. In: Hesse, Konrad. *Ausgewählte Schriften*. Org. P. Häberle e A. Hollerbach. Heidelberg: Müller, 1984, p. 3-18; Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, p. 77-93.

68 Emprego o termo “concretização” em sentido próximo ao de Friedrich Müller, para o qual o “procedimento de concretização” abarca a produção da “norma jurídica” e da “norma de decisão [do caso]” (cf. Müller, Friedrich, op. cit. (na nota 67), esp. p. 263; *idem*, *Juristische Methodik*. 6ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, esp. p. 166 e ss.; *idem*, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1990; *idem*, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. Ralph Christensen. Berlin: Duncker & Humblot, 1990), mas também inclui os atos jurídicos concretos em geral, ao vincularem as partes envolvidas. Sobre concretização constitucional, ver também Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12ª ed. Heidelberg/Karlsruhe: Müller, 1980, p. 24 e ss.; Christensen, Ralph. Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gestezespositivistischen Textmodells. In: Müller, Friedrich (org.). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot 1989, p. 47-91, p. 87 e ss.

69 Emprego o termo “realização” para me referir aos atos de mera observância e de mera execução do direito no plano estritamente factual, como, respectivamente, o pagamento de uma dívida ou a condução coercitiva de um condenado à reclusão para a respectiva penitenciária. Cf. Sobre a distinção entre concretização e realização do direito, Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 207-209.

### **5.3. Do modelo textual à prática de controle de constitucionalidade no regime da Constituição Federal de 1988: abundância quantitativa e deficiência qualitativa do controle de constitucionalidade**

Essas observações sobre o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público no texto constitucional de 1988 são muito limitadas para fornecer um quadro da carência de constitucionalidade como reflexividade mais abrangente no sistema jurídico. É verdade que houve uma ampliação imensa dos mecanismos formais de controle, mas cabe questionar o impacto qualitativo desses mecanismos na prática constitucional, sobretudo para as camadas da sociedade marcadas pela exclusão social e jurídico-política.

Para aqueles estratos da população que têm acesso às suas prestações, o sistema jurídico-político deixa certa margem de manobra para a alavancagem do controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos do governo e da administração, conforme previsto no texto constitucional. Portanto, poder-se-ia deduzir do curso da história constitucional brasileira uma evolução que teria sido interrompida somente pelas violações constitucionais autoritárias.

Analisando a questão além desse restrito ponto de vista, constatamos primeiramente que a noção de constitucionalidade como reflexividade no sistema jurídico somente faz sentido se a produção normativa referida no texto constitucional se revelar efetiva e capaz de generalização no processo de concretização (eficácia e vigência social). Relacionado a isso, acrescenta-se que a existência de constitucionalidade não depende apenas da concordância das normatizações ou decisões oficiais com o texto constitucional (o que, nesse contexto, é muito pouco relevante), mas também e sobretudo da prática constitucional cotidiana “informal”.

Esse não é o caso no Brasil: a regularidade da extrema violação dos direitos fundamentais pelo aparato policial, a insignificância dos “direitos fundamentais sociais” declarados mediante as “normas constitucionais programáticas” para amplos setores da população e a atuação dos agentes do poder público à margem da lei e da Constituição estão em contradição com a constitucionalidade como a reflexividade mais abrangente no interior do sistema jurídico. Esse tipo de reflexividade é rompido no processo de concretização, quando não pela própria legislação com força constitucional, como ocorre nos períodos

autoritários. Nessas condições, não se pode afirmar, como Luhmann (1990, p. 189), que “o código lícito/ilícito gera a Constituição, porque a Constituição tem de gerar o código”.<sup>70</sup> Ao contrário, verifica-se o seguinte: o desenvolvimento de um código generalizado “lícito/ilícito” é bloqueado, porque o desenvolvimento de uma Constituição funcionalmente apta como instância reflexiva mais abrangente do direito é obstruído e vice-versa. O código reflexivo “constitucional/inconstitucional” esvai-se perante o código “lícito/ilícito”, não se podendo afirmar, nessas circunstâncias, que “a Constituição fecha o sistema jurídico”.<sup>71</sup> Ao contrário, no contexto brasileiro, impõe-se reconhecer o paradoxo paralisante: “o problema não reside apenas na constitucionalidade do direito, reside, antes de tudo, na juridicidade da Constituição”.<sup>72</sup>

Além desses aspectos gerais, há problemas específicos internos à institucionalização do controle de constitucionalidade que impedem seu funcionamento satisfatório na prática jurídica. Nas seções seguintes trataremos desses problemas.

#### 5.4. Desenho institucional da formação de votos e do acórdão

Na perspectiva do desenho institucional formal, o fato de que votos dos juízes são dados *in seriatim* (em série), isto é, cada voto é elaborado separadamente por cada ministro e constitui parte do acórdão, torna altamente improvável qualquer aprendizado colegiado.<sup>73</sup> A esse respeito, o que conta é o dispositivo. De certa maneira, em vez de exceção, o voto concorrente é regra em casos controversos: além dos votos convergentes e divergentes sobre os fundamentos (*ratio decidendi*) e o dispositivo, abundam os votos em que há convergência quanto ao dispositivo e divergência no que diz respeito aos fundamentos. Em casos de alta relevância constitucional, a decisão é tomada até mesmo por

---

70 Luhmann, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 176-220, p. 189, 1990.

71 Luhmann, Niklas, op. cit. (na nota 70), p. 187.

72 Luhmann, Niklas. *Zur Einführung*. In: Neves, op. cit. (na nota 54), p. 1-4, p. 3 [trad. bras. Prefácio à edição alemã. In: Neves, op. cit. [na nota 54], p. xvii-xxii, p. xx).

73 Nos Estados Unidos da América, o voto *in seriatim* era a prática antes do *Justice John Marshall*, tendo sido causa de confusão na orientação jurisprudencial (cf. Rotunda, Ronaldo, D. *The fall of seriatim opinions and the rise of the Supreme Court*. *Verdict: Legal analysis and comments from Justitia*, 17/10/2017.

unanimidade, mas os fundamentos são diversos e, às vezes, contraditórios. Não há *ratio decidendi* comum. Configura-se um decisionismo em relação à maioria convergente apenas em torno do dispositivo. Em matéria de declaração de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental é comum alcançar-se essa maioria quanto ao dispositivo, sem que isso ocorra em relação aos fundamentos.<sup>74</sup>

Nesse modelo, muitas vezes, a própria ementa não consegue expressar o fundamento e resultado da decisão, dadas as incongruências argumentativas no procedimento decisório. Não raramente, há uma desorientação daqueles que, ao lerem a ementa, contam com uma decisão favorável a certa causa ou tese e são decepcionados ao lerem o acórdão.

Essa situação prejudica a construção de precedentes. O nível de incerteza, próprio do direito, não é reduzido à luz da jurisprudência do STF, mas em muitos casos se acentua, levando mesmo à insegurança jurídica. Nesse contexto, o aprendizado constitucional fica bloqueado e as próprias construções jurídico-dogmáticas, na sua função de “controle de consistência com vista à decisão de outros casos” e, no âmbito dessa função, de definir com relevância prática “as condições do juridicamente possível, a saber, as possibilidades da construção jurídica de casos do direito”,<sup>75</sup> ficam prejudicadas.

Em suma, a inconsistência jurídica e, sobretudo, a inconsistência constitucional no âmbito das diversas formas de controle de constitucionalidade já é afetada pelo próprio desenho institucional da formação dos votos e do acórdão no STF.<sup>76</sup>

74 Não sendo este o espaço para uma análise detalhada de casos que correspondem a essa asserção, cabe referência a um caso de grande repercussão social, política e jurídica: a decisão pela não recepção “em bloco” da Lei de Imprensa no regime constitucional de 1988: ADPF n° 130/DF, relator ministro Carlos Britto, julg. 30/4/2009, Tribunal Pleno, DJe-208, divulg. 5/11/2009, public. 6/11/2009. Apesar das usuais digressões nos votos dos ministros, o que dificulta a determinação dos fundamentos que adotam, observa-se que ao menos dois dos ministros que formaram a maioria de sete a cinco (Meneses Direito e Cezar Peluso) apresentaram explicitamente fundamentos que divergiam daqueles do relator (votos concorrentes) (cf. inteiro teor do acórdão, p. 95 e 122), de tal maneira que não se formou uma maioria quanto à *ratio decidendi* (votos convergentes), mas isso não aparece na ementa nem na expressão ilusória do dispositivo (decisão): “por maioria e nos termos do voto do relator”.

75 Luhmann, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974, p. 19.

76 Voltarei com mais detalhes à questão da inconsistência decisória na Seção 5.6.

## 5.5. O problema funcional da sobrecarga de trabalho

Sob a ótica da carga de trabalho, a impossibilidade de selecionar racionalmente os casos constitucionalmente relevantes, aliada ao incremento excessivo de competências, torna a própria capacidade decisória do Tribunal muito limitada. Onze ministros sobrecarregados, cada um deles com dezenas de milhares de processos para decidir anualmente, delegam para um número enorme de assessores e analistas a competência para “decidir”, sem que haja condições práticas para rever as respectivas “decisões”. Os ministros reduzem-se, em grande parte das decisões, a carimbadores de documentos.

A propósito, a EC nº 45/2004, supostamente destinada a reduzir a sobrecarga processual do STF, parece ter viabilizado o acesso mais amplo à Corte. De 1º de janeiro de 2010 a 12 de julho de 2019, segundo o próprio portal do Tribunal, foram tomadas 1.055.981 decisões, havendo uma tendência de crescimento de 2012 (90.079) a 2018 (126.742).<sup>77</sup> A súmula vinculante, introduzida pela EC nº 45/2004, permite que reclamações contra qualquer autoridade administrativa ou judiciária que a desrespeite seja levada imediatamente ao Supremo (CF/1988, art. 103-A, § 3º). Como as súmulas, analogamente às chamadas “leis interpretativas”, precisam ser interpretadas, a possibilidade de questionamento perante o STF multiplicou-se. Da mesma maneira, a exigência da repercussão geral em recurso extraordinário (CF/1988, art. 102, § 3º) é controversa quanto ao efeito de diminuir a carga de trabalho do Tribunal. A possibilidade recursal de questionar a decisão do juízo *a quo* perante o STF leva a que uma avalanche de processos seja submetida a esse Tribunal.<sup>78</sup> A EC nº 45/2004, por fim,

77 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoes-sinicio>>. Acesso em: 14/7/2019.

78 Observe-se que não apenas se pode recorrer do tribunal *a quo* para o STF quando o primeiro não admitir o recurso com base em decisão do Supremo sobre repercussão geral. Ademais, “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, cabe “ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte” (Código de Processo Civil, *caput* e § 1º do art. 543-B, acrescido pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006). Portanto, a exigência de repercussão geral para RE, além de não reduzir a sobrecarga de processos no STF, prejudica e sobrecarrega os tribunais *a quo*, pois muitos processos ficam sobrestados à espera de decisões do STF (cf., com detalhes estatísticos, Almeida, Fábio Portela Lopes de. “Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário”. *Conjur*, 28 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>). Acesso em: 14/7/2019.



transferiu competências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o STF,<sup>79</sup> expandindo ainda mais seu campo de atuação. Parece, porém, que subjaz a essa ampliação de atribuições a crença equivocada de que o aumento de competência jurídica leva necessariamente a um maior poder político de um órgão de Estado.

Nesse contexto, portanto, a irracionalidade funcional resulta de que o aumento da demanda se relaciona com o declínio da capacidade decisória do próprio STF. Não há propriamente desenvolvimento sadio do STF como órgão judicial, mas sim, por assim dizer, um “inchaço” contrário à consistência jurídica e à adequação social de suas decisões.

## 5.6. A questão técnico-jurídica da inconsistência decisória

Quanto ao aspecto técnico-jurídico, há falta manifesta de coerência e consistência da cadeia decisória. Proliferam decisões que se incompatibilizam entre si, muitas vezes em curtíssimo período de tempo. Nesse contexto, há abuso do que seria o *overruling* ou o *distinguishing*<sup>80</sup> implícito, sem que o STF explicita ou justifique a mudança de posição ou o enquadramento jurídico diferente do novo suporte fático concreto. Esse problema relaciona-se com o déficit institucional no voto *in seriatim*, envolvendo decisões internamente inconsistentes na *ratio decidendi*, como acentuamos no final da Seção 5.4. Também é relevante a esse respeito a carga de trabalho discutida na Seção 5.5, importando incongruências na cadeia decisória de um mesmo ministro, submetido às idiossincrasias de-

79 Inclusive transferindo para o STF a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...] julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (CF, art. 102, inciso III, alínea d), competência que antes pertencia ao Superior Tribunal de Justiça mediante o julgamento de Recurso Especial (CF/1988, art. 105, inciso III, alínea b).

80 Originários do *common law*: “na tradição do *common law*, o direito envolve a criação e revisão de precedentes pelas cortes recursais. Há duas formas principais dessa revisão no *common law*. A primeira, mais típica, é o *distinguishing*, no qual uma corte recursal aceita o precedente anterior, mas limita o âmbito de sua aplicação e estabelece uma nova regra para as circunstâncias na qual o precedente anterior não mais se aplica. A segunda forma, menos típica, é o *overruling*, no qual a corte recursal simplesmente substitui o precedente com uma nova regra”. [“In the common law tradition, the law evolves through the creation and revision of precedents by appellate courts. There are two principal forms of such revision in common law. The first, and more typical, is *distinguishing*, whereby an appellate court accepts the previous precedent, but limits the scope of its applicability and establishes a new rule for the circumstances in which the previous precedent no longer applies. The second, and less typical, form is *overruling*, whereby an appellate court simply replaces the precedent with a new rule” (Gennaioli, Nicola; Shleifer, Andrei. *Overruling and the instability of law. Journal of Comparative Economics*, v. 35, 2007, p. 309-328).

cisórias de uma multiplicidade de assessores e analistas. Mas a inconsistência na cadeia decisória relaciona-se com diversos fatores, estando associada especialmente a particularismos políticos e de outras naturezas, e atinge decisões relevantíssimas do ponto de vista jurídico, político e social em geral.

Consideremos, por exemplo, a relação entre a fundamentação do julgamento do caso Ellwanger e a do julgamento pela não recepção, em bloco, da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, que regulava “a liberdade de manifestação de pensamento e de informação” no regime da CF/1988.<sup>81</sup>

No primeiro caso, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, vingou a tese da prevalência da dignidade humana e da não discriminação em face da liberdade de expressão, sendo caracterizada como crime de racismo a autoria e publicação de livro que negava a existência do holocausto no período do Nacional Socialismo.<sup>82</sup> Nesse julgamento, o ministro Carlos Britto, que defendia a tese da prevalência absoluta da liberdade de expressão sobre qualquer outro princípio ou direito constitucional, foi vencido.

Já no caso da recepção da Lei de Imprensa na ordem constitucional vigente, no julgamento da ADPF nº 130/DF, em 30 de abril de 2009, a tese do valor absoluto da liberdade de expressão, propugnada pelo ministro relator Carlos Britto, foi seguida pela maioria (vencidos o ministro Marco Aurélio e, em parte, a ministra Ellen Grace e os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa), rejeitando-se a recepção constitucional da Lei de Imprensa em bloco.<sup>83</sup> Admitiu-se o argumento do relator de que a “precedência [da liberdade de expressão] é daquela que se impõe em toda e qualquer situação concreta” e de que se trata, em relação a “tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz”.<sup>84</sup>

81 A respeito, cf. Neves, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 209-214.

82 STF, HC nº 82.424/RS, relator ministro Moreira Alves, relator p/ acórdão ministro Maurício Corrêa, julg. 17/9/2003, Tribunal Pleno, DJ 19/3/2004, PP-00024, EMENT VOL-02144-03, PP-00524.

83 ADPF nº 130/DF (ver nota 74).

84 Voto do ministro relator Carlos Britto, no inteiro teor do acórdão, p. 50 e 62. Como base para a afirmação dessa ponderação antecipada pela própria Constituição, o ministro Carlos Britto invoca equivocadamente Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva (cf. Neves, op. cit. [na nota 81], p. 211). Também prevaleceu o fundamento esdrúxulo de que, como a Lei de Imprensa fora criada em um regime autoritário contrário à liberdade de expressão, essa lei deveria ser rejeitada em bloco (cf.

Como compatibilizar a *ratio decidendi* dessa decisão sobre a Lei de Imprensa (primazia absoluta da liberdade de expressão em todo e qualquer caso concreto) com os fundamentos da decisão do caso Ellwanger (precedência da dignidade humana e da não discriminação sobre a liberdade de imprensa em uma ponderação no caso)? Claro que isso é impossível. Não houve nenhum debate sobre a superação do precedente de 2003 no julgamento de 2009, conforme um modelo consequente de *overruling*.<sup>85</sup> Os dois fundamentos contraditórios permanecem vigorando na jurisprudência do STF. Isso impede uma orientação por precedentes nessa matéria, deixando desorientados todos os envolvidos em matéria constitucional dessa espécie. Assim, fica-se dependendo, como se observa, de fundamentos *ad hoc*, sem capacidade de generalização consistente.

Outro exemplo de inconsistência são as sucessivas decisões sobre a presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII) e a prisão (art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011) até ou após “sentença condenatória transitada em julgado”, excetuadas as hipóteses de flagrante delito e prisão preventiva ou temporária. Nesse caso, não só os fundamentos são contraditórios, mas também os dispositivos. As decisões variam ao sabor do contexto político particularista.

Antes do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em 5 de janeiro de 2009, o tema constitucional não foi enfrentado diretamente pelo STF, mas eram comuns os casos em que o Judiciário decidia pela prisão antes de transitada em julgado a sentença, mesmo que não se tratasse das exceções legais. Com referência ao art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho 1984 (disposição legal que, antes, trata da progressão da pena privativa de liberdade), e com invocação de uma série de precedentes, foram aprovadas as Súmulas nºs 716 e 717 do STF

---

item 10.1 da ementa do acórdão). Mas a mesma decisão que determinou a não recepção em bloco da Lei de Imprensa estabeleceu que fosse aplicado o Código de Processo Civil de 1973 (período de perfil mais autoritário do regime militar de 1964-1985), assim como o Código de Processo Penal e o Código Penal (ambos originários do governo ditatorial do Estado Novo) “às causas decorrentes das relações de imprensa” (item 11 da ementa do acórdão), sem se dar conta de que esses códigos se relacionam com a garantia do contraditório, com o devido processo legal, a reserva de lei e demais garantias processuais e penais, típicas do Estado constitucional e, portanto, incompatíveis com um regime autoritário. Deveria ser rejeitada em bloco a recepção desses códigos no regime constitucional de 1988 só por isso?

85 “A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.” (Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, v. 3, 2013, p. 146).

em 24 de setembro de 2003, que passaram a servir de esteio à orientação do Supremo pela prisão antes do trânsito em julgado.<sup>86</sup>

A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em 5 de janeiro de 2009,<sup>87</sup> há uma virada radical, constitucionalizando-se a questão com base no inciso LVII do art. 5º da CF/1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Também serviu de suporte o art. 147 da Lei nº 7.210/1984: “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. O STF decidiu, então, por uma maioria de sete votos a quatro, que a “prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.<sup>88</sup> Essa posição foi fortificada, no plano legislativo, com a alteração do art. 283 do CPP pela Lei nº 12.403/2011, que deu a seguinte redação a esse dispositivo: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. A solução tomada parece-me a mais consistente com a CF/1988 e também com o CPP e com a Lei nº 7.210/1984, chamada Lei de Execução Penal.

Entretanto, novamente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016,<sup>89</sup> o STF decidiu, por sete votos a quatro, que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Assim, contrariou-se totalmente a decisão anterior de

---

86 “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.” (STF, Súmula nº 716, aprovada na sessão plenária de 24/9/2003, DJ de 9/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 7; DJ de 13/10/2003, p. 6). “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.” (STF, Súmula nº 717, aprovada na sessão plenária de 24/9/2003, DJ de 9/10/2003, p. 7; DJ de 10/10/2003, p. 7; DJ de 13/10/2003, p. 7).

87 STF, HC nº 84.078/MG, relator ministro Eros Grau, julg. 4/5/2009, Tribunal Pleno, DJe-035, public. 26/2/2010.

88 Item 3 da ementa do acórdão.

89 STF, HC nº 126.292/SP, relator ministro Teori Zavascki, julg. 17/2/2016, Tribunal Pleno, DJe-100, divulg. 16/5/2016, public. 17/5/2016.

2009, sem considerar a alteração do art. 283 do CPP pela Lei nº 12.403/2011. Seguindo nessa orientação, mas com nova maioria, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, em 4 de abril de 2018, decidiu pela manutenção da posição afirmada em 2016, ou seja, a prisão após condenação em segunda instância.<sup>90</sup> Os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, vencidos com votos excepcionais, sustentaram estranhamente a constitucionalidade da prisão após a condenação pelo STJ.

A respeito dessas variações ao sabor das circunstâncias, impressiona a inconsistência na cadeia decisória de um mesmo ministro, conforme idiosincrasias decisórias e políticas do ministro a cada caso. Assim, o ministro Gilmar Mendes, que votou em 2009 (HC nº 84.078/MG) favoravelmente à prisão apenas após o trânsito em julgado de sentença condenatória, foi a favor em 2016 (HC nº 126.292/SP) à prisão após condenação em segunda instância e, por fim, em 2018 (HC nº 152.752/PR), defendeu a prisão após condenação pelo STJ (a mesma mudança foi feita pelo ministro Dias Toffoli de 2016 para 2018). Por sua vez, a ministra Rosa Weber, que, em 2016 (HC nº 126.292/SP), votou pela prisão somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória, deu voto favorável à prisão após condenação em segunda instância em 2018 (HC nº 152.752/PR), com a alegação inusitada de que estaria respeitando o “colegiado”.

Além desse vai e vem na questão do momento constitucionalmente legítimo de prisão de pessoa condenada à pena privativa de liberdade, o processo de controle abstrato mediante as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44, que têm como objeto a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, após vários adiamentos, “foi excluído do calendário de julgamento pelo presidente” do STF em 10 de abril de 2019.<sup>91</sup> Tema de tanta relevância, referente à privação de liberdade de milhares de pessoas, deixa de ser julgado ao sabor das circunstâncias, dependendo de posturas idiosincráticas incontroláveis do presidente do STF. Todo esse quiproquó a respeito do problema do momento de execução da pena privativa de liberdade aponta para uma jurisprudência altamente inconsistente, que, antes de orientar as partes, as demais

90 STF, HC nº 152.752/PR, relator ministro Edson Fachin, julg. 4/4/2018, Tribunal Pleno, DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018.

91 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acessos em: 14/7/2019.

instâncias judiciais e o público, serve para desorientá-los. É verdade que quem não sabe o rumo que segue, quem não tem mapa nem bússola, não pode servir de parâmetro para ninguém que busca um caminho acertado.<sup>92</sup>

Um aspecto que acentua imensamente essa inconsistência decisória é a fragilidade do colegiado diante da tomada de decisões monocráticas. Inicialmente, devemos considerar o aspecto quantitativo: conforme o portal do STF, entre 1º de janeiro de 2010 e 14 de julho de 2019, em um universo de 1.055.981 decisões, apenas 135.792 (12,86%) foram colegiadas, ao passo que 919.950 (87,12%) foram tomadas monocraticamente.<sup>93</sup> No corrente ano, até 14 de julho, em um universo de 61.655 decisões, somente 8.412 (13,64%) foram colegiadas, enquanto 53.243 (86,36%) foram monocráticas. Dessa maneira, a jurisprudência torna-se fragmentada, a mercê do entendimento individual de cada ministro.

Esses elementos quantitativos ganham um significado qualitativo quando consideramos a incompatibilidade entre decisões monocráticas por força de circunstâncias as mais diversas, inclusive dos particularismos políticos de ocasião. Consideremos a decisão monocrática liminar contra a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro de Estado chefe da Casa Civil, em 2016, nos autos dos Mandados de Segurança (MS) nºs 34.070/DF e 34.071/DF, em 18 de março de 2016,<sup>94</sup> e a decisão a favor de nomeação que tornou Wellington Moreira Franco ministro de Estado da Secretaria Geral da Presidência (com a transformação de cargo que não lhe dava o *status* de ministro) nos autos dos MS nºs 34.609/DF e 34.615/DF, em 14 de fevereiro de 2017.<sup>95</sup> Em ambos os casos, os referidos políticos passariam a ter foro privilegiado, portanto sujeitos a julgamento perante o STF.

92 Após a conclusão deste artigo, o STF, no julgamento conjunto das ADIs nºs 43, 44 e 54, em 7/11/2019, alterou novamente sua posição, no sentido mais consistente com a Constituição e o CPP, para afirmar a possibilidade da prisão apenas após decisão condenatória transitada em julgado (evidentemente com as exceções em casos de prisões preventivas, temporárias ou em flagrante), tendo alterado mais uma vez suas posições os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, assim como modificado seu entendimento a ministra Rosa Weber.

93 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoes-inicio>>. Acesso em: 14/7/2019. Observe-se que, conforme o portal do STF, não há informações sobre 239 decisões (0,02%). Mas, ainda assim, o portal oferecia, na data do acesso, uma estatística imperfeita, pois os percentuais não fechavam em 100%.

94 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948919>>. Acessos em: 15/7/2019.

95 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5126193>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127429>>. Acessos em: 15/7/2019.

No caso da decisão tomada monocraticamente por Gilmar Mendes no julgamento dos MS nºs 34.070/DF e 34.071/DF, além de ter sido admitida – contrariando os precedentes do STF,<sup>96</sup> com o qual esse ministro concordara antes desse julgamento<sup>97</sup> – a legitimação ativa de partidos políticos para propor mandados de segurança coletivos, admitiu-se, sem se ouvir a autoridade coatora (a então presidenta Dilma Rousseff), “a alegação de que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal”. O ministro afirmou, então, ser “autoevidente que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais” e que “a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar” a lei e a Constituição.<sup>98</sup> Dessa maneira, deferiu-se o pedido de medida liminar, suspendendo-se a eficácia da nomeação do ex-presidente pela então presidenta Dilma Rousseff e, assim, impedindo-se a posse de Lula no cargo de ministro de Estado. O caso nunca foi levado ao Plenário do STF para decisão de mérito e as ações perderam o objeto com o *impeachment* da então presidenta.

Sem utilizar-se de qualquer *distinguishing* em relação à decisão do ministro Gilmar Mendes, o ministro Celso de Mello, em decisão tomada menos de 11 meses depois, após ouvir a autoridade coatora, o então presidente Michel Temer, além de não admitir a legitimidade ativa de partidos políticos para impetrar mandados de segurança coletivos, sustentou que “a nomeação de alguém

96 Cf. STF, MS nº 22.764 QO/DF, relator ministro Néri da Silveira, julg. 28/4/1997, Tribunal Pleno, DJ 9/3/2001, PP-00103, EMENT VOL-02022-01, PP-00105; STF, RE nº 196.184/AM, relatora ministra Ellen Gracie, julg. 27/10/2004, Tribunal Pleno, DJ 18/2/2005 PP-00006, EMENT VOL-02180-05, PP-01011; STF, RE nº 566.928/RJ, relator ministro Carlos Britto, julg. 6/5/2010, decisão monocrática, DJe-081, divulg. 6/5/2010; public. 7/5/2010; STF, MS nº 33.738/DF, relatora ministra Cármen Lúcia, julg. 24/8/2015, decisão monocrática, DJe-167, divulg. 25/8/2015, public. 26/8/2015; STF, MS 34.196/DF, relator ministro Roberto Barroso, julg. 11/5/2016, decisão monocrática, DJe-098, divulg. 13/5/2016, public. 16/5/2016.

97 No julgamento do RE nº 196.184/AM (ver nota 96), o ministro foi além da relatora na rejeição da legitimidade ativa dos partidos políticos: “Sr. presidente, só à guisa de ressalva. Tenho dificuldades, com todas as vênias, para aceitar a tese esposada na primeira parte do voto da ministra Ellen quanto a essa legitimidade universal do partido político para defesa também de interesses aparentemente universais. Tenho a impressão de que a dogmática que assentamos em relação ao mandado de segurança e à estrita observância do direito líquido e certo também aqui se impõe, é claro, e com as adaptações de estilo. Tenho até a impressão de que tem sido este, pelo menos, o entendimento básico até aqui sinalizado. Não imagino que o partido político possa fazer a defesa de interesses de outros que não de seus eventuais filiados.” (inteiro teor do acórdão, p. 1.022).

98 Ministro Gilmar Mendes, Decisão de Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070 Distrito Federal (MS nº 34070 MC/DF), p. 14, 20 e 33. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 16/7/2019.

para o cargo de ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de ministros de Estado (CF/1988, art. 102, I, c) – não importa em obstrução, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal”.<sup>99</sup> Dessa maneira, foi indeferido o pedido de medida liminar, permanecendo Moreira Franco como ministro de Estado. O caso nunca foi levado ao Plenário do STF para decisão de mérito e as ações perderam o seu objeto com o final do governo de Michel Temer.

Essas duas decisões são inteiramente opostas em todos os aspectos, embora os casos tenham identidade jurídica, não tendo havido sequer esforço para se estabelecer um *distinguishing* na segunda decisão. No primeiro caso, não se ouviu a autoridade coatora, admitiu-se a legitimidade ativa dos partidos políticos para impetrar mandados de segurança coletivos, e afirmou-se a obstrução de justiça e o desvio de finalidade, tendo sido, portanto, deferido o pedido de medida liminar. No segundo, ouviu-se a autoridade coatora, não se admitiu a legitimidade ativa dos partidos políticos, e negou-se haver obstrução de justiça e desvio de finalidade, tendo ocorrido, portanto, o indeferimento do pedido de medida liminar. A inconsistência é gritante e salienta a incapacidade do STF de fixar uma jurisprudência que construa precedentes para orientação dos envolvidos em casos judiciais e do público em geral, assim como a sua impotência para orientar e garantir as expectativas normativas, nesse mar de decisões monocráticas sobre matérias constitucionais relevantes.

A situação de disparate jurisprudencial se fortifica se observarmos o abuso dos pedidos de vista como estratégia de ministros para impedir que uma decisão da maioria contrarie sua visão individual – muitas vezes de viés político – da questão.

A esse respeito, é importante observar a gritante violação dos prazos regimentais. O art. 134 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) prescreve que, feito o pedido de vista dos autos, o ministro “deverá apresentá-lo, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão subsequente”. Esse

99 Ministro Celso de Mello, Decisão de Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609 Distrito Federal (MS nº 34.609 MC/DF), p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>>. Acesso em: 16/7/2019.



dispositivo regimental é complementado pela Resolução nº 278 do STF, de 15 de dezembro de 2003, na redação dada pela Resolução nº 322 do STF, de 23 de maio de 2016:

Art. 1º O ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no *caput*, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao ministro o vencimento do referido prazo.

§ 2º REVOGADO

Art. 2º Não se dará a prorrogação automática prevista no § 1º do artigo anterior quando se tratar de processo de réu preso, caso em que findo o prazo do *caput* do art. 1º será feita a comunicação ao ministro.

A Resolução nº 322/2006 tornou praticamente sem efeito o desrespeito do prazo, ao revogar o § 2º do art. 1º da Resolução nº 278/2003, que estabelecia o seguinte:

§ 2º Esgotado o prazo da prorrogação, o presidente do Tribunal ou da Turma requisitará os autos e reabrirá o julgamento do feito na segunda sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

Atualmente, basta uma comunicação ao membro do Tribunal que tenha infringido o regimento e as resoluções que regulam o prazo para apresentação dos autos em caso de pedidos de vista. Nesse contexto, há uma tradição de desrespeito dessas normas. Conforme estudos estatísticos, até 31 de dezembro de 2013 foram feitos 2.987 pedidos de vista e 2.215 autos foram reapresentados fora do prazo (considerando um prazo flexível de 30 dias), tendo sido de 346 dias a média de devolução dos respectivos autos, excluídos os 124 pedidos que permaneciam pendentes.<sup>100</sup> Em 2018, 159 pedidos de vista foram feitos, dos quais 70 (44%) ainda estavam pendentes em abril de 2019 e, entre os 89 autos devolvidos, 19 (21,3%) ocorreram fora do prazo. Assim, o total de

100 Falcão, Joaquim; Hartmann, Ivar; Chaves, Vitor P. *III Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014, p. 18. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Acesso em: 15/7/2019.

autos não apresentados no prazo, após pedidos de vista feitos em 2018, foi de 79 (65,3%).<sup>101</sup>

Além desse aspecto quantitativo, devemos considerar a dimensão qualitativa, quando pedidos de vista são feitos para impedir que a maioria decida na sessão, levando a solução do caso para um futuro incerto, conforme as idiossincrasias de um ministro, não raramente de caráter político particularista.

Um caso que chamou atenção de juristas e da opinião pública diz respeito ao abusivo pedido de vista no julgamento da ADI nº 4650/DF,<sup>102</sup> na qual o STF, por maioria (oito votos a três), decidiu pela inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Após o pedido de vista do ministro Teori Zavascki, que ficou pendente entre 12 de dezembro de 2013 a 24 de março de 2014, por mais de três meses (extrapolando o prazo regimental), o ministro Gilmar Mendes, contrariado com a formação de maioria de seis votos pela procedência da ação, pediu vista do processo, na sessão plenária de 2 de abril de 2014, sem qualquer justificativa plausível, permanecendo com ele até 10 de setembro de 2015, ou seja, por mais de 17 (dezesete) meses.<sup>103</sup> As justificativas apresentadas pelo ministro Gilmar Mendes, durante esse período em que grande parte da comunidade jurídica e da opinião pública questionava a morosidade abusiva de retenção de um processo no qual já havia sido formada uma maioria pela procedência da ADI, eram meramente subjetivas e apresentavam claros elementos de manifestação de natureza político-partidária. Destaca-se a entrevista ao jornalista Mário Sérgio Conti, na *GloboNews*, em 4 de junho de 2014: “percebi também que a própria ação tinha uma lógica político-partidária”.<sup>104</sup> E, na sessão de julgamento da ADPF nº 4650/DF pelo Pleno do STF, em 16 de setembro de 2015, o ministro atacou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), proponente da ação, acusando

---

101 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>>. Acesso em: 15/7/2019. Devo à pesquisa de dissertação de mestrado de Juliana Mendes Rodrigues, no IPOL/UnB, os dados retirados das planilhas desse sítio eletrônico do STF.

102 STF, ADI nº 4.650/DF, relator ministro Luiz Fux, julg. 17/9/2015, Tribunal Pleno, DJE-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016.

103 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>>. Acesso em: 15/7/2019.

104 Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2015/06/gilmar-mendes-vai-votar-ainda-em-junho-o-financiamento-de-campanhas.html>>. Acesso em: 15/7/2019.

essa entidade de estar a serviço de interesses espúrios do “partido oficial”, o Partido dos Trabalhadores (PT), então no governo:

É impossível acreditar que o partido que mais se beneficiou de doações privadas, legais ou não, nos últimos anos, tenha agora se convertido a uma posição contrária a qualquer espécie particular na política eleitoral.

A virada moralizadora por parte daqueles que, até o momento, fizeram do deixar-se corromper uma forma de vida é um embuste.

[...]

O que houve, portanto, foi a absorção de um projeto de poder, defendido por um partido que já se confundia com o Estado brasileiro, por parte da sociedade civil organizada, no caso pela OAB. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil adotou a proposta e a apresentou ao Supremo Tribunal Federal. O absurdo de tudo isso revela-se na confissão de que a reforma política considerada “correta” pelo partido oficial não é capaz de lograr a aprovação dos parlamentares brasileiros, que só não a aprovariam por legislarem em causa própria. Note-se que a defesa de causa própria sequer é cogitada pelos artífices desta ação direta, relativamente ao partido que está no poder há quatro mandatos presidenciais.<sup>105</sup>

Como se observa, tal sorte de justificativa expressa antes a postura e o raciocínio de um político profissional do que a de um magistrado, especialmente a de um ministro do STF. Com o seu pedido de vista, o ministro Gilmar Mendes impediu que a decisão da maioria, já formada em 2 de abril de 2014, fosse aplicada à eleição presidencial de 2014.

Outro caso relevante diz respeito à Ação Penal nº 937/RJ, referente ao alcance do foro por prerrogativa de função de autoridades de escalão superior.<sup>106</sup> Havendo a expectativa da formação de maioria favorável à redução do alcance do foro privilegiado, houve dois pedidos de vista protelatórios, conforme idiossincrasias dos respectivos ministros e condicionados por circunstâncias políticas. Em primeiro lugar, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista em 1º de junho de 2017 e só devolveu os respectivos autos em 29 de setembro de 2017, 90 dias depois do pedido, excluído o período de recesso no mês de julho. A seguir, em sessão de 23 de novembro de 2017, o ministro Dias Toffoli pediu vista, só

105 STF, ADI nº 4.650/DF, inteiro teor do acórdão, p. 247-248, 252-253; voto-vista do ministro Gilmar Mendes, p. 55-56, 60-61.

106 AP nº 937 QO/RJ, relator ministro Roberto Barroso, julg. 5/10/2018, Tribunal Pleno, DJe-265, divulg. 10/12/2018, public. 11/12/2018.

vindo a reapresentar os autos em 27 de março de 2018, mais de quatro meses após o pedido, muito além do prazo regimental.<sup>107</sup> Na sessão final de julgamento, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli foram vencidos, juntamente com os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tornando plausível que seus pedidos de vistas tiveram fins procrastinatórios.

Como já adiantado no final da seção 5.4, não se trata, no meio desse caos jurídico, de uma questão de incerteza, inerente ao direito, mas sim de um problema que leva a uma grave insegurança das expectativas jurídico-normativas em torno da Constituição e do direito, pois, em vez de o STF contribuir para reduzir o efeito surpresa (incerteza) das decisões na cadeia decisória, amplia, em inúmeros casos, o efeito surpresa, de tal maneira que parece que, a cada decisão, o histórico dos precedentes começa novamente.

### **5.7. O problema da adequação social: a ilusão da judicialização como realização socialmente adequada da Constituição**

Sob o aspecto da adequação social, desenvolveu-se a ilusão, fortificada por doutrinadores, cientistas políticos e sociólogos, de que a judicialização, em si mesma, resulta na observância, execução e realização da Constituição, ou, nos termos da linguagem jurídica brasileira, à efetividade da Constituição. Nessa perspectiva, a judicialização significaria o enquadramento das instituições no marco jurídico-constitucional. Entretanto, no caso brasileiro pós-1988, a judicialização não significou uma ampliação e intensificação do direito, muito menos a constitucionalização do direito, como pleitearam juristas do *mainstream* constitucional.<sup>108</sup> A atuação do Poder Judiciário tem promovido decisões que levam a práticas de difícil compatibilidade com o modelo constitucional e são socialmente inadequadas, assim como alheias a temas relevantes.

---

107 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 16/7/2021.

108 Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352 e ss.; Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

Mesmo que tenha havido inserção em temas jurídicos de indiscutível relevância moral e social,<sup>109</sup> esses permaneceram no campo do reconhecimento constitucionalmente legítimo de grupos, sem relevante impacto na questão da exclusão constitucionalmente ilegítima de origem primariamente econômica.<sup>110</sup> O controle abstrato de constitucionalidade concentrou-se, na vasta maioria dos casos, em interesses corporativos de servidores públicos, não em questões de direitos fundamentais.<sup>111</sup>

No que concerne ao direito à saúde, as intervenções diretas do Judiciário, interpretando direitos sociais como direitos civis, serviram em ampla medida aos interesses de camadas economicamente privilegiadas, tendo a finalidade de obrigar a União, os estados e os municípios a pagarem tratamentos caros, à custa de programas sociais comprometidos com o acesso universal à saúde conforme a Constituição. A esse respeito se falou que a judicialização da saúde estaria “tomando dos pobres para dar aos ricos”.<sup>112</sup> Também ganhou significado a noção de “judicialização simbólica”,<sup>113</sup> que se apresentou com uma nova dimensão

109 São especialmente dignos de menção o julgamento que definiu a união homoafetiva estável como entidade familiar (STF, ADPF nº 132/RJ, relator ministro Ayres Britto, julg. 5/5/2011, Tribunal Pleno, DJe-198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011), a decisão sobre a antecipação terapêutica do parto em caso de fetos anencefálicos (STF, ADPF nº 54/DF, relator ministro Marco Aurélio, julg. 12/4/2012, Tribunal Pleno, DJe-080, divulg. 29/4/2013, public. 30/4/2013) e o julgamento que declarou a constitucionalidade de “atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior” (STF, ADPF nº 186/DF, relator ministro Ricardo Lewadowski, julg. 26/4/2012, Tribunal Pleno, DJe-205, divulg. 17/10/2014, public. 20/10/2014).

110 Para a distinção entre reconhecimento entre pessoas e grupos, por um lado, e inclusão nos sistemas sociais, por outro, ver Neves, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento?. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-17.

111 Costa, Alexandre; Benvindo, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* – o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em: 16/7/2019.

112 Silva, Virgílio Afonso da. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*, 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 16/7/2019. Ver também Lima, Fernando Rister de Sousa. *Saúde e Supremo Tribunal Federal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

113 Carneiro, Walber. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: Souza, Wilson Alves de; Carneiro, Wálber Araújo; Hirsch, Fábio Perianro de Almeida (orgs.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2013, p. 131-152. Cf., com referência específica ao STF e ao direito à saúde, Lima, op. cit. (na nota 112), p. 171 e ss; *idem*, *Simbolismo da atuação do STF em direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2017.

da constitucionalização simbólica.<sup>114</sup> A articulação da linguagem constitucional pelo Judiciário não afeta de maneira fundamental as relações e práticas anti-constitucionais, mas antes forja crenças e movimentos políticos em torno do figurino constitucional.

Nesse contexto, não se observa que a efetivação constitucional depende da atuação de outras esferas estatais, inclusive do Executivo, assim como de condições sociais, não se restringindo a decisões judiciais espetaculares e pontuais. O cotidiano das instituições estatais, especialmente da polícia e das penitenciárias (ver *infra* notas 120 e 121), mas também de outras instâncias do Executivo, Judiciário e Legislativo, desenvolve-se, em grande parte, à margem da Constituição e da legalidade. Mas essa não é simplesmente uma questão de incapacidade institucional do Judiciário, pois envolve uma postura seletiva e discriminatória que, estruturalmente, beneficia os setores socialmente mais fortes em detrimento dos mais fracos na estrutura da estratificação social.

## 5.8. O que pode significar “judicialização” da política nesse contexto?

Não se deve confundir o problema da judicialização da política com a característica do Estado democrático de direito, conforme a qual há duas dimensões parciais da Constituição, uma concernente à “Constituição como politização do direito”, a outra relativa à “Constituição como juridificação da política”<sup>115</sup> (ver Figura 1). Ambas as dimensões relacionam-se à “Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito”<sup>116</sup> ou como racionalidade transversal entres esses sistemas sociais.<sup>117</sup> Ou seja, ao constitucionalismo democrático são inerentes a juridificação da política e a politização do direito em relação recíproca.

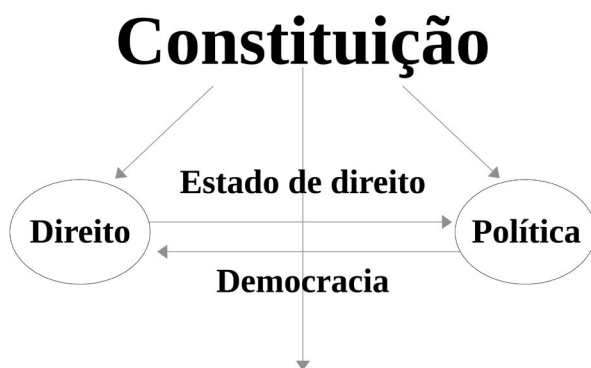
114 Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

115 Möllers, Christoph. Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung: Begriff der Verfassung in Europa. In: Bogdandy, Armivon (org.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlin: Springer, p. 1-57, p. 3-18.

116 Luhmann, Niklas, op. cit. (nota 70), p. 193 e ss.; *idem*, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 470 e ss.

117 Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 53 e ss., a partir – mas com outros pressupostos e outras consequências – do conceito de razão transversal de Welsch, Wolfgang. *Vernunft: die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

**Figura 1 – Constitucionalismo democrático: juridificação da política e politização do direito**



Fonte: elaboração própria.

Nos Estados constitucionais hegemônicos na sociedade mundial, a noção de judicialização da política foi associada a uma expansão do direito em detrimento da política democrática.<sup>118</sup> Nos países centrais, portanto, quando se fala de “judicialização”, aponta-se correntemente para um excesso de significado das variáveis jurídicas, constituindo uma dimensão fundamental da juridificação.<sup>119</sup> O direito, assim, fortificar-se-ia como sistema social. Nesses termos, também foi concebida a judicialização da política no Brasil.<sup>120</sup> Mas se trata realmente de uma intensificação e expansão do direito e da Constituição, quando estamos confrontados com a chamada “judicialização da política” no Brasil? Tudo indica que não.

Como afirmado na Seção 5.7, a judicialização, no caso brasileiro pós-1988, não significou uma ampliação e intensificação do direito, tampouco a constitucionalização do direito, como defenderam juristas do *mainstream* constitucional. O argumento é que teria sido superado o caráter predominantemente simbó-

118 Na Alemanha, cf. por exemplo, Loewenstein, op. cit. (na nota 38), p. 261-265; Maus, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts - und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 208-307.

119 Cf. Neves, op. cit. (na nota 54) p. 30-32, 98-99 [trad. bras., p. 36-39, 139-140].

120 Ver, entre muitos, Vianna, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; Vianna, Luiz Werneck et al. *Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Brasileiro* (São Paulo: USP), v. 19, 2007, n° 2, p. 39-85; Machado, Igor Suzano. A Constituição de 1988 e a judicialização da política: o caso do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. In: Carvalho, Maria Alice Rezende de; Araújo, Cícero; Simões, Júlio Assis (orgs.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2009, p. 202-248.

lico da Constituição, tendo havido sua efetivação normativamente relevante em todos os ramos do direito e na prática social. Entretanto, nesse particular, o argumento se baseou, sobretudo, na “judicialização” da política. No Brasil, esse fenômeno tem-se apresentado inseparável da politização do Judiciário, principalmente do STF. Isso implica o envolvimento juridicamente inconsistente do STF como parte interessada em temas de conflitos políticos. Há como que um deslocamento do Poder Judiciário para o centro do sistema político.

Assim, a judicialização da política como politização do Judiciário não teve impacto na desjuridificação da política e das relações sociais nem na desconstitucionalização do direito no plano da concretização jurídica; antes, serviu para encobri-las. As próprias práticas inconstitucionais e ilegais no cotidiano dos poderes públicos, sobretudo do Judiciário,<sup>121</sup> indicam que interesses particularistas e corporativos prevaleceram à mercê da ordem jurídica constitucional. As ações policiais<sup>122</sup> e o sistema penitenciário<sup>123</sup> permanecem à margem da

121 Um dos pontos que ressalta é a altíssima percentagem de magistrados que, nos termos das próprias informações dos bancos de dados oficiais, recebem remuneração acima do teto constitucional, mas não há nenhuma medida dos órgãos de controle, especialmente do Conselho Nacional de Justiça. Cf., por exemplo, matérias do jornal *O Globo*, de 23 de outubro de 2016 e de 17 de dezembro de 2017, respectivamente, disponíveis em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/mais-de-dez-mil-magistrados-recebem-remuneracoes-superiores-ao-teto-20340033>> e <<https://oglobo.globo.com/brasil/com-extras-71-dos-juizes-do-pais-recebem-acima-do-teto-de-33-mil-22201981>>. Acessos em: 17/7/2019.

122 A situação de uma polícia “contra a lei” e “acima da lei”, que Kant de Lima verificou na cidade do Rio de Janeiro na década de 1990, vinculando-a corretamente às “práticas judiciais como fator de distorção da ideologia igualitária constitucional” (Lima, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 49-53, 99-118, 155-6), assim como as “atrocidades brasileiras” perpetradas por “policiais torturadores e assassinos”, que Huggins, Haritos-Fatouros e Zimbardo apresentaram no início dos anos 2000 (Huggins, Martha K.; Haritos-Fatouros, Mika; Zimbardo, Philip G. *Violence workers: police torturers and murders reconstruct brazilian atrocities*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2002), estendem-se a todo o território nacional e persistem até hoje como regra (a obediência à lei é “a exceção que confirma a regra” – Lima, op. cit. (nesta nota), p. 37-45). Cf., por exemplo, Carvalho, Sandra (org.) (2003). *Execuções sumárias no Brasil – 1997/2003*. Rio de Janeiro: Centro de Justiça Global/Florianópolis: Núcleo de Estudos Negros (NEN); Misse, Michel et al. *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Booklink, 2013; Misse, Michel et al.. *Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* (Rio de Janeiro: UFRJ), 2015, edição especial nº 1, p. 43-71; AI, Anistia Internacional. *Informe 2016/2017: o estado dos direitos humanos no mundo*. Londres: Amnesty International, 2017, p. 82-87.

123 Basta conferir os próprios levantamentos e avaliações oficiais: Departamento Penitenciário Nacional (Depen). *Levantamento de Informações Penitenciárias – Infopen – Junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014; Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília: CNMP, 2016. Sobre a gravidade da situação atual a ONU se manifestou em relatório: United Nations, General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment*



Constituição. As eleições políticas e as relações particularistas entre Executivo e Congresso fogem de qualquer parâmetro constitucional.

## 5.9. Excurso: a “desrazão” sem diálogo com a razão

O título deste excurso tem como referência uma passagem do ensaio de Derrida (1992), *Fazendo justiça a Freud*, no qual o ensaísta faz objeções às críticas de Foucault à psicanálise freudiana. Derrida (1992) sustenta que, diferentemente de René Descartes e do iluminismo, Sigmund Freud põe a razão em “diálogo com a desrazão”. É claro que não se trata, nesse contexto, de um diálogo no sentido da teoria do discurso ou da democracia deliberativa, orientado contra-factualmente para o consenso ou para a busca do melhor argumento. Trata-se de reconhecimento da precariedade da “razão”, pronta para aprender com a sua contraparte, a “desrazão”, em processo paradoxal de reconstruções ou ressignificações permanentes. Diálogo, no sentido aqui sugerido, pode ter um significado análogo ao formulado por Feyerabend (1991, p. 164-165, tradução nossa): “pode mostrar o efeito de argumentos sobre estranhos ou sobre especialistas de uma escola diferente”, bem como “demonstrar a natureza quimérica do que acreditamos ser as partes mais sólidas de nossas vidas”.<sup>124</sup> Uma “razão” sem “diálogo” com a “desrazão” seria opressora e excludente. A ironia que se apresenta é a seguinte: e quando a “desrazão” for incapaz de “dialogar” com a “razão”? A resistência ao diálogo impede, nesse caso, qualquer aprendizado, reconstrução ou ressignificação transformadora na direção da autonomia.

No plano jurídico, parece-nos que essa é a situação do STF. É claro que aqui, antes da referência à “desrazão” ou à razão em um sentido abarcante, cabe falar de irracionalidade sistêmica do ponto vista jurídico, fechada ao aprendizado com argumentos de consistência jurídica e adequação social do direito. Essa situação importa um desempenho limitado no sentido da institucionalização

---

or punishment on his mission to Brazil. Nova York: ONU, 2016. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/56dfdf3d4.html>>. Acesso em: 18/7/2019. A declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro pelo STF (ADPF n° 347 MC/DF, relator ministro Marco Aurélio, julg. 9/9/2015, Tribunal Pleno, DJe-031, divulg. 18/2/2016, public. 19/2/2016) teve apenas um efeito simbólico, não modificando em nada a situação de manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade das penitenciárias, dominadas pela criminalidade organizada de presos e práticas criminosas sistemáticas de agentes estatais.

124 “It can show the effect of arguments on outsiders or on experts from a different school, as well as demonstrate the chimaerical nature of what we believe to be the most solid parts of our lives” (Feyerabend, Paul K. *Three Dialogues on Knowledge*. Oxford: Basil Blackwell, 1991, p. 164-165).

constitucional, apesar da retórica constitucionalista excessiva dos ministros e doutrinadores.

### 5.10. Limites à autonomia do direito

Lefort, em seu livro seminal *A invenção democrática*, que trata da invenção democrática na era moderna, argumenta que a democracia constitucional implica o “desintrincamento simultâneo do princípio do poder, do princípio da lei e do princípio do saber”, enfatizando que “desintrincamento não quer dizer cisão”.<sup>125</sup> Poderíamos acrescentar que constitucionalismo importa o desintrincamento de poder, direito, saber, propriedade, mídia, religião e arte, sem que isso importe isolamento ou cisão, mas sim condicionamentos recíprocos entre esferas operativamente autônomas de vida social. Na linguagem da teoria da diferenciação funcional, o constitucionalismo supõe a autonomia operativa recíproca entre sistema político e jurídico, assim como desses sistemas sociais perante a economia, a ciência, a religião e demais sistemas sociais.<sup>126</sup>

O caso brasileiro é tipicamente um caso de constitucionalismo periférico, em que há intrincamento do direito com a política, a economia e outros sistemas sociais, em detrimento da autonomia do sistema jurídico.<sup>127</sup> Verifica-se, do ponto de vista da autonomia sistêmica, que preferências e imperativos econômicos, políticos, midiáticos e relacionais sobrepõem-se diretamente à jurisdição constitucional, em detrimento de uma argumentação jurídico-constitucional apropriada e consistente. Nesse caso, não se pode totalmente excluir a “corrupção” sistêmica no nível da jurisdição constitucional, na medida em que particularismos políticos, midiáticos, econômicos e relacionais podem estar vinculados a decisões ancoradas em argumentos retóricos *ad hoc* manifestamente insustentáveis do ponto de vista jurídico-constitucional, em favor de privilégios incompatíveis com a Constituição. Às vezes, liminares monocráticas, concedidas às pressas, podem ser vistas como indícios da

---

125 Lefort, Claude. Droits de l’homme et politique. In: C. Lefort. *L’invention démocratique: les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, 1981, p. 45-83, p. 64 [trad. bras. Direitos do homem e política. In: *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 37-69].

126 Luhmann, op. cit. (na nota 70); *idem*, *Machtkreislauf und Recht in Demokratien*. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (Opladen: Westdeutscher Verlag), 1981, p. 158-167.

127 Neves, op. cit. (na nota 54).

sobreposição de preferências externas (corporativas, midiáticas econômicas, político-partidárias, relacionais, etc.) aos critérios jurídicos que deveriam ser aplicados, fugindo de qualquer baliza razoável da argumentação jurídica.

Esclareça-se. Há diferentes níveis de “corrupção”, que é aqui entendida não no sentido moral ou estritamente jurídico-penal, mas sim, conforme a teoria dos sistemas, como sobreposição destrutiva, bloqueante, paralisante de um sistema sobre outro ou sobre vários outros sistemas mediante a sabotagem de código.<sup>128</sup> É uma forma de exploração de um sistema por outro. Por exemplo: “ter/não ter” sobre “governo/oposição”, “governo/oposição” sobre “lícito/ilícito”.

A “corrupção” pode permanecer no nível operacional. Nesse caso, é eventual e não é estabilizada socialmente. Esse tipo de “corrupção” está presente em todo o mundo, inclusive nas democracias constitucionais mais sólidas. A “corrupção” pode atingir o nível estrutural dos sistemas sociais. Dessa maneira, é socialmente estabilizada, ou seja, é suportada por expectativas de comportamento estabilizadas. No plano estrutural, a “corrupção” pode permanecer setorial, atingindo apenas certas conexões de comunicação ou organizações. Mas a “corrupção” pode evoluir e assim desencadear uma tendência à generalização. Essa é a “corrupção” sistêmica em sentido estrito, que geralmente se desenvolve em conexão com um determinado Estado como organização política territorial. Uso aqui “corrupção sistêmica” nesse sentido.

Em relação ao direito, a “corrupção” sistêmica dá-se especialmente pela sobreposição destrutiva dos códigos “ter/não ter” (economia), “poder/não poder” ou “governo/oposição” (política), “informação/desinformação” (mídia) e “amigo/inimigo” (boas relações) sobre o código “lícito/ilícito” (direito). O código do direito, então, revela-se um código fraco (ver Figura 2).

---

128 Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, tomo 2, p. 1.043.

**Figura 2 – Corrupção sistêmica do direito**



Fonte: elaboração própria.

Não há como negar que o Estado brasileiro é historicamente caracterizado pela “corrupção” sistêmica. Esse é um problema do Estado como uma enorme organização territorial. Não se trata de uma suposta sociedade brasileira, que a rigor não existe; é um problema de muitos Estados na sociedade mundial. Em minha perspectiva, não tem a ver com singularidade cultural; pelo contrário, é um problema estrutural da sociedade mundial, associado com a externalização de irracionalidades sistêmicas dos centros para as periferias no âmbito da empreitada colonial, neocolonial, imperialista e pós-colonial. O “lixo” da corrupção foi e é movido e jogado nas periferias, assim como – em conexão indissociável – o “lixo” da escravidão, da invasão, da guerra, do apoio a ditaduras, da exclusão, etc.<sup>129</sup>

### **5.11. Da exclusão social à exclusão jurídico-política**

A “corrupção” sistêmica no Brasil e em outros países periféricos (ou, eufemisticamente, do Sul global) é inseparável da exclusão estrutural, que é uma característica desses países. Mas o que significa exclusão nessa conexão com a “corrupção” sistêmica?

Não há como negar que há exclusão nas democracias constitucionais da Europa e da América do Norte, mas essa é uma exclusão “secundária”, não primária

129 Neves, Marcelo. From transconstitutionalism to transdemocracy. *European Law Journal* (Chichester: Wiley), 2017, v. 23, nº 5, p. 380-394, esp. p. 392.

como nos países periféricos.<sup>130</sup> Em relação a esses e especialmente ao Brasil, propusemos uma abordagem alternativa para a exclusão estrutural que melhor esclarece a relação entre a exclusão social e a “corrupção” sistêmica. Distinguímos em casos como o brasileiro sobreinclusão (ou sobreintegração) e subinclusão (ou subintegração) como duas formas de exclusão, uma “por cima”, a outra “por baixo”. Dito a grosso modo: os sobreincluídos têm acesso às prestações dos sistemas sociais, mas são amplamente independentes destes; portanto, têm um excesso de liberdade para com os sistemas sociais. Em contraste, os subincluídos não têm acesso às prestações dos sistemas sociais, mas são dependentes destes. É claro que não há o absolutamente sobreincluído ou o absolutamente subincluído, mas há indivíduos e grupos que estão regularmente em um dos polos das relações de subinclusão ou sobreinclusão.

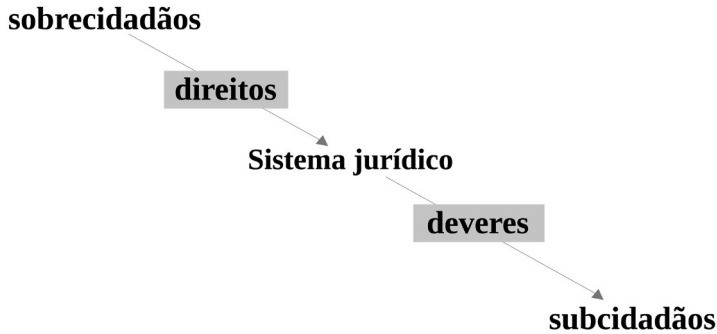
No campo do direito, trata-se de relações de sobrecidadania e subcidadania (ver Figura 3). Os sobrecidadãos são geralmente considerados pelo sistema jurídico como titulares de direitos, mas não como sujeitos de deveres, responsabilidades, sanções e outros ônus jurídicos. O sistema jurídico tem uma capacidade muito limitada de imputação em relação aos sobrecidadãos. Para eles, há uma espécie de garantia informal de impunidade. Os subcidadãos, pelo contrário, embora estritamente sujeitos a deveres, responsabilidades, sanções e penalidades no sistema jurídico, têm acesso ínfimo aos direitos. Hespanha afirmou que os sobrecidadãos são nanocidadãos e os subcidadãos são hipercidadãos.<sup>131</sup> Diríamos que os sobrecidadãos são super-homens perante o sistema jurídico, e que os subcidadãos são tratados pelo direito como sub-humanos. Os primeiros são integrados no sistema jurídico “por cima”, os últimos são integrados no sistema jurídico “por baixo”.<sup>132</sup>

130 Cf. Müller, Friedrich. *Wer ist das Volk?* Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, 20 e ss., em atenção ao meu argumento. Sem dúvida há agravamento da exclusão nas democracias consolidadas nos centros hegemônicos em tempos recentes, especialmente por força da migração em massa dos refugiados da exclusão nas periferias (cf., por exemplo, Buckel Sonja. *Welcome to Europe – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts: Juridische Auseinandersetzungen um das “Staatsprojekt Europa”*. Bielefeld: Transkript, 2013; Fischer-Lescano, Andreas *et al.* Border controls at sea: requirements under International Human Rights and refugee law. *International Journal of Refugee Law*, v. 21, 2009, p. 256-296). Daí por que se pode observar, há certo tempo, uma tendência à paradoxal “periferização do centro” (Neves, op. cit. [na nota 129], p. 191-200).

131 Hespanha, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito* (Curitiba: UFPR), nº 56, 2012, p. 13-21, p. 17.

132 Sobre subinclusão (subintegração) e subcidadania *versus* sobreinclusão (sobreintegração) e sobrecidadania como formas de exclusão “por baixo” e “por cima”, respectivamente, na modernidade periférica, ver Neves, op. cit. (na nota 54), p. 78-79 e 94-95 [trad. bras., p. 109-110,

**Figura 3 – Duas formas de exclusão político-jurídica: relações de sobrecidadania e subcidadania**



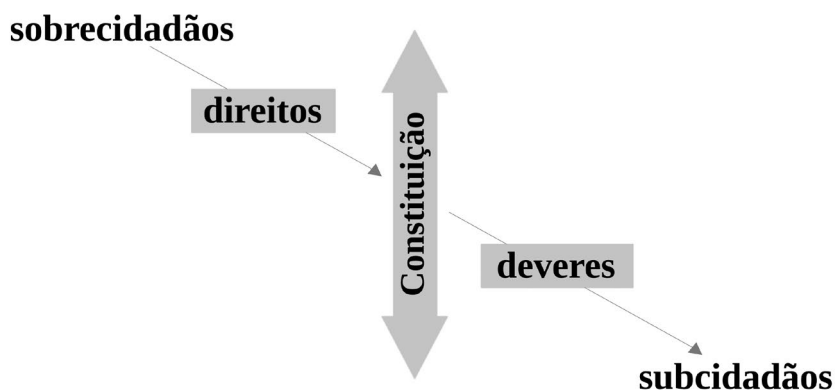
Fonte: elaboração própria.

No plano constitucional, as posições assimétricas levam à implosão da Constituição como horizonte da ação e da experiência política e jurídica nos termos do Estado constitucional. Para os sobrecidadãos, a Constituição é principalmente um instrumento de poder, não horizonte de suas condutas e expectativas. Para os subcidadãos, a Constituição é algo estranho ou, em relação a estes, atua quase apenas para limitar sua margem de ação. Os sobrecidadãos encontram-se acima da Constituição, que eles usam, abusam ou desusam conforme sua constelação de interesses. Por sua vez, os subcidadãos não estão incluídos em um público limitado que possa defender-se crítica e eficazmente contra a prática anticonstitucional dos sobrecidadãos. Precisam cuidar especificamente de suas necessidades vitais (ver Figura 4).

---

132-133]; *idem*, Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais* (Rio de Janeiro: Iuperj), v. 37, 1994, n° 2, p. 253-276; *idem*, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 248 e ss.

**Figura 4 – Exclusão constitucional como problema primário no caso brasileiro**



Fonte: elaboração própria.

A conexão entre “corrupção” sistêmica e exclusão estrutural com setores privilegiados “acima” da Constituição e amplas parcelas da Constituição aquém da Constituição pode servir como chave explicativa ampla para a inconsistência jurídico-constitucional e o caráter seletivo e discriminatoriamente negativo das práticas do STF e do Judiciário no controle de constitucionalidade no Brasil.

## **5.12. Observações finais: implicações da politização do Judiciário e do STF no atual contexto brasileiro**

A partir do controverso processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff e sua destituição do cargo em 2016,<sup>133</sup> a diferença considerada constitutiva da política na concepção de Carl Schmitt, “amigo/inimigo”,<sup>134</sup> passou a ter um significado especial. Um de seus discípulos, Kirchheimer (1961, p. 3, tradução

133 Os documentos do processo que se iniciou a partir da Denúncia por Crime de Responsabilidade nº 1/2015, da Câmara dos Deputados, estão disponíveis no seguinte sítio de notícias do Senado Federal (Denúncia nº 1/2016-SF): <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff>>. Acesso em: 18/7/2019.

134 Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 6ª ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1996, p. 26.

nossa), era peremptório a esse respeito: “todo regime político tem seus inimigos ou, no devido tempo, os cria”.<sup>135</sup>

Divergindo do modelo schmittiano, entendemos que a diferença “amigo/inimigo” é típica dos regimes autocráticos ou de regimes de “exceção”. Na democracia, a diferença “amigo/inimigo” cede à diferença “aliado/adversário”. Essa situação se apresenta mediante a institucionalização da oposição, o que leva à “cisão da cúpula do sistema político”.<sup>136</sup> Os opositores são vistos, então, como adversários fundamentais para a afirmação do pluralismo democrático. Não são considerados indignos de uma convivência política dentro dos parâmetros da ordem democrática.

Entretanto, um dos aspectos mais graves da recente ruptura constitucional no Brasil é o fato de que o próprio Judiciário assumiu instrumentalmente o controle da diferença “amigo/inimigo”. A postura típica da política autocrática e de exceção, na qual alguns políticos e setores sociais são considerados amigos e, portanto, dignos de respeito, enquanto outros são merecedores do desprezo moral por serem definidos como inimigos, é adotada por parte significativa do Judiciário, Ministério Público e polícia.

Os tribunais e os juízes passaram a agir, em ampla medida, como se estivessem acima das leis e da Constituição. Magistrados passam a assumir a posição de sobrecidadãos, não subordinados à lei nem à Constituição, a atuar não só seletivamente contra os subcidadãos, mas também contra os seus representantes na política partidária e nos movimentos sociais, agora também tratados como subcidadãos desprezíveis, à margem da lei e da Constituição. Há caso típico de ministro do STF partidário, a atuar abertamente, fora e dentro de suas funções, conforme a diferença “amigo/inimigo”, à margem dos preceitos legais e constitucionais.<sup>137</sup> Há também a atuação emblemática de juiz parcial, que se

135 Every political regime has its foe or in due time creates them (Kirchheimer, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1961, p. 3).

136 Luhmann, Niklas. Die Zukunft der Demokratie. In: Luhmann, N. *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987 p. 126-132, p. 127.

137 Esse é o caso conspícuo do ministro Gilmar Mendes. A respeito, cf. Hartmann, Ivar. “Gilmar Mendes é contraexemplo da discrição esperada do Judiciário”. *Folha de S. Paulo*, 27 de maio 2017 (disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/05/1887640-para-preservar-a-imparcialidade-juizes-precisam-cultivar-a-discricao.shtml>>; acesso em: 15/7/2019); Mendes, Conrado Hübner. “O inimigo do Supremo”. *Jota*, 5 de junho de 2017 (disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/o-inimigo-do-supremo-05062017>>; acesso em: 15/7/2019). Ver



comporta à maneira de inimigo do réu, afirmando assim publicamente sua proximidade e simpatia por setores de grupos políticos das elites tradicionais.<sup>138</sup> Em nenhum desses casos os mecanismos constitucionais e legais de controle têm funcionado.

A primeira consequência é a tendência de passarmos da constitucionalização simbólica para a degradação da Constituição. A “discrepância entre a norma e a realidade” parece que tende a deixar de estar associada à fórmula “a ficção tornando-se realidade e a realidade ficção”, nos termos de Carvalho (1988),<sup>139</sup> para transformar-se em manifesto desrespeito à Constituição e ao direito. Por um lado, o cinismo das elites prevalece; por outro, aprofunda-se a apatia do público. Em contradição com isso, os movimentos sociais têm propensão a radicalizar-se

---

também a Denúncia nº 12/2016-SF (13/9/2016) e a Denúncia nº 06/2017-SF (14/6/2017), nas quais se atribuem crimes de responsabilidade ao ministro. Ambas foram arquivadas liminarmente pelos presidentes do Senado Renan Calheiros (réu por crime comum no STF) e Eunício de Oliveira (investigado criminalmente no STF), respectivamente. Contra esses arquivamentos foram impetrados perante o STF o Mandado de Segurança nº 34.560/DF e o Mandado de Segurança nº 35.377/DF, ainda em andamento. Também é relevante a petição de apuração administrativa sob o protocolo nº 0033394-STF (14/6/2017), sem qualquer movimento desde que foi apresentada.

138 Esse é o caso típico da atuação do ex-juiz Sérgio Moro nos casos da chamada “Operação Lava-Jato” (pretensamente destinada ao combate à corrupção), especialmente naqueles contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região rejeitou reclamação disciplinar contra o então juiz Sérgio Moro alegando que se tratava de uma situação de exceção. Cf. Neves (2017, p. 273-284). Criticamente sobre o processo que levou à condenação do ex-presidente Lula da Silva, ver Proner *et al.* (orgs.) (2017). Também não houve até hoje (25 de julho de 2019) qualquer reação consequente do STJ nem do STF à atuação parcial do ex-juiz Sérgio Moro (após a conclusão deste artigo, o STF declarou o juiz Sérgio Moro suspeito e anulou um dos processos em que ele condenara o ex-presidente Lula à pena de reclusão - STF, 2ª Turma, HC nº 164493, julg. 23/3/2021, publ. 4/6/2021 -, tendo sido confirmada pelo Pleno essa decisão; em 24/6/2021, o ministro Gilmar Mendes estendeu a decisão às demais ações em que o juiz Moro atuou processando criminalmente Lula). A gravidade da situação tornou-se evidente e escandalosa a partir das publicações em série, desde 9 de julho de 2019, pela agência de notícias *The Intercept Brasil*, de conversas vazadas entre o então juiz Sérgio Moro (que, na época, era ministro da Justiça do governo de Jair Bolsonaro) e o procurador federal chefe da chamada “Força Tarefa da Operação Lava-Jato”, Deltan Dallagnol, assim como entre este e os demais membros dessa “Força Tarefa” e outros membros do Ministério Público Federal. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 5/8/2019.

139 Nos termos de Carvalho, José Murilo. *Teatro de sombras: a política imperial*. São Paulo: Vértice, RT/Rio de Janeiro: Iuperj, 1988, p. 130, p. 164 (cf. Neves, op. cit. [na nota 54], p. 121 [trad. bras., p. 176-177]). Nesse contexto, Carvalho distancia-se – parece-me com razão – do entendimento otimista de Ramos, Alberto Guerreiro (*Administração e estratégia do desenvolvimento: elementos de uma sociologia especial da administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1966, p. 331) a respeito do chamado “formalismo” (“a discrepância entre a conduta concreta e a norma prescrita” – p. 333), relacionado à “transplantação” de instituições estrangeiras (Ramos, Alberto Guerreiro, O tema da transplantação na sociologia brasileira. Enteléquias da interpretação. In: Ramos, A. G. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, esp. p. 273) como “estratégia para mudança social” “a serviço da construção nacional” (Ramos, *Administração e estratégia do desenvolvimento*, esp. p. 387 e ss.).

por falta de vias institucionais para as suas demandas e, correspondentemente, o “Estado de repressão policial” encontra o pretexto para assumir a dianteira.

Tal situação pode ser associada a dois déficits reflexivos. Por um lado, o chamado “neoconstitucionalismo”,<sup>140</sup> ao superestimar o uso dos princípios como panaceia para a concretização constitucional, superestimou o papel do Judiciário em detrimento do Legislativo e do Executivo. Tal situação levou ao abuso dos princípios, à inserção do Judiciário na política partidária e à judicialização simbólica em prejuízo da concretização jurídica da Constituição.<sup>141</sup> Com um principialismo *ad hoc*, a flexibilização constitucional chegou a extremos, facilitando a entrada de toda sorte de interesses particulares no direito. Por outro lado, a noção de “Constituição dirigente”<sup>142</sup> fortificou a pretensão de juízes e tribunais em assumir um papel de domesticação constitucional da sociedade. O resultado só poderia ser desastroso. Em primeiro lugar, porque a ideia de

140 Quaresma, Regina *et al.* (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; Maia, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito do Estado* (Rio de Janeiro: Renovar), ano 2, 2007, nº 5, p. 243-265; *idem*, Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168; Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional. In: Lima, Martônio Mont’Alverne Barreto; Albuquerque, Paulo Antônio Menezes de (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 481-492; *idem*, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Souza Neto; Sarmento, op. cit. (na nota 108), p. 203-249; Sarmento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Sarmento, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146; Streck, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In: Souza Neto; Sarmento; Binenbojm (coords.), op. cit. (nesta nota), p. 203-228. Em posição crítica, cf. Dimoulis, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: Sarmento (coord.), op. cit. (nesta nota), p. 213-227.

141 Cf. Neves, op. cit. (na nota 81), p. 171 e ss.

142 A partir de Canotilho, J. J. Gomes (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994), que buscou o conceito em Lerche, Peter (*Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Colônia/Berlim/Munique/Bonn: Carl Heymanns Verlag 1961, p. 61 e ss.), ver Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Bercovici, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília: Senado Federal), ano 36, 1999, nº 142, p. 35-51; *idem*, A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: Souza Neto, C. Pereira de. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 114-140. Já com certa distância crítica, ver Bercovici, Gilberto; Massonetto, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas* (Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), v. XLIX, 2006, p. 57-77.

“Constituição dirigente” (ou “Constituição governante”) da sociedade é uma impossibilidade epistemológica. A sociedade é muito mais complexa do que a Constituição. A pretensão ideológica de “Constituição dirigente” só teria sentido em uma experiência totalitária. A Constituição do Estado constitucional toma distância da realidade para poder exercer sua função normativa.<sup>143</sup> Em segundo lugar, a ideia de “Constituição dirigente” exige um Judiciário que atue como vanguarda da domesticação constitucional da realidade. Dessa maneira, o espaço político que a Constituição deixa aberto à luta política fica encoberto e os juízes e tribunais, especialmente em sua função jurídico-constitucional, tornam-se o centro da política, paradoxalmente, asfixiando-a como espaço de lutas entre diversas forças sociais.

Nessas circunstâncias desenvolve-se um decisionismo *ad hoc* do STF, marcado por forte teor de irracionalidade. Esse decisionismo é tanto mais forte na medida em que a doutrina jurídica não se apresenta como um contraponto crítico relevante. Faltam irritações ao STF pela doutrina jurídica. Ocupada na maior parte por advogados, magistrados e membros do Ministério Público envolvidos regularmente nas contendas judiciais de natureza constitucional, as faculdades de direito tendem a reproduzir as decisões do STF em um tipo de dogmática ingênua, transformada em “casuística” à brasileira: soma de decisões sem análise da cadeia decisória, como se houvesse uma racionalidade evidente na solução dos casos. A construção de uma doutrina jurídica mais crítica em relação ao desempenho do STF não levará à superação de irracionalidades decisórias sedimentadas historicamente, mas pode servir como irritação que force, em certa medida, a abertura da “desrazão” à razão.

Entretanto, considerando que há pressupostos não constitucionais do constitucionalismo,<sup>144</sup> observamos que, sem certas condições sociais mínimas, um modelo textual de Constituição tem pouca relevância prática. Nesse sentido, se há ampla exclusão social, relações generalizadas de subinclusão e sobreinclusão, torna-se improvável a força normativa da Constituição e o controle consistente de constitucionalidade. Para tanto, exigem-se transformações estruturais da so-

143 Grimm, Dieter. *Verfassung. Staatslexikon: Recht Wirtschaft Gesellschaft*. Org. Die Görres-Gesellschaft (Freiburg/Basileia/Viena: Herder). 7ª ed., v. 5, 1989, colunas 633-43, col. 635.

144 Aqui cabe lembrar a ênfase dada por Durkheim às condições não contratuais do contrato (Durkheim, Emile. *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 183 e ss. [1ª ed. Paris, 1893]).

cidade no Brasil, que dependem de variáveis que vão muito além do direito constitucional.

É por isso que devemos refletir em termos paradoxais se, ao contrário de um conceito jurídico de revolução nos termos da tradição kelseniana, que implica a substituição factual de uma Constituição por outra Constituição,<sup>145</sup> a concretização e a realização satisfatórias do modelo textual da Constituição de 1988 não suporiam uma ruptura estrutural da sociedade no âmbito do Estado brasileiro, o que envolveria uma “revolução” social. Tal reflexão não significa admitir que essa situação resultaria necessariamente, em termos clássicos, de um momento heroico de predomínio da violência física contra o *status quo*, mas sim como um processo conflituoso de busca de um projeto hegemônico sustentável de natureza democrática e, portanto, includente.

## Referências bibliográficas

ALENCAR, Ana Valdez A. N. de; RANGEL, Leyla Castello Branco [orgs.]. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*. Brasília: Senado Federal, 1986, v. 1.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário. *Conjur*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2016/2017: o estado dos direitos humanos no mundo*. Londres: Amnesty International, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público* [São Paulo: RT], ano I, 1968, nº 4.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Org. Homero Pires. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, v. III, 1933.

---

145 Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960, p. 51, p. 212-213, p. 279-280; Vilanova, Lourival. Teoria jurídica da revolução – Anotações à margem de Kelsen. Separata do *Anuário do Mestrado* (Recife: Faculdade de Direito do Recife/UFPE), 1979, nºs 2 e 3.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de 1891 (Obras completas, v. XVII, 1)*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio Menezes de (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Aureliano Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 2ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife: Editora Nacional, 1937 (1ª ed. Rio de Janeiro, 1870).

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília: Senado Federal), ano 36, 1999, nº 142.

\_\_\_\_\_. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, C. Pereira de. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XLIX, 2006.

BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le "forme di Stato" e le "forme di governo", le Costituzioni moderne*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1974.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antonio Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: [Senado Federal]/[Rio de Janeiro:] Paz e Terra, 1989.

BUCKEL, Sonja. *Welcome to Europe – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts: Juridische Auseinandersetzungen um das “Staatsprojekt Europa”*. Bielefeld: Transkript, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARNEIRO, Walber A. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Walber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (orgs.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2013.

CARONE, Edgard. *A República Velha (Evolução política)*. São Paulo: Difel 1971.

CARVALHO, José Murilo. *Teatro de sombras: a política imperial*. São Paulo: Vértice, RT/Rio de Janeiro: Iuperj, 1988.

CARVALHO, Sandra (org.). *Execuções sumárias no Brasil – 1997/2003*. Rio de Janeiro: Centro de Justiça Global/Florianópolis: Núcleo de Estudos Negros (NEN), 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gestezespositivistischen Textmodells. In: MÜLLER, Fredrich (org.). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

\_\_\_\_\_. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 12ª ed. Heidelberg/Karlsruhe: Müller, 1980.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo C. N. 1.336/71). *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Rio de Janeiro: OAB-CF), v. III, 1971, nº 6.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em: 16 jun. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERRIDA, Jaques. Être juste avec Freud. L’histoire de la folie à l’âge de la psychanalyse. In: ROUDINESCO et al. *Penser la folie: essais sur Michel Foucault*. Paris: Galilée, 1992 [trad. bras. Fazer justiça a Freud: a história da loucura na era da psicanálise. In: ROUDINESCO et al. *Foucault: leituras da história da loucura*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, v. 3, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986 [1ª ed. Paris, 1893].

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo. Faoro, 1976.

\_\_\_\_\_. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6ª ed. Porto Alegre: Globo, v. 1, 1985; v. 2, 1985.

FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell, 1991.

FISCHER-LESCANO, Andreas *et al.* Border controls at sea: requirements under international human rights and refugee law. *International Journal of Refugee Law*, v. 21, 2009.

FREIRE, Felisbello de Oliveira. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: UnB, 1983 [1ª ed. 1894].

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. *Journal of Comparative Economics*, v. 35, 2007.

GRIMM, Dieter. *Verfassung. Staatslexikon: Recht Wirtschaft Gesellschaft*. Org. Die Görres-Gesellschaft (Freiburg/Basileia/Viena: Herder). 7ª ed., v. 5, 1989.

HARTMANN, Ivar. Gilmar Mendes é contraexemplo da discrição esperada do Judiciário. *Folha de S. Paulo*, 27 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/05/1887640-para-preservar-a-imparcialidade-juizes-precisam-cultivar-a-discrecao.shtml>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung. In: HESSE, Konrad. *Ausgewählte Schriften*. Org. P. Häberle e A. Hollerbach. Heidelberg: Müller, 1984.

HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito* (Curitiba: UFPR), nº 56, 2012.

HUGGINS, Martha K.; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. *Violence workers: police torturers and murders reconstruct brazilian atrocities*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2002.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Viena: Franz Deuticke, 1960.



KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1961.

LEAL, Aurelino. *Historia Constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

LEFORT, Claude. Droits de l'homme et politique. In: C. Lefort. *L'invention démocratique: les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, 1981. [trad. bras. Direitos do homem e política. In: *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987].

LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Colônia/Berlim/Munique/Bonn: Carl Heymanns Verlag, 1961.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Simbolismo da atuação do STF em direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2017.

\_\_\_\_\_. *Saúde e Supremo Tribunal Federal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LÖBSACK-FÜLLGRAF, Lilli. *Verfassung und Alltag: Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien*. Sankt Augustin: Liberal, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: Mohr, 1975.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974.

\_\_\_\_\_. Machtkreislauf und Recht in Demokratien. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (Opladen: Westdeutscher Verlag), 1981.

\_\_\_\_\_. Die Zukunft der Demokratie. In: Luhmann, N. *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

\_\_\_\_\_. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990) (Frankfurt am Main: Löwenklau).

\_\_\_\_\_. Zur Einführung. In: Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

\_\_\_\_\_. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, tomo 2.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro: UERJ, v. 5, 2012, nº 2.

MACHADO, Igor Suzano. A Constituição de 1988 e a judicialização da política: o caso do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (orgs.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, 2007, nº 5.

MARTINS FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

MAUS, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts - und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1948, v. I.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. II: *Formação constitucional do Brasil*, 1960.

MENDES, Conrado Hübner. O inimigo do Supremo. *Jota*, 5 de junho de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/o-inimigo-do-supremo-05062017>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. VI, 1960.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. III, 1973.

MISSE, Michel *et al.* *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Booklink, 2013.

\_\_\_\_\_. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011). *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* (Rio de Janeiro: UFRJ), 2015, edição especial nº 1.

MÖLLERS, Christoph. Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung: Begriff der Verfassung in Europa. In: BOGDANDY, Armivon (org.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlim: Springer, 2009.

MOLTMANN, Bernhard. Konstitutionsbedingungen des Staates im Brasilien des 19. Jahrhunderts. In: HANISCH, Rolf; TETZLAFF, Rainer (orgs.), com a colaboração de Siebold, Thomas. *Historische Konstitutionsbedingungen des Staates in Entwicklungsländern*. Frankfurt am Main: Metzner, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlim: Duncker & Humblot, 1984.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik*. 6ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1995.

\_\_\_\_\_. *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. Ralph Christensen. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI*. Berlim: Duncker & Humblot, 1997.

NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlim: Duncker & Humblot, 1992 [trad. bras. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018].

\_\_\_\_\_. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais* (Rio de Janeiro: Iuperj), 1994, v. 37, nº 2.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. From transconstitutionalism to transdemocracy. *European Law Journal*. Chichester: Willey, 2017, v. 23, nº 5.

\_\_\_\_\_. Parcialidade de magistrados, ofensa a direitos humanos e transconstitucionalismo: por que é legítima a reclamação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas? In: MARTINS, C. Z.; MARTINS, V. T. Z.; VALIM, R. (coords.). *O caso Lula: a luta pelos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, v. I, 1958.

PIMENTA BUENO, José Antonio. Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857.

PRONER, Carol *et al.* (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.

QUARESMA, Regina *et al.* (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAMOS, Alberto Guerreiro. O tema da transplantação na sociologia brasileira. Enteléquias da interpretação. In: RAMOS, A. G. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1957.

\_\_\_\_\_. *Administração e estratégia do desenvolvimento: elementos de uma sociologia especial da administração*. Rio de Janeiro: FGV, 1966.

RODRIGUES, José Carlos. *Constituição política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1863.

ROTUNDA, Ronaldo D. The fall of seriatim opinions and the rise of the Supreme Court. Verdict: Legal analysis and comments from Justitia, 17/10/2017. Disponível em: <<https://verdict.justia.com/2017/10/09/fall-seriatim-opinions-rise-supreme-court>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1914.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 6ª ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1996.

SEABRA FAGUNDES, M. A legitimidade do poder político na experiência brasileira. Recife: OAB-PE, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights, 2007. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES DE SOUZA, Francisco Belisário. O sistema eleitoral no Império (com apêndice contendo a legislação eleitoral no período 1821-1889). Brasília: Senado Federal, 1979 [1ª ed. 1872].

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Representações por inconstitucionalidade: dispositivos de constituições estaduais*. Brasília: STF/ Senado Federal, v. I e II, 1976; v. III, 1984.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Brasileiro* (São Paulo: USP), v. 19, 2007, nº 2.

VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução – Anotações à margem de Kelsen. Separata do *Anuário do Mestrado*. Recife: Faculdade de Direito do Recife (UFPE), 1979, nºs 2 e 3.

## 6. Representação (e jurisdição) como poder de decidir

Márcio Nuno Rabat<sup>146</sup>

### 6.1. Introdução: direito e sociologia política

A abordagem que se pretende dar neste artigo ao tema das relações entre representação e jurisdição pode parecer – e, possivelmente, é – mais afeita à história política ou à sociologia política do que ao direito constitucional. Nesse sentido, o artigo se situa em posição periférica face ao núcleo temático deste livro e do Colóquio em que ele se inspirou. Espera-se, contudo, que os apontamentos a seguir apresentados – sobre a formação do Estado moderno e sobre a separação de poderes – não sejam irrelevantes para a contextualização da análise jurídico-constitucional exposta nos demais artigos. Afinal, o estudo do direito não prescinde da reflexão sobre o ambiente sociopolítico em que as relações jurídicas se conformam e se movem.

### 6.2. Representação política, dinâmica institucional e correlação de forças

A representação política é entendida aqui como o “poder de tomar decisões que vinculem o conjunto das pessoas (ou da população) sobre as quais elas incidem”. Não é uma definição original. É certo que, atualmente, quando se aborda a relação entre representantes e representados, o acento recai, com mais frequência, sobre a “legitimidade (dos representantes) para decidir (pelos representados)”, mas o foco no “poder (dos representantes) de decidir (pelos representados)” tem uma longa história na teoria política e jurídica. Tampouco é uma definição exaustiva. Outras perspectivas podem e devem ser acrescentadas em análises mais extensas e minuciosas do fenômeno. Mas é uma definição adequada a nossos propósitos, pois destaca o tema, político por natureza, do “poder”.

---

146 Consultor legislativo da Câmara dos Deputados. Doutor em ciência política pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

A abordagem proposta estabelece, ademais, um denominador comum entre a jurisdição e as diversas (outras) formas de representação política. Em todos os casos, representar significa ter o poder de tomar decisões coletivamente vinculantes. Ora, uma decisão se impõe à coletividade, seja por via legislativa, administrativa, jurisdicional ou outra,<sup>147</sup> como resultado da interação das forças presentes no contexto em que ela é tomada. Vem a primeiro plano, assim, o tema da correlação de forças. Duas observações devem ser feitas, no entanto, para evitar mal-entendidos.

Deve-se observar, primeiro, que o destaque dado à correlação de forças não exclui a preocupação com a legitimidade das decisões tomadas. Na verdade, os advogados de decisões conflitantes quase sempre as defendem ou atacam com base na maior ou menor legitimidade delas. Quando se valoriza a representação democrática,<sup>148</sup> por exemplo, logo vem à mente, como critério para a avaliação do mérito de decisões coletivamente vinculantes, o questionamento sobre o grau de participação e influência, no processo decisório, dos sujeitos vinculados pela decisão. É a participação (tanto quanto possível) igualitária no processo decisório que as legitima do ponto de vista da democracia. Raramente alguém irá defender que uma decisão é democraticamente mais legítima porque dispõe de mais poder ou mais forças a sustentá-la.

Deve-se evitar, segundo, uma compreensão simplista do que seja a correlação de forças nos processos sociais, principalmente quando as decisões coletivamente vinculantes resultem do funcionamento de arranjos institucionais complexos. O ponto, por demais importante, vai ser desenvolvido, adiante, na Seção 6.2.1, a partir de um caso histórico concreto – ou, pelo menos, da interpretação de um caso histórico concreto, qual seja, a interpretação proposta por Norbert Elias, no segundo volume do livro *O processo civilizador*, para o processo de formação do Estado moderno.

Um último registro. O risco, sempre presente, de tratarmos os conceitos (e, em especial, os conceitos jurídicos) como atemporais e deslocalizados no espaço diminui quando os processos sociopolíticos a que se referem são mantidos

---

147 Uma análise que tire todas as consequências da definição de representação política proposta no texto terá de enfrentar os casos em que entidades de direito privado sejam objetivamente capazes (e, no mais das vezes, juridicamente legitimadas) a tomar decisões que afetem o conjunto da população que vive em determinado território. É esse, inequivocamente, nos dias que correm, o caso de inúmeras empresas privadas e conglomerados de empresas.

148 Como no Colóquio que deu origem a este livro: “A democracia: entre representação e jurisdição”.



à vista. Como enquadramentos jurídicos semelhantes podem-se sobrepor a configurações sociais – e correlações de forças subjacentes – muito distintas, é importante, para bem entender uma situação concreta, que a atenção não se dirija apenas ao formato institucional plasmado, por exemplo, nas constituições escritas ou, mesmo, nas leis infraconstitucionais e nas decisões judiciais. Precaver-se contra tal risco é particularmente relevante quando a análise gira ao redor de dois países com histórias diferentes, situados em continentes diferentes, mas que não deixam de compartilhar instituições formalmente assemelhadas.

### **6.2.1. A correlação de forças como elemento estruturante das instituições: um exemplo para afastar a simplificação**

A abordagem dos processos decisórios coletivos em função da avaliação da correlação de forças entre os agentes sociais e políticos – ou do poder de uns de decidir pelos demais – se expõe imediatamente ao risco da simplificação. É fácil pensar que se trata apenas de identificar, na relação entre dois ou mais agentes, qual ou quais são os mais poderosos, cabendo a esses decidir pelos menos poderosos. Mas essa não é a linha de investigação que se propõe aqui. Trata-se, na verdade, de acentuar que a configuração social global e os arranjos institucionais em que ela se expressa trazem embutida uma correlação sociopolítica de forças que acaba por se revelar decisiva para o resultado dos processos decisórios concretos. Assim, por exemplo, a maneira como se conforma o princípio da separação de poderes em determinado estado (tema da Seção 6.2.2) vai depender da correlação de forças na sociedade e, ademais, vai afetar as decisões coletivamente vinculantes que nela se tomem.

Neste tópico, trataremos da conformação das instituições políticas modernas e contemporâneas a partir da problemática explorada no segundo volume do livro *O processo civilizador*, de Norbert Elias, na expectativa de que se abra uma perspectiva mais abrangente para a compreensão do complexo tema da relação entre dinâmica institucional e correlação social de forças.

Depois de expor os fatores que, a seu ver, sustentaram a fragmentação do poder político na Europa medieval, Elias (1993) apresentou sua versão do processo de concentração de poderes que levaria à emergência do Estado moderno. A descrição não deixou de levar em conta fatores socioeconômicos, como o crescimento e a monetarização das trocas, mas o que os interessa em tal descrição é,

principalmente, o processo correlato de concentração progressiva de poder político, primeiro, em poucas casas senhoriais, depois, naquela que se sobreporá a todas as demais, transformando-se, assim, efetivamente, em uma casa real.

O aparelho institucional criado ao redor da casa real, após se impor aos demais focos de poder político no território sob seu domínio, ainda viria a se despir dos elementos de poder privado que o caracterizavam (enquanto instituição aristocrática que era) para se apresentar, finalmente, como coisa pública, como Estado impessoal ou Estado propriamente dito (enquanto instituição burguesa que passou a ser). Para Elias (1993), contudo, antes mesmo de se chegar a esse ponto, já tivera início o processo que levaria à irrupção da institucionalidade política contemporânea, pela conjugação entre dois fenômenos aparentemente opostos: a) o Estado moderno, enquanto se ia constituindo, incorporava funções antes disseminadas por várias instâncias sociopolíticas; mas b) para o desempenho de tantas funções, a colaboração de inúmeros atores sociais, em uma estreita rede de interdependências, ia-se tornando cada vez mais indispensável.<sup>149</sup> Tal interdependência é um importante elemento objetivo de estímulo e sustentação à ideia de que o poder do Estado emana do povo. O próprio Elias (1993), aliás, afirma que esse processo estaria na base do que chamamos de regime democrático.

A argumentação de Elias (1993) exemplifica bem a tese de que arranjos institucionais complexos, como aqueles corriqueiramente abrangidos pela palavra democracia, podem ser estudados em função de mudanças de grande magnitude na correlação social de forças, mudanças que fornecem as balizas objetivas para a formatação e a institucionalização de mecanismos decisórios cujos resultados (as decisões) não podem deixar de expressar, de uma maneira ou de outra, aquela correlação.

Para nossos fins, é importante lembrar que fenômeno semelhante ao retratado por Elias (1993) não estava em curso, no Brasil, sequer no século XIX, quando o país já se autonomizara da metrópole portuguesa. O regime imperial brasileiro, vigente até 1889, funcionava mais como um guarda-chuva sob o

---

149 Como estímulo à reflexão sobre o tema, talvez não seja demais aproximar aquela experiência histórica de um fenômeno contemporâneo: a crescente interconexão entre as pessoas – facilitada por inovações tecnológicas, de que a rede mundial de computadores é exemplo marcante, mas não único – implica, simultaneamente, na i) disseminação do poder de participar de processos de discussão e decisão de grande envergadura, e na ii) concentração de poder nas mãos das pessoas e instituições que se encontram no centro (ou nos centros) da rede de interconexões.

qual se abrigavam poderes locais que como um Estado centralizado (e menos ainda um Estado impessoal).<sup>150</sup> A própria abrangência territorial do regime parecia corresponder essencialmente à necessidade de garantir politicamente o funcionamento de um amplo mercado de escravos, tanto que a descentralização política emergiu imediatamente após a abolição da escravidão, que levou com ela “nossa” monarquia. Ora, se não havia Estado centralizado, não havia interdependência política direta entre o centro político e o conjunto dos cidadãos. E o que chamamos de “regime democrático” estava, portanto, ainda mais longe da realidade concreta do que na Europa absolutista.

### **6.2.2. A separação de poderes e a correlação de forças: o lugar da jurisdição**

A solidez da moderna concepção de separação de poderes tem fundamentos variados, entre os quais se inclui, sem dúvida, a qualidade da argumentação que, em abstrato, a sustentou e sustenta. O que pode ser mais convincente, por exemplo, do que defender a necessidade de autonomização do Poder Legislativo (que produz leis gerais e abstratas) e do Poder Judiciário (que aplica uniformemente as leis) para que as duas tarefas não se deixem contaminar pela preocupação cotidiana do Poder Executivo com situações administrativas e enfrentamentos políticos concretos?

Argumentos abstratamente bem construídos não teriam bastado, contudo, para dar sustentação a princípios e arranjos institucionais que se enraizaram socialmente e resistiram – no plano prático como no ideológico – por mais de dois séculos. Tais argumentos precisariam ser também compatíveis com a configuração social globalmente dominante e com a correlação de forças nela embutida. Nessa linha de raciocínio, pode-se entender a separação de poderes como um dos principais mecanismos institucionais a dar suporte às relações políticas e jurídicas impessoais (igualdade de todos perante a lei) que caracterizam o Estado de direito. Ora, a impessoalidade no plano jurídico e político se combina com a impessoalidade no plano socioeconômico, em que todas as relações se dão, em princípio, por meio do contrato entre pessoas livres e iguais, mesmo que a

150 O livro de Nestor Duarte, *A ordem privada e a organização política nacional*, de 1939, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não nega, em virtude do predomínio da ordem privada, que o poder no Brasil estivesse concentrado em poucas mãos, mas nega, já avançado o século XX, que esse poder se revestisse de caráter impessoal. Ora, inexistindo impessoalidade, argumenta, inexistente, rigorosamente, Estado.

igualdade no plano jurídico e político seja perfeitamente compatível com a extrema desigualdade econômica e social. A soma dessas duas “impessoalidades” estaria no núcleo do projeto sociopolítico moderno.

Não é difícil perceber que esse tipo de raciocínio acaba por articular o princípio da separação de poderes com a forma com que o poder e a riqueza se vêm estruturando e distribuindo nos últimos séculos. Levar a análise por esse caminho traria à tona, no entanto, a discussão, muito ampla e complexa, sobre a estrutura íntima da sociedade moderna e contemporânea, a que se somaria, ainda, o problema das distintas formas com que essa estrutura se expandiu “no centro e na periferia”, discussão que não cabe neste artigo. Por conta disso, vamos dar seguimento à reflexão aqui proposta tendo por referência um aspecto mais específico da história da moderna separação de poderes.

A força inicial do princípio da separação de poderes foi mais de uma vez atribuída ao fato de que, enquanto o princípio emergia e se sedimentava na Europa, duas classes, a aristocracia e a burguesia, disputavam o domínio do continente, cada uma delas apoiando-se em um dos três poderes do Estado (representados, no caso, pela coroa e pelo parlamento). A defesa das prerrogativas do Legislativo e do Executivo não veiculava apenas convicções teóricas a respeito da importância da separação de poderes como enquadramento institucional adequado ao Estado moderno e contemporâneo. Profundos conflitos de interesses e valores se expressavam pela defesa das prerrogativas de cada um dos dois poderes “cruciais”. Durante muitos anos, como aprendemos no Colóquio que deu origem a este livro, a posição do Poder Judiciário nesse jogo foi secundária. A própria Revolução Francesa teria sido feita, em boa medida, contra os juízes (ou, pelo menos, para restringir-lhes o campo de atuação). A impessoalidade do Estado, da perspectiva então dominante, implicaria a redução da jurisdição ao papel de “boca da lei”. O Judiciário era, quase por definição, o poder politicamente neutro.<sup>151</sup>

Curiosamente, no Brasil, a partir de uma estrutura social muito diferente, a contraposição entre Poder Legislativo e Poder Executivo também expressou, no século XIX, importantes conflitos de interesses, o que, por sua vez, terá facilitado a adesão à doutrina da divisão de poderes, em vigor nos “países de

---

151 Essa característica – por assim dizer, genética – é tão relevante para o Poder Judiciário que ele até hoje tende a apresentar-se (e justificar-se) como politicamente neutro mesmo nos casos em que mais claramente não o é.

referência” de nossos doutrinadores. A disputa entre os dois polos institucionais de poder (e, naturalmente, entre as forças sociais que os sustentavam) nunca foi simples, nem o resultado, previsível.<sup>152</sup> Não nos estenderemos, contudo, sobre essa disputa, pois nos interessa mais diretamente, aqui, outra coincidência com a experiência europeia, particularmente a francesa: a relativa secundarização do Poder Judiciário na tripartição de poderes.

A pouca eficácia de uma das principais decisões da primeira Constituição republicana ilustra bem o quanto, entre nós, pelo menos, o papel secundário do Judiciário não foi propriamente uma escolha. O formato de nosso federalismo e de nossa divisão de poderes foi grandemente calcado na Constituição estadunidense.<sup>153</sup> Rui Barbosa, o principal redator da constituição de 1891, colocava particular expectativa no papel político de relevo que o Poder Judiciário exerceria no sistema de freios e contrapesos. Passou os não poucos anos de vida que lhe restaram imprecando contra os juízes – e, em particular, contra o Supremo Tribunal Federal (STF) – por não estarem à altura de suas expectativas. Mas não é difícil explicar por que isso aconteceu. Absolutamente não havia base social a justificar aquelas expectativas. Que forças sociais, que interesses sustentariam sua atuação autônoma? Durante décadas, apesar da aura de importância que sempre rondou o direito entre nós, e da qualidade doutrinária do trabalho de muitos de nossos principais juristas (de que o próprio Rui Barbosa é exemplo exponencial), a autonomia política do Judiciário no Brasil foi reduzida, o que se expressava, inclusive, nas condições materiais em que os juízes trabalhavam e viviam.

A situação tem mudado aceleradamente nas duas últimas décadas.<sup>154</sup> A crescente influência do Poder Judiciário sobre a história política do Brasil salta à vista. De acordo com os parâmetros de análise fixados neste artigo, a explicação da mudança não deve ser buscada apenas em inovações doutrinárias, mas também

152 Da queda do primeiro imperador, em 1831, aos impedimentos de presidentes da República em décadas recentes, mais de uma vez o Poder Executivo revelou-se o menos forte nessas disputas, contradizendo, talvez, a avaliação popularmente predominante.

153 Isso não significa que os constitucionalistas brasileiros estivessem desatentos à realidade do país. A proibição de eleições sucessivas para a chefia do Executivo, contra o exemplo estadunidense, ilustra a atenção para essas peculiaridades.

154 As premissas que guiam a avaliação feita neste artigo sugerem que o processo de autonomização do Poder Judiciário deve ter estado em andamento desde que a ampliação do direito de sufrágio se intensificou e se tornou constante, no Brasil, ali pela segunda metade da década de 1940. No entanto, a concentração de poder decisório que se deu após o golpe de Estado de 1964, cujo epicentro foi o Poder Executivo, pode ter atrasado aquele processo ou dificultado a percepção de que ele se encontrava em andamento, até sobrevir um inequívoco salto qualitativo nas últimas décadas.

na modificação da configuração social como um todo e, em particular, na nova correlação de forças a ela subjacente. Uma boa pista para a investigação das determinações objetivas de uma mudança estrutural tão complexa encontra-se na história do país que inspirou o constitucionalista brasileiro de 1891.

Ao longo de todo o período em que, no Brasil e na França, o Poder Judiciário desempenhou papel relativamente secundário na separação de poderes, vinha se conformando, nos Estados Unidos, a configuração institucional que cedo colocaria o Judiciário – e, em especial, a Suprema Corte – em posição de peculiar destaque e influência. A inovação não fora propriamente prevista na Constituição estadunidense, nem parece razoável supor que estivesse na mente dos constituintes. O fato de que tal inovação surgisse da prática social e política reforça a ideia de que o processo tem por base a correlação de forças subjacente à história do país.

Duas características da sociedade oitocentista estadunidense merecem destaque. Em primeiro lugar, tratava-se de uma sociedade precocemente burguesa. Não seria de esperar, portanto, que nela a separação de poderes se assentasse na contraposição entre aristocracia e burguesia. Talvez a tripartição clássica de poderes, embora pareça tão intrínseca ao regime político vigente nos Estados Unidos, sequer cumpra papel primário nele, sendo antes uma das manifestações do pluralismo político que, esse sim, está na alma daquele regime. Dessa perspectiva, a tripartição teria sido, desde o começo, apenas uma expressão a mais do sistema de freios e contrapesos.<sup>155</sup> Em segundo lugar, os Estados Unidos eram, é claro, a ponta de lança da democracia contemporânea. O famoso livro não se chamava *A democracia na América* por acaso.

Pois bem, pelo menos no Brasil, não se pode deixar de registrar que o peso crescente do Poder Judiciário coincide com o período em que o modo de vida burguês mais extensamente vem invadindo o cotidiano das pessoas e em que a democracia política – no que diz respeito à expansão do sufrágio e à liberdade de organização partidária, mas não só – alcança extensão inédita. Provavelmente há aí mais do que mera coincidência com o caso estadunidense. A ampliação do poder de representação do Poder Judiciário, ou seja, de sua faculdade de tomar decisões vinculantes sobre quais seriam os fundamentos da

---

155 Coisa similar teria acontecido, com o tempo, na Europa. Na medida em que o substrato classista da contraposição entre Poder Executivo e Poder Legislativo se esvaiu, a própria contraposição perdeu intensidade.

coletividade e sobre os rumos que ela deve seguir, acompanhada da rearticulação institucional que torna esse poder ampliado legítimo, possivelmente está ligada à necessidade de manter o poder da maioria sob vigilância. E isso não significa apenas dar sustentação a direitos e garantias individuais, ou proteger minorias,<sup>156</sup> mas também conter o poder popular, potencialmente em expansão, dentro de certos limites. Parece haver, finalmente, forças sociais relevantes interessadas em dar suporte à atuação autônoma do Poder Judiciário no Brasil.

### 6.3. Conclusão

A maneira como se estruturam e funcionam as relações entre jurisdição e representação (eletiva) insere-se na abrangente problemática da separação de poderes e na ainda mais abrangente problemática da conformação dos modernos Estados democráticos de direito. Este artigo tem por objetivo principal lembrar que, em qualquer desses três níveis de abrangência, a análise de configurações institucionais alternativas não se reduz à definição da mais adequada ao bem público, ou da mais legítima dentro do quadro constitucional vigente, mas remete, ainda, para seu lugar na configuração social global e na correlação sociopolítica de forças que os arranjos institucionais irremediavelmente expressam. Em outras palavras, há sempre uma questão de poder envolvida, a exigir atenção do analista.

A mudança do papel da jurisdição, atualmente em curso tanto na França como no Brasil, merece ser observada a partir dessa perspectiva. A simultaneidade, nos dois países, do esforço por produzir maior intervenção jurisdicional nos processos decisórios coletivos não deve ocultar o fato de que são contextos sociopolíticos distintos.<sup>157</sup> Acredita-se, no entanto, que, em qualquer dos dois contextos, o recurso aos parâmetros gerais de avaliação aqui propostos dificilmente deixará de trazer dividendos à análise da situação: o reforço do papel da jurisdição tanto pode destinar-se à proteção dos direitos e garantias fundamentais, decisivos para a própria participação política igualitária, quanto à restrição do alcance das decisões coletivas diretamente influenciadas pela maioria das pessoas (ou a ambos).

156 Tarefas por excelência, dentro do Estado de direito, de um Poder Judiciário autônomo.

157 A atenção para tal fato permite perceber diferenças difíceis de captar no plano jurídico-constitucional. Mas também pode iluminar a relevância estrutural de eventuais coincidências detectáveis no processo histórico em curso nos dois países.

Em qualquer caso, a centralidade do alicerce eleitoral para a legitimação democrática dos regimes políticos contemporâneos não deve ser subestimada. O processo eleitoral não apenas proporciona, no momento de votar, uma rara situação de igualdade entre os cidadãos/eleitores (uma pessoa, um voto) como cria a esfera privilegiada em que as pessoas comuns podem se organizar (em partidos políticos, mas não só) para levar a seus concidadãos o programa que defendem para a sociedade em que vivem. Em princípio, o deslocamento desse alicerce para uma posição menos central pode coincidir, é certo, com inovações institucionais<sup>158</sup> que proporcionem o avanço da sociedade na direção de mecanismos de participação política ainda mais igualitários. Mas não é menos certo que esse deslocamento também pode resultar em (e destinar-se à) mera redução da influência do grosso da população sobre os rumos da coletividade.

---

158 Dificilmente, contudo, essas inovações se darão pelo reforço do papel do Poder Judiciário, embora a disseminação do apoio a esse reforço possa exprimir o anseio socialmente difuso por um aprofundamento da democracia.



## 7. O Conselho Constitucional: um intérprete constitucional todo poderoso?

Pascal Jan<sup>159</sup>

Que título estranho! Isso quer dizer que o juiz constitucional francês tem a última palavra sobre as leis? Que assim se atribui um poder quase legislativo pela sua competência de interpretar normas constitucionais? O título agrada àqueles que denunciaram repetidamente a onipotência da jurisdição constitucional. Ele desespera aqueles que, durante décadas, tentaram legitimar o Conselho Constitucional acreditando que o objetivo foi alcançado.

As separações do poder estatal se organizam em torno da separação do poder constituinte e dos poderes constituídos, dentro dos quais encontramos a separação dos poderes de Montesquieu e dos seus discípulos entre a potência executora, a potência legislativa e a potência julgadora, até mesmo diminuída. A primeira separação é predominante. Dela decorre toda a lógica do Estado de direito constitucional. No entanto, essa lógica fria não leva em conta a complexidade do processo normativo e a concorrência de poderes.

Assim, a presente reflexão diz respeito às condições que permitem ao juiz francês da constitucionalidade da lei obter a última palavra no processo legislativo, sendo especificado que essa “última palavra” é apenas provisória. Porque as coisas estão bem-feitas e a lógica democrática prevalece em todos os casos, uma decisão do Conselho Constitucional nunca seria incontestável. O art. 62 da Constituição, que estabelece que as decisões do Conselho Constitucional não são passíveis de recurso, aplica-se apenas às autoridades nacionais, públicas, judiciais e administrativas. O constituinte está longe dessa autoridade da coisa julgada. Com essa única condição, o Estado de direito reencontra o Estado democrático.

No entanto, ao intervir, o órgão constituinte repõe ao Conselho Constitucional o poder de ler novamente a disposição constitucional, de modo a suscitar uma reação constituinte se a interpretação do juiz se desviar da sua. Essa suposição

---

159 Professor de direito público do Instituto de Estudos Políticos de Bordeaux.

extraordinária não deve acontecer, mas não há garantia em contrário. Em todo o caso, esse esquema ou percurso de interpretação ilustra um princípio a que chamo “constitucionalidade circular”. Há, deste ponto de vista, entrelaçamento de intérpretes.

O reinado do direito conhece os limites políticos expressos pelo poder supremo do Estado democrático. A democracia continua não se situando no mesmo nível que a democracia constitucional, se é que se pode dizer isso. Em outras palavras, a competência de rever a Constituição pode consistir em um poder de validar dispositivos legislativos que são censurados ou interpretados em um sentido vinculativo pelo juiz constitucional ou cujo filtro de constitucionalidade parece ser um obstáculo real à sua promulgação. Essas validações do constituinte, que serão qualificadas como validações constituintes, têm, portanto, o efeito de superar as consequências de uma decisão do Conselho Constitucional (invalidação ou reserva de interpretação) ou uma censura anunciada. Essas validações imediatas ou atrasadas resultam em uma modificação do texto constitucional que torna possível, posteriormente, a implementação ou retomada da fonte do dispositivo de interpretação divergente entre o juiz e o constituinte em sua conformidade com a Constituição.

Em matéria legislativa, é correto considerar que, em vista do número de decisões do Conselho Constitucional invalidantes ou interpretativas, relacionadas aos assuntos das emendas constitucionais, na verdade, consagradas no supremo texto (e não os adotados na fase de proposições parlamentares), o juiz constitucional impõe sua interpretação de princípios constitucionais e de regras constitucionais. Dito isso, e para além do primeiro susto, é necessário admitir que a posição de força do juiz constitucional não o leva a dar a última palavra, contribuindo ele mesmo com a interpretação das suas competências para essa realidade.

### **7.1. A leitura constitucional da lei imposta pelo Conselho Constitucional: uma última palavra provisória**

As decisões do juiz constitucional vinculam-se aos poderes públicos e às autoridades judiciais e administrativas, nos termos do art. 62 da Constituição. Essa “última palavra”, no entanto, é apenas temporária. O constituinte pode, a qualquer momento, anular a jurisprudência constitucional.

“A todo momento”, aqui reside toda a nuance. Enquanto a autoridade de revisão constitucional não intervir, é a interpretação do juiz que prevalece sobre qualquer outra interpretação. Mas se as reações às decisões de desativação ou neutralização não são sempre silenciosas, as decisões geralmente param no verbo. Nem o poder político, nem o Parlamento, nem o presidente, nem mesmo os juízes entram numa espiral de resistência que não impede, aqui ou ali, atos dessa natureza. Então, não há resistência... esse último ponto não passa dificuldades. No entanto, o chefe de Estado e os parlamentares têm capacidade para desencadear o processo de revisão constitucional. As autoridades judiciais estão privadas dessa capacidade. Elas fazem parte de uma outra lógica, a do diálogo dos juízes, da sua assistência ou da sua concorrência por maior segurança jurídica dos litigantes; uma atitude que garante às decisões do Conselho Constitucional um seguimento de acordo com os requisitos constitucionais. No entanto, pelo seu poder de interpretação, os juízes podem provocar uma interpretação divergente, de modo a introduzir verdadeira incerteza jurídica que exige o poder de revisão constitucional para intervir e para decidir entre as posições uns dos outros. A alteração do estatuto penal do chefe de Estado em fevereiro de 2007 é particularmente atual.

O juiz constitucional mais frequentemente procura “salvar” as disposições legislativas contestadas. À brutalidade da sanção, ele prefere a suavidade da interpretação, mesmo neutra ou construtiva. Esse método é benéfico para o juiz que não contradiz o ato de representação nacional. Ele reforça sua capacidade para impor sua interpretação das disposições constitucionais às autoridades públicas e às autoridades judiciárias responsáveis pela aplicação das disposições legislativas relevantes sem recurso possível. O Conselho exige sua interpretação. Isso é lógico e problemático. Lógico porque todas as interpretações do juiz constitucional não podem dar lugar sistematicamente à contestação, à hostilidade grave, a uma desaprovação unânime, a uma resistência ameaçadora por parte das autoridades destinatárias da decisão. A vida política não pode ser reduzida a um impasse permanente e cansativo entre o Conselho Constitucional e o constituinte. A febre constitucional não é amiga do Estado de direito. Problemático porque, através da técnica de sofisticadas reservas de interpretação, o juiz constitucional dá a si mesmo uma verdadeira última palavra. O juiz constitucional garante a si próprio uma tranquilidade inconsciente neutralizando uma possível negação do poder supremo. Dessa forma, aparece como o último garantidor, o legítimo garantidor dos princípios constitucionais, enquanto os interpreta em nome do povo.

As reações constituintes às decisões do Conselho Constitucional dizem quase exclusivamente respeito a decisões de invalidação. Muito raramente dizem respeito a reservas de interpretação, mesmo multiplicando-se e tendo a coisa comum de validar, em condições dirigidas às autoridades que as executam, as disposições de uma lei. A interpretação sob reserva é basicamente uma atitude positiva do juiz, já que ela salva a disposição. No domínio da análise política, reconhece os méritos da medida pretendida pelo governo cegamente apoiado pela maioria legislativa, pelo menos na forma.

Ao esvaziar a lei do seu veneno, o Conselho se mostra hábil. Ele valida a lei e, ao mesmo tempo, desativa qualquer reação constituinte. Assim, tal como outros juízes supremos encarregados da constitucionalidade da lei, a jurisdição constitucional compreendeu plenamente todo o interesse e todo o poder das reservas de interpretação. E por muito tempo. A censura direta de um dispositivo legislativo nem sempre é do melhor efeito. Nisso estamos de acordo. Mas, sob reserva de salvar uma ou mais disposições legislativas, será que essa técnica de censura orientada e proporcionada deve ser sistematicamente aprovada? Todos vão julgar. A apreciação está certamente relacionada com espécies e contextos. No entanto, a doutrina jurídica não pode evitar totalmente a questão dos segmentos a dar às reservas. A sofisticação do raciocínio jurisdicional confere-lhe, de fato, o juízo final. No entanto, o método do juiz constitucional não é criticado, muito menos denunciado em si mesmo. Seria irresponsável invalidar sistematicamente as disposições litigiosas e reduzir a nada (ou anular) o poder de interpretação jurisdicional.

A última palavra é realizada pela inércia do constituinte, privado de um “direito de resposta” às reservas de interpretação. É porque a dimensão política se mistura com questões puramente jurídicas. Enquanto o juiz constitucional às vezes enfrenta duras críticas, ele também sabe que pode contar com um contexto político favorável: a ausência de maioria para desfazer suas interpretações da Constituição ou suas invalidações direcionadas. Tem, portanto, todo interesse em cultivar um raciocínio eficaz, juridicamente indiscutível e politicamente aceitável. Essa estratégia de poupar o poder político desarma os seus potenciais opositores. Ao mesmo tempo, a reunião de maioria hostil às suas leituras da Constituição, que exigiria uma revisão constitucional para fazer prevalecer uma interpretação constitucional diferente, é relegada para a fase da hipótese de escola.

As condições de revisão da Constituição são, de fato, um dos obstáculos que protegem as interpretações do Conselho Constitucional. Dois critérios devem ser levados em conta: as modalidades do procedimento e o objetivo da revisão. Quanto mais complexo é o procedimento, mais o raciocínio do juiz constitucional amplia seus efeitos ao longo do tempo e o posiciona como regulador dos sujeitos da sociedade em uma instância que fixa definitivamente (exceto a inversão da jurisprudência) a direção da sociedade. O exemplo do Supremo Tribunal dos EUA é muito significativo. A questão da nomeação dos seus juizes é apenas exacerbada. A questão do governo dos juizes é claramente colocada.

Juridicamente, o Conselho não tem certamente a última palavra. O poder constituinte detém-no, mas politicamente os poderes públicos não podem desafiá-lo seriamente. A “banalização” do procedimento de revisão constitucional não deve, desse ponto de vista, ser uma ilusão. A multiplicação das revisões desde 1992 é, em parte, motivada pela vontade das autoridades nacionais de se empenhar na integração europeia. As emendas constitucionais também permitem que a França se vincule às obrigações internacionais destinadas a aprofundar uma sociedade de direito. Sempre houve uma grande maioria dos nossos representantes a favor desses desenvolvimentos. Para o resto das revisões, além da revisão de 2003 do ato II de descentralização e da revisão de 2008 sobre a modernização das instituições, estas são revisões a *laser*, cirúrgicas, que não perturbam de forma alguma os principais equilíbrios institucionais. Nessas condições, obter a maioria qualificada é mais fácil. Por outro lado, quando se trata de modificar uma arquitetura global e os súbitos equilíbrios iniciais, a situação é radicalmente diferente. Além disso, o processo constitucional é iniciado quando o decisor sabe que pode ser bem-sucedido em condições satisfatórias. O ganho político de uma revisão constitucional é um elemento cabal da tomada de decisões. A maturação dos espíritos é também um dado essencial. A precipitação e a falta de um diálogo preliminar e discreto trazem graves dificuldades. O processo constitucional de 2008 prova-o claramente. É, pois, conveniente alongar as palavras a serem ditas e repetir àqueles que desejam entender que o art. 89 é uma disposição que atesta a fraqueza das condições de revisão e para além da fragilidade da Constituição. Esse julgamento é excessivo. Essa avaliação baseia-se numa análise puramente estatística elaborada a partir de qualquer análise da situação política e do equilíbrio de poder entre a maioria e a oposição, mas decisiva nesse caso.

Há também o fato óbvio: o juiz é ainda mais intocável quando existem disposições legislativas sobre as quais pesam as reservas de interpretação. Em princípio, o legislador não é sancionado. A comissão é obrigada a aceitar uma cópia revista do seu dispositivo para efeitos da sua aplicação. Nessas circunstâncias, como se justifica uma revisão constitucional? Isso seria semelhante a uma microrrevisão sem interesse real, mesmo que surgisse maioria para aprovar uma alteração à Constituição.

Por último, o fator tempo é incluído nessas considerações explicativas da autoridade permanente das interpretações da Constituição por parte do Conselho Constitucional. A República não pode estar em perpétua campanha constitucional. Por conseguinte, só por ocasião de uma revisão global da Constituição é que as interpretações judiciais contestadas podem ser derrotadas. Estamos próximos do júri constitucional de Sieyès, que propôs uma revisão constitucional de dez em dez anos para comparar suas interpretações com as do constituinte. A reforma institucional iniciada em 2008, a última até agora, e a reforma de 2003, referente às autoridades locais e regionais, são as únicas de magnitude relativa que contêm muitas disposições destinadas a superar os obstáculos colocados pelo Conselho Constitucional – obstáculos esses que seriam inevitáveis, caso se tratasse de um projeto de lei ou de um regulamento parlamentar. Nessas ocasiões, a Assembleia Constituinte implementa toda a sua majestade e autoridade que não conhece nenhuma concorrência no Estado. Nem mesmo o juiz constitucional.

## **7.2. A leitura constitucional da lei imposta ao Conselho Constitucional: a última palavra do constituinte**

O Conselho Constitucional, juiz da lei, só impõe sua interpretação da Constituição dentro dos limites da intervenção do constituinte. Basicamente, as validações constituintes são conflitantes. Elas refletem um conflito de interpretação da Constituição que requer clarificação. Dependendo das circunstâncias, tempo e espécies, esse conflito é direto ou difuso. A validação-sanção mostra um desacordo imediato e violento entre o poder majoritário e o juiz. A validação-correção se inscreve em um esquema de reflexão política de fundo em que o obstáculo da jurisprudência constitucional está claramente estabelecido. Sua passagem por um ato de revisão é previamente identificada.

As validações-sanção-constituintes são raras. Elas alteram o texto constitucional na sequência de uma decisão de um juiz fortemente contestada. Se as circunstâncias políticas não forem atendidas e a questão política imediata for baixa (assunto da disposição legislativa contestada), as validações são adiadas. A determinação está intacta em ambas as espécies: “ignorar” a interpretação jurisdicional das disposições constitucionais. Pelo menos duas revisões constitucionais entram na primeira categoria, e uma na segunda.

A Lei Constitucional de 25 de novembro de 1993 sobre o direito de asilo é a resposta do Conselho Constitucional, cuja interpretação da lei sobre as condições de entrada e residência de estrangeiros na França contradizia os objetivos do Governo. Nesse caso, o juiz pronunciou-se sobre um texto que estabelece as condições de admissão de estrangeiros na França, em especial de requerentes de asilo. Esses pedidos não podiam ser recusados pela autoridade da província, a única autoridade competente, sob reserva da competência exclusiva de outro Estado, nos termos de compromissos internacionais (acordos de Schengen de 1985 e de Dublin de 1990). O juiz considerou que essa competência exclusiva do representante do Estado era contrária à Constituição, privando o Escritório Francês para a Proteção de Refugiados e Apátridas (em francês, a sigla da instituição é OFPRA) de intervir no mecanismo de pedido de asilo, um direito constitucionalmente protegido. Além disso, a lei ignorou uma reserva de soberania contida na Convenção de Schengen que permite a qualquer Estado conceder o direito de asilo a qualquer pessoa, independentemente de qualquer decisão estatal anterior. O governo e sua maioria parlamentar, apoiando-se na Convenção de Schengen, queriam efetivamente afastar-se dessa obrigação de examinar os pedidos de asilo e de receber temporariamente a pessoa que alegou ser perseguida no seu território. Na sequência de um parecer do Conselho de Estado solicitado pelo chefe de governo, o processo constituinte foi iniciado para permitir ao Estado executar escrupulosamente suas obrigações internacionais. O art. 53-1 constitucionaliza a reserva de constitucionalidade, mas, acima de tudo, abre o exame opcional dos pedidos de asilo: “as autoridades da República têm sempre o direito [...] de conceder asilo a qualquer estrangeiro perseguido”.

A Lei Constitucional de 8 de julho de 1999 consagra a paridade constitucional no exercício de funções e cargos eletivos. Em 1982, o juiz constitucional sancionou o projeto de lei relativo às eleições municipais com o fundamento de que a disposição de uma lista não poderia incluir mais de 75% dos eleitores

do mesmo sexo porque isso violava o art. 6 da Declaração dos Direitos Humanos. Esse respeito pelo princípio da igualdade voltou a opor-se a um projeto de lei que estabelece quotas para as eleições regionais. Para remover o obstáculo, a maioria parlamentar, com o acordo do presidente da República, decidiu remover a fechadura que constituía essa jurisprudência, alterando os arts. 3º e 4º da Constituição. Os debates parlamentares foram apaixonados. Mas o mais importante é o seguinte: a discriminação positiva nas eleições políticas já não pode ser quebrada na interpretação da Constituição adotada pelo Conselho Constitucional.

Outra validação constituinte apaixonada, mas que deu origem a uma revisão tardia, é a relativa à Nova Caledônia. A fim de se qualificar para um grande acordo político, o poder político decidiu, em 1998, revisar a Constituição, revisando-a em si mesma, dando-lhe, de fato, valor constitucional. Na sequência da revisão de 28 de julho de 1998, o legislador orgânico poderia especificar, sem medo de censura por parte do juiz constitucional, as modalidades do novo estatuto da Nova Caledônia e, em particular, as condições em que os eleitores são trazidos para decidir sobre o futuro de sua comunidade a partir de 2013. O Conselho, com sua referência obrigatória às leis orgânicas, interpretou o art. 77 da Constituição em uma direção alegadamente contrária aos autores do Acordo de Nouméa. Especificamente, a interpretação contestada dizia respeito à definição do corpo eleitoral, amplamente ouvida pelo juiz. A revisão imediata exigida pelos líderes políticos da Nova Caledônia não encontrou eco favorável na metrópole. Foi, portanto, apenas na revisão de 23 de fevereiro de 2007 que o acordo político sobre as condições para o congelamento do novo eleitorado caledônio encontrou consagração constitucional indiscutível.

Entre as validação-correção-constituintes, está a revisão constitucional de 28 de março de 2003, abrindo a chamada fase do ato II de descentralização. Essa lei constitucional é amplamente explicada por um projeto político claro e forte para intensificar e aprofundar a descentralização iniciada vinte anos antes. No entanto, esse projeto político não pôde ser bem-sucedido no quadro constitucional do momento. Não que as disposições constitucionais sejam todas expressamente contrárias, mas as interpretações feitas pelo Conselho Constitucional desde 1982 reduziram significativamente o âmbito da reforma proposta. A revisão era, portanto, inevitável. A alínea 4 do art. 72 da Constituição, por exemplo, permite agora que as autoridades locais e regionais derroguem, a tí-



tulo experimental, as disposições legislativas e regulamentares. A Lei Orgânica de 1º de agosto de 2003 estabelece as modalidades. O Conselho Constitucional esforçou-se, em diversas ocasiões e em sucessivos retoques, por definir um direito à experimentação, como o Conselho de Estado em outros locais. Mas, apesar disso, foram impostos limites ao legislador. Assim, em decisão do juiz constitucional, de 17 de janeiro de 2002, se o juiz não se opuser ao direito à experimentação da Córsega para adaptação dos regulamentos frente às realidades insulares, o juiz constitucional rejeita qualquer ideia de admitir um tal direito de realizar experimentos, incluindo, se necessário, derrogações às disposições legais em vigor. No caso em apreço, considerou-se que, ao “abrir ao legislador, mesmo a título experimental, derogatório e limitado no tempo, a possibilidade de autorizar a coletividade territorial da Córsega a tomar medidas no domínio do direito, a lei referida interveio num domínio abrangido pela Constituição”. O princípio da livre administração das autarquias locais e regionais cede lugar aos princípios da indivisibilidade e da unidade normativa.

Outra validação-correção: a revisão de 22 de fevereiro de 1996 sobre as leis de financiamento da segurança social. Há muito que os deputados reivindicam um verdadeiro direito de controle sobre as finanças sociais. Tomaram iniciativas legislativas nesse sentido, incluindo uma lei orgânica que exige que o governo introduza uma lei anual de financiamento da segurança social. Essa proposta, iniciada em 1987, baseava-se no art. 34 da Constituição, que confia ao Parlamento a determinação dos “princípios fundamentais [...] da segurança social”. Essa iniciativa fracassou no domínio da constitucionalidade, uma vez que o Conselho considerou que o objetivo do ato dizia respeito ao processo legislativo não explicitamente abrangido pela disposição constitucional acima referida. Com um projeto de lei constitucional que reforça os direitos do Parlamento, foi decidido alterar a Constituição para permitir que o Parlamento interviesse claramente no domínio das finanças sociais.

Desse ponto de vista, é particularmente atual a apresentação de duas disposições de um projeto de lei constitucional apresentado à Mesa da Assembleia Nacional em 2018. Em primeiro lugar, no que se refere à transferência de competências entre as coletividades territoriais, afirma-se que:

[...] a jurisprudência constitucional já admite que a lei efetue tais transferências em benefício de uma autoridade local e regional, mas exige uma caracterização do interesse geral que justifica tal derrogação. Ao incluir o princípio

de tais transferências na Constituição, o projeto de lei levará o Conselho Constitucional a flexibilizar o seu controle com base no princípio da igualdade, de maneira que ele seja mais fácil para o legislador avançar no futuro.

Por outro lado, no que diz respeito aos poderes dos órgãos parlamentares, está escrito que:

[...] a jurisprudência constitucional limitou, no entanto, o alargamento dos poderes de avaliação para além do âmbito das comissões de inquérito e do controle da execução das leis financeiras. Em especial, o Conselho Constitucional se opôs ao que o Comitê de avaliação e de controle das políticas públicas beneficia, ou seja, o poder de convocar diante dele os responsáveis administrativos. Assim, a emenda insere no artigo 51-2 da Constituição uma disposição que generaliza a atribuição dos poderes de convocação, do acesso aos dados públicos e de comunicação de documentos a todos os órgãos responsáveis, dentro de cada assembleia, pelas missões de acompanhamento e de avaliação.

No entanto, essas validações constituintes são derogatórias ou neutralizantes? Todas derogam uma decisão do Conselho Constitucional, que tem a força que lhe é concedida pelo art. 62 da Constituição. Mas derrogação não é o termo apropriado porque implica, quer queiramos quer não, um juízo subjetivo que credencia a tese de que a interpretação correta é a do juiz, mas que esta, em aplicação da hierarquia de poderes, necessariamente (a contragosto?) assume um lugar secundário em relação àquela do constituinte. A expressão “revisão derogatória” é, portanto, altamente discutível.

Quanto à noção de “revisão neutralizante”, ela cai sob o mesmo esquema de raciocínio relegando o constituinte a um poder negativo, contradizendo a interpretação jurisdicional, necessariamente equilibrada e objetiva. Essas duas abordagens invertem a ordem das coisas, a percepção dada pela hierarquia dos órgãos. O constituinte decide, e não neutraliza; o constituinte fixa a lei comum, e não a derroga. É o juiz que neutraliza com suas interpretações as disposições constitucionais (por exemplo, art. 27 da Constituição francesa); é o juiz que derroga a Constituição interpretando mal a intenção constituinte. Não só o juiz constitucional se apaga necessariamente diante do constituinte, como se renuncia a todas as competências para controlar as leis da revisão constitucional, limitando assim o seu poder à missão para a qual se destina e a que legitimamente investiu: determinar o que se insere na Constituição e no campo da lei.

Por decisão de 28 de março de 2003, o Conselho Constitucional recusou, feliz e logicamente, sua competência para controlar uma lei de revisão constitucional. Além dos argumentos de forma e substância de valor desigual, essa decisão é parte de uma série de precedentes que, desde a decisão de 14 de setembro de 1961, deixou claro que o Conselho, nos termos do art. 61 da Constituição, só tinha “a tarefa de avaliar a conformidade com a Constituição, de lei orgânica, e, quando elas são deferidas nas condições previstas no referido artigo, as leis ordinárias”. As leis constitucionais, tanto do referendo como do Parlamento, escapam a qualquer forma de controle de constitucionalidade. Ao fazê-lo, o Conselho Constitucional interpreta estritamente sua competência de acordo com a vontade dos eleitores que nunca quiseram criá-la como um órgão de arbitragem entre o constituinte e os poderes constituídos. Além disso, o raciocínio do juiz é coerente com sua incompetência para examinar a constitucionalidade de uma lei que exprime diretamente a soberania nacional.

A posição do juiz constitucional é muito respeitável: quem controlaria o Conselho se ele se arrogasse o direito de decidir sobre uma revisão que poderia levá-lo à invalidação? Quais seriam as normas de referência para o controle? Normas supraconstitucionais? Mas quais? As convenções internacionais? Elas têm um valor infraconstitucional, e o controle da convencionalidade (que não é mais do que um controle reduzido e específico da constitucionalidade) das leis constitucionais foi rejeitado pelos dois mais altos tribunais supremos. E no caso de existirem normas supraconstitucionais, quem as apontaria?

No entanto, sem esperar uma hipotética inversão da jurisprudência, é concebível alterar o texto constitucional para alargar a competência do Conselho, de modo que este avalie a conformidade do processo de revisão com os requisitos constitucionais adotados na matéria. Soberano, mas não discricionário, tal deveria ser a natureza do constituinte. Só se pode subscrever as observações de Robert Badinter, que escreveu nas notas do professor Jacques Robert: “se o povo é soberano, nada pode impedi-lo de substituir a república por outro regime mesmo que detestável. A história tem conhecido tais exemplos. Na realidade, se as forças políticas que desejam estabelecer o poder totalitário prevalecessem, não seriam as barreiras jurídicas levantadas por uma jurisdição constitucional em nome da supraconstitucionalidade que poderiam impedir o seu compromisso. A este nível de violência política, o constitucionalismo tem pouco lugar...”. Em um Estado de direito, a última palavra pertence ao constituinte e, em situações

extremas, a última palavra assume a dimensão de um direito: o direito de resistência à opressão.

Por último, a lei lida pelo Conselho Constitucional dá-lhe uma verdadeira última palavra. Mas ele nunca abusou dela até hoje. O autocontrole do juiz é notável, como se ele soubesse os limites para não atravessar. No entanto, nada impede o constituinte de reagir a uma decisão do Conselho se as circunstâncias políticas o permitirem. É até um dever dos líderes políticos realizar uma revisão, uma vez que condiciona a implementação de ações e políticas públicas validadas pelo povo por ocasião da nomeação de seus representantes. A inviolabilidade da Constituição não pode ser estabelecida como razão exoneratória da inércia dos decisores políticos. O fracasso de uma revisão não é nem mais nem menos uma decisão de rejeitar o constituinte para modificar as regras e os princípios fundamentais que regem o nosso Estado. Ainda é preciso ser capaz de se expressar sobre isso.



# LA DÉMOCRATIE

entre représentation et juridiction

**Sous la direction de**  
Newton Tavares Filho

**Auteurs**

Carlos David Carneiro Bichara | Celso de Barros Correia Neto

Dominique Rousseau | Jean-Pierre Camby

Marcelo Neves | Márcio Nuno Rabat | Pascal Jan



# La démocratie

entre représentation et juridiction

# Chambre des députés

56<sup>e</sup> Législature | 2019-2023

## **Président**

Arthur Lira

## **1<sup>er</sup> Vice-Président**

Lincoln Portela

## **2<sup>d</sup> Vice-Président**

André de Paula

## **1<sup>er</sup> Secrétaire**

Luciano Bivar

## **2<sup>e</sup> Secrétaire**

Odair Cunha

## **3<sup>e</sup> Secrétaire**

Geovania de Sá

## **4<sup>e</sup> Secrétaire**

Rosangela Gomes

## **Secrétaire suppléants**

### **1<sup>er</sup> Suppléant**

Eduardo Bismarck

### **2<sup>e</sup> Suppléant**

Gilberto Nascimento

### **3<sup>e</sup> Suppléant**

Alexandre Leite

### **4<sup>e</sup> Suppléant**

Cássio Andrade

## **Secrétaire general du Bureau**

Ruthier de Sousa Silva

## **Directeur général**

Celso de Barros Correia Neto



Câmara dos  
Deputados

# La démocratie

## entre représentation et juridiction

**Sous la direction de**

Newton Tavares Filho

### **Auteurs**

Carlos David Carneiro Bichara

Celso de Barros Correia Neto

Dominique Rousseau

Jean-Pierre Camby

Marcelo Neves

Márcio Nuno Rabat

Pascal Jan

### **Traduction**

Dyhorrani da Silva Beira



## **Chambre des Députés**

**Direction des Services Législatifs** : Luciana da Silva Teixeira

**Direction du Service des Administrateurs** : Geraldo Magela Leite

**Direction de Documentation et d'Information** : Maria Raquel Mesquita Melo

**Sous-direction des Edições Câmara** : Ana Lígia Mendes

**Traduction** : Dyhorrani da Silva Beira

**Rédacteur en chef adjoint** : Letícia de Castro

**Préparation des textes originaux** : Serev

**Révision** : Wellington Brandão

**Conception graphique** : Giselle Sousa et Luiz Eduardo Maklouf

**Mise en page** : Rafael Benjamin

Linha Estudos e Debates.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.

Débora Machado de Toledo – CRB1: 1303

---

A democracia [recurso eletrônico] : entre representação e jurisdição / organizador: Newton Tavares Filho ; autores: Carlos David Carneiro Bichara ... [et al.] ; tradução Dyhorrani da Silva Beira = La démocratie [recurso eletrônico] : entre représentation et juridiction / sous la direction de Newton Tavares Filho ; auteurs: Carlos David Carneiro Bichara ... [et al.] ; traduction Dyhorrani da Silva Beira. -- Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2022.

Versão e-book.

Modo de acesso: livraria.camara.leg.br.

Textos em português e francês, em direções opostas.

Disponível também em formato impresso.

ISBN 978-85-402-0859-9

1. Democracia, coletânea. 2. Jurisdição constitucional. 3. Tribunal constitucional. 4. Controle de constitucionalidade, Brasil. 5. Controle de constitucionalidade, França. 6. Judicialização da política, Brasil. 7. Representação política. 8. Ativismo judicial. I. Tavares Filho, Newton. II. Bichara, Carlos David Carneiro. III. Título: La démocratie : entre représentation et juridiction.

CDU 321.7

---

ISBN 978-85-402-0858-2 (papel)

ISBN 978-85-402-0859-9 (e-book)

Droits réservés et protégés par la Loi n. 9.610, du 19/2/1998.

Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite par quelque moyen que ce soit sans l'autorisation préalable des Éditions Chambre des Députés.

Vente exclusive par les Edições Câmara.

## **Chambre des Députés**

Direction de Documentation et d'Information – Cedi

Sous-direction des Edições Câmara – Coedi

Palais du Congrès National – Annexe 2 – Rez-de-chaussée

Place des Trois Pouvoirs – Brasília (DF) – Brésil – Code postal 70160-900

Téléphone : (61) 3216-5833

livraria.camara.leg.br

# Sommaire

<b>Présentation</b> .....	9
<b>Note de l'organisateur</b> .....	11
<b>Préface de l'ambassadrice de France au Brésil</b> .....	15
<b>Préface</b> .....	17
<b>Introduction Aslegis</b> .....	21

<b>1. Entre la raison présumée et le fétichisme du concept : une critique des fonctions majoritaire et illuministe de la Cour Suprême Fédérale</b> .....	23
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

*Carlos David Carneiro Bichara*

1.1. Introduction.....	23
1.2. Revisitant les références utilisées par Barroso comme point de départ.....	25
1.3. Le judiciaire serait-il vraiment un interprète privilégié du « sentiment majoritaire » ?.....	28
1.4. Qu'est-ce que cela signifie, après tout, d'interpréter le « sentiment de la majorité » et « pousser l'histoire » ?.....	34
1.5. Quelle théorie de la démocratie ?.....	38
Références bibliographiques.....	42

<b>2. Contrôle de constitutionnalité et réactions législatives en matière fiscale : qui a le dernier mot ?</b> .....	47
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

*Celso de Barros Correia Neto*

2.1. Introduction.....	47
2.2. Profil institutionnel et protagonisme du STF.....	48
2.3. « Dernier mot » et Suprématie judiciaire.....	57
2.4. Réactions législatives : le mot suivant.....	60
2.5. Causes fiscales et le prochain mot du Congrès National.....	64

2.6. Conclusion .....	68
<b>Références bibliographiques</b> .....	69
<b>3. Les cours constitutionnelles : acteurs du principe démocratique</b> .....	73
<i>Dominique Rousseau</i>	
3.1. Les juges constitutionnels, garants du code d'accès à la démocratie .....	74
3.2. Les juges constitutionnels, garants de l'écart représentatif .....	76
3.3. Les juges constitutionnels, garants du mode délibératif de la volonté générale .....	80
3.4. Conclusion .....	83
<b>4. La question prioritaire de constitutionnalité en France</b> .....	85
<i>Jean-Pierre Camby</i>	
4.1. Elle place le Conseil en position incontestable de juge suprême de la norme vis-à-vis des juridictions nationales .....	87
4.2. Elle conforte la place du Conseil comme source de droit .....	90
4.3. Elle aboutit à une définition matérielle de la Constitution dont le Conseil est le garant .....	93
4.4. Conclusion .....	95
<b>5. Contrôle de constitutionnalité au Brésil : judiciarisation de la politique comme politisation du Pouvoir Judiciaire</b> .....	97
<i>Marcelo Neves</i>	
5.1. Une brève revue historique : modèles normatifs <b>versus</b> pratiques de contrôle de constitutionnalité .....	97
5.2. Le modèle textuel de contrôle de constitutionnalité de la Constitution de 1988 .....	105
5.3. Du modèle textuel à la pratique du contrôle de constitutionnalité dans le régime de la Constitution de 1988 : abondance quantitative et carence qualitative du contrôle de constitutionnalité .....	108
5.4. Conception institutionnelle du vote et du jugement .....	110

5.5. Le problème fonctionnel de la surcharge de travail .....	111
5.6. La question technico-juridique de l'incohérence de la décision ..	113
5.7. Le problème de l'adéquation sociale : l'illusion de la judiciarisation en tant que réalisation socialement adéquate de la Constitution .....	124
5.8. Que peut signifier la « judiciarisation » des politiques dans ce contexte ? .....	126
5.9. Excursus : la « déraison » sans dialogue avec la raison .....	129
5.10. Limites à l'autonomie du droit .....	130
5.11. De l'exclusion sociale à l'exclusion juridique et politique .....	133
5.12. Observations finales : incidences de la politisation du système judiciaire et du STF dans le contexte brésilien actuel .....	136
Références bibliographiques .....	141

## **6. Représentation (et juridiction) en tant que pouvoir de décision .....**

*Márcio Nuno Rabat*

6.1. Introduction : droit et sociologie politique .....	153
6.2. Représentation politique, dynamique institutionnelle et corrélation des forces .....	153
6.3. Conclusion .....	161

## **7. Le Conseil constitutionnel : un interprète constitutionnel tout-puissant ? .....**

*Pascal Jan*

7.1. La lecture constitutionnelle de la loi imposée par Conseil constitutionnel : un dernier mot provisoire .....	164
7.2. La lecture constitutionnelle de la loi imposée au Conseil constitutionnel : le mot définitif du constituant .....	168

# Présentation

Les Éditions de la Chambre lancent au public, avec une profonde satisfaction, le présent recueil d'articles, fruit du Ier Colloque franco-brésilien de droit constitutionnel, que la Chambre des députés a eu l'honneur d'accueillir et d'organiser, en collaboration avec l'Ambassade de France au Brésil et l'Association des administrateurs de la Chambre des députés (Aslegis).

Le thème choisi pour l'événement, « Démocratie : entre représentation et juridiction », était très approprié, tant pour résumer les discussions de haut niveau qui ont eu lieu lors des réunions, que pour s'harmoniser avec la mission de l'éditeur de publier des ouvrages qui contribuent à la promotion de la citoyenneté et au renforcement de la démocratie.

N'est pas libre celui qui ne se gouverne pas lui-même. La volonté populaire, qui se manifeste lors des élections et qui est ensuite concrétisée dans les actes du pouvoir exécutif et les lois adoptées par le pouvoir législatif, fait partie de la définition même de la démocratie. Condition donc centrale du jeu démocratique, la volonté populaire, à elle seule, ne garantit pas le blindage de l'humanité contre les excès et le despotisme. La démocratie a besoin du vote, mais elle ne se perfectionne pas seulement avec lui.

Depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, nous avons appris que la théorie de la séparation des pouvoirs et le mécanisme des freins et contrepoids jouent un rôle décisif dans la tâche permanente consistant à permettre au pouvoir de limiter le pouvoir. Des gouvernements autoritaires, des lois tyranniques et des juges oppressifs mettraient, selon les mots de Montesquieu lui-même, tout en danger s'il n'y avait pas de séparation des pouvoirs. Ainsi, plus qu'un mode d'organisation de l'État, la division tripartite des pouvoirs fait partie de l'essence même de la démocratie contemporaine, aux côtés de la volonté populaire.

Nous n'avons pas une longue tradition démocratique au Brésil, mais le désir des constituants de 1988 de la fonder sur des bases solides était manifeste. Suivant le modèle néoconstitutionnaliste international, une ambitieuse loi fondamentale a été rédigée, avec des droits politiques bien définis accompagnés d'un vaste catalogue de droits fondamentaux. Le texte comporte donc un versant politique résolument démocratique et un large versant juridique, dont l'ambition peut paradoxalement contenir sa faiblesse anti-démocratique.

Les deux premiers articles de la Constitution prévoient que tout pouvoir émane du peuple et que les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire sont indépendants et harmonieux entre eux. Dans son aspect politique, le texte ne laisse donc aucun doute sur l'appréciation définitive qu'il porte sur la volonté populaire et la séparation des pouvoirs, piliers qui sont d'ailleurs protégés par des clauses d'intangibilité.

Dans sa dimension juridique, cependant, la Constitution de 1988 s'inscrit dans la tendance internationale, inaugurée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, à l'élargissement de la juridiction constitutionnelle. En raison de son vaste texte, la Constitution brésilienne a permis, d'une part, d'exiger de l'État une posture de plus en plus active dans la prestation des services publics et, d'autre part, elle a donné lieu à une intense judiciarisation de la vie politique auprès de la Cour suprême. C'est dans ce scénario qu'a pris forme l'activisme judiciaire, l'action la plus présente, la plus créative et la plus étendue du pouvoir judiciaire, qui, pour réaliser les valeurs constitutionnelles, finit par se heurter aux sphères de compétence des autres pouvoirs – ceux-ci, oui, composés de représentants élus. Par conséquent, l'activisme judiciaire engendré par la Constitution démocratique porte en lui des éléments qui, modifiant le système de séparation des pouvoirs et subvertissant le dogme de la volonté populaire, ont le potentiel de déstabiliser la démocratie même qui lui a donné vie.

Il est donc crucial que les instances politiques, juridiques et universitaires, tant nationales qu'internationales, analysent les conséquences et la nécessité d'éventuelles lignes directrices pour le dynamisme judiciaire, afin que les piliers soutenant la démocratie restent intacts.

La Chambre des Députés, en publiant cet ouvrage, est fière de remplir une fois de plus son rôle d'encouragement et d'accueil des débats républicains. Nous espérons que ces textes feront écho aux dialogues sur les répercussions de l'activisme judiciaire qui sont, au fond, des récits sur la liberté, et sur la liberté nous ne pouvons jamais nous taire.

Brasília, juillet 2022.

**Arthur Lira**

*Président de la Chambre des députés*

# Note de l'organisateur

« La loi est l'expression de la volonté générale », affirme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Au cours des derniers siècles, la souveraineté du peuple est devenue le pilier fondamental de la démocratie, exercée au travers du choix libre et périodiquement renouvelé des représentants du corps législatif – et dont le rôle est central pour le fonctionnement de l'État de droit. Il incomberait donc au parlement de « révéler la loi voulue par la société », en lui conférant certitude et caractère obligatoire. Fruit d'une longue construction historique, le concept de démocratie représentative matérialise un transfert progressif du pouvoir – *imperium* – de la Couronne, ou d'une classe, à tous les membres de la *polis*, désormais citoyens. L'abandon de l'ancien ordre centré sur la transcendance religieuse, ainsi que l'affirmation de l'égalité politique et de la liberté de tous les citoyens, ont progressivement érigé la démocratie en « principe universel de légitimité » du gouvernement et de ses normes, dès l'époque moderne.

La contribution française a été déterminante dans ce processus, marquant profondément la forme prise par le régime démocratique jusqu'à ce jour. En effet, la Révolution française a constitué l'un des moments fondateurs dans la construction de la démocratie contemporaine, tout comme le rationalisme des Lumières. Ce dernier, incarné notamment par Rousseau, a posé les bases du pouvoir illimité de la « volonté générale » : la signature du contrat social autoriserait, dans cette conception, la construction d'un système juridique librement élaboré, mettant sur un pied d'égalité, en un seul temps, la loi, le droit et la souveraineté populaire. Le législatif serait ainsi intronisé comme le plus grand vecteur d'expression de la souveraineté populaire, l'exécutif et le judiciaire étant chargés de faire appliquer et respecter les décisions du peuple réuni dans une assemblée représentative.

Aujourd'hui, cependant, dans les démocraties contemporaines, le sentiment d'une expansion accélérée de l'influence du pouvoir judiciaire s'accroît. La judiciarisation de la politique, réputée devenir un « poison pour la démocratie », s'intensifie, avec les conséquences néfastes provoquées par l'empiètement croissant de décisions judiciaires sur des questions autrefois réservées aux parlements.

Cette situation trouve son origine dans la forte inflexion imposée à la démocratie représentative par le développement de la juridiction constitutionnelle à partir du XIX<sup>e</sup> siècle. Née aux États-Unis d'Amérique en 1803, et répandue en Europe depuis les années 1920 grâce à l'œuvre de Hans Kelsen, la doctrine de la suprématie de la Constitution sur l'autonomie du législateur va s'épanouir avec force, créant progressivement une nouvelle réalité. Ainsi, le contrôle des pouvoirs élus par un « contre-législateur » – un juge constitutionnel qui veille au respect du pacte politique fondamental – s'établi sans équivoque. L'exercice de la juridiction constitutionnelle fait ressortir la force normative de la Constitution, dont le texte n'est plus seulement un conseil aux pouvoirs politiques. La majorité parlementaire ne régnera plus en maître, face à la « fonction contre-majoritaire » exercée par le juge constitutionnel.

Actuellement, les analyses sur l'activisme juridictionnel se multiplient, souvent sur un ton critique qui oppose magistrats non élus et souveraineté populaire. Le pouvoir judiciaire est accusé de violer la séparation des pouvoirs en brisant les frontières qui séparent le politique du juridique et en revendiquant un pouvoir démesuré dans le régime démocratique : les juges constitutionnels exerceraient une véritable fonction législative, dépassant de loin leur « pouvoir d'empêcher » originel. La tension entre la démocratie représentative et la suprématie de la Constitution serait en train d'atteindre un point de rupture, redessinant les mécanismes classiques de la séparation des pouvoirs et de la légitimité démocratique dans le monde.

C'est dans ce contexte que la Chambre des députés, l'Ambassade de France au Brésil et l'Association des administrateurs de la Chambre des députés (Aslegis) se sont associés pour organiser le premier colloque franco-brésilien de droit constitutionnel en 2019. L'événement a eu pour but de discuter et d'évaluer les relations entre le législateur et le juge constitutionnel, dans le cadre de la démocratie représentative. Des autorités, des administrateurs et des professeurs universitaires du Brésil et de la France - pays qui partagent la tradition juridique germano-romanique et qui ont une longue histoire d'amitié et d'échange - ont participé à cette rencontre. La solide trajectoire de la justice constitutionnelle brésilienne, ainsi que la riche culture parlementaire française, entre autres éléments, ont pu se combiner pour composer un panel fécond d'idées, qui a considérablement enrichi le débat sur un sujet fondamen-



tal. Composé des contributions des participants, ce volume bilingue reflète la volonté de nourrir cet échange, aujourd'hui et à l'avenir.

Dans cet ouvrage, la forme originale employée par les auteurs français pour la présentation des références bibliographiques a été respectée, sans chercher à les compléter ou à les adapter aux normes brésiliennes en la matière.

**Newton Tavares Filho**

*Administrateur de la Chambre des députés*

# Préface de l'ambassadrice de France au Brésil

Le I Colloque Franco-brésilien de Droit Constitutionnel, organisé en mai 2019 par l'ambassade de France avec la Chambre des députés brésilienne, a porté sur une thématique cruciale pour nos deux pays : « La démocratie : entre représentation et juridiction ». Alors que nos sociétés s'interrogent sur les modalités de la représentation du peuple, alors que l'équilibre des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est parfois contesté, ce colloque a contribué à nourrir la réflexion de façon constructive en proposant un regard croisé sur les Constitutions des Républiques française et brésilienne. Trois éminents professeurs français, Dominique Rousseau, Jean-Pierre Camby et Pascal Jan, ont pu y échanger avec des interlocuteurs brésiliens de même qualité, permettant un enrichissement réciproque.

Les échanges, qui ont porté principalement sur la place de la justice constitutionnelle dans les deux pays, ont mis en évidence un marqueur qui leur est commun, à savoir la montée en puissance tout au long du 20<sup>ème</sup> siècle du juge constitutionnel, qui, dans des contextes différents, est également un sujet de débats.

Les professeurs français ont rappelé que la qualité d'une démocratie se définissait surtout par la mesure, la modération et l'équilibre, en particulier l'équilibre entre les pouvoirs constitués. Le juge constitutionnel y contribuait grandement en veillant à cet équilibre ainsi qu'au respect des droits fondamentaux.

Ils ont insisté sur l'évolution de la Constitution actuelle de la France, celle de la V<sup>ème</sup> République. Ainsi, prenant des approches différentes, chacun d'entre eux a exposé à travers de nombreux exemples, la manière dont ce texte, pourtant rédigé en trois mois (de juin à août 1958) et contenant des ambiguïtés institutionnelles, avait su accompagner l'évolution de la société française, vingt-quatre révisions constitutionnelles ayant été adoptées à ce jour.

L'accroissement du rôle du Conseil constitutionnel, institution créée par la Constitution de 1958, a été présenté. Celui-ci est ainsi devenu un recours fréquent pour les parlementaires pour faire contrôler la conformité des lois tout juste approuvées à la Constitution, mais également, depuis 2008, une institution à laquelle les

justiciables peuvent lors d'un litige demander de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, à travers une question prioritaire de constitutionnalité.

Ce colloque, qui s'inscrit de façon plus générale dans une tradition historique de coopération entre la France et le Brésil, contribue par ailleurs à la défense et à la promotion du droit continental, qui fonde les systèmes juridiques de nos deux pays, et qui fait face à l'influence grandissante de la *common law* sur la scène internationale. Alors que la *common law* se réfère d'abord à la jurisprudence en tant que source originelle du droit, il s'agit en effet de préserver le système romano-civiliste dans lequel, malgré l'importance grandissante du juge et de la jurisprudence, la loi et le code demeurent les sources principales du droit.

Au-delà d'une même vision du droit basée sur le système romano-germanique, il s'agit bien de défendre une culture commune et de contribuer à faire évoluer cet héritage dans le cadre d'un dialogue, que nous souhaitons aussi fructueux à l'avenir qu'il l'a été jusqu'à aujourd'hui.

**Brigitte Collet**

*Ambassadrice de France au Brésil*

# Préface

J'ai l'honneur inhabituel de préfacer un ouvrage édité par la Chambre des députés et issu d'un colloque Franco-brésilien de droit constitutionnel sur un sujet de la plus grande importance placé sous le titre suggestif « La démocratie : entre représentation et juridiction ».<sup>1</sup> J'ai moi-même eu la joie et la responsabilité de participer aux débats, en travaillant comme débateur lorsque le professeur Dominique Rousseau de L'Université de Paris a présenté le panel « La protection des droits fondamentaux est-elle antidémocratique ? ».

Lorsque J'ai été invité à préfacer ce travail, ainsi qu'à participer au colloque, les consultants législatifs Celso de Barros Correia Neto et Newton Tavares Filho, tous deux chercheurs du plus haut niveau académique, ont expliqué le but de l'événement et du livre : « discuter et évaluer les relations entre le législateur et le juge constitutionnel ».<sup>2</sup>

Le récit moderne le plus célèbre de l'organisation des pouvoirs est français, en raison duquel il est à Montesquieu. Il a des origines assez profondes dans la culture occidentale, car il fait explicitement référence à la notion de « gouvernement modéré » d'Aristote.

C'est Montesquieu lui-même qui note : « c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites ». Pour que cela ne se produise pas, en bref, pour empêcher l'absolutisme, « il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».<sup>3</sup>

Cependant, la recommandation de Montesquieu n'est pas de freiner le pouvoir par la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, mais plutôt par la répartition des pouvoirs égaux de statut et d'entrave entre le roi, chambre haute et chambre basse. Celle est l'essence du gouvernement modéré dans la leçon d'Aristote, combinant et équilibrant les principes : (I) monarchique (le roi) ; (ii) aristocratique (la chambre haute) ; et (iii) démocratique (la chambre basse)

---

1 « A democracia: entre representação e jurisdição », en portugais.

2 « Discutir e avaliar as relações entre o legislador e o juiz constitucional », en portugais.

3 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *De l'esprit des lois*, v. I, Paris : Garnier-Flammarion, 2005, p. 293.

afin que chacun de ces pouvoirs, par leurs facultés respectives et mutuelles de statut et de dissuasion, empêche la dégénérescence de l'autre. C'est exactement là que l'on a les soi-disant « freins et contrepoids » ou « check and balances ».

Il est intéressant de noter que, au cœur de l'argument de Montesquieu (« gouvernement modéré »), il n'y a pas de Pouvoir Judiciaire. Il n'apparaît pas parce que, dans *L'esprit des lois*, le pouvoir judiciaire est neutralisé en lui-même, soit par la manière dont il est structuré (jurys épisodiques, qui sont formés et qui s'effondrent dans chaque cas), soit par la façon dont il décide (peines qui, à proprement parler, apparaissent déjà dans les lois, donc les juges « ne sont pas (...) plus que la bouche qui prononce les phrases de la loi »).

D'autre part, curieusement, l'innovation américaine du *judicial review* rencontre Montesquieu, car elle crée un autre facteur de retenue du pouvoir : la déclaration d'inconstitutionnalité, sorte de pouvoir d'empêcher ou de veto judiciaire.

Quoi qu'il en soit, le centre de la vie démocratique persiste dans le Pouvoir Législatif. La raison est simple et objective : c'est en elle que la pluralité sociale est représentée, reflétée. Les députés représentent le peuple. Les sénateurs représentent les états. Pourtant, les députés s'organisent également sur les bancs de l'État, tandis que les sénateurs sont également choisis lors d'élections directes (ils ne sont pas nommés par les gouvernements des États). En outre, dans la pratique, les députés et les sénateurs représentent divers segments sociaux, reflétant au mieux les vertus et les difficultés de la société. Il y a, en cela, l'essence même de la démocratie qui recommande, à chaque élection, une persévérance solide dans l'apprentissage de la pratique démocratique.

Dans ces relations, le juge constitutionnel est ou devrait être rigoureusement et disciplinairement « juste » un arbitre. Il protège la Constitution contre une éventuelle inconstitutionnalité, mais sans prendre la place créative qui est propre au législateur. Il y a, en cela, un équilibre délicat et sensible. Dans les situations d'interrogation sur le législateur, le juge constitutionnel flirte parfois avec des positions dites « militantes ». Cependant, le résultat est le déni de l'organisation des pouvoirs et de la démocratie elle-même en faveur d'une compréhension aristocratique des choses.

Pour tout cela, le colloque était extrêmement opportun, ainsi que le travail qui en résultait. Pour cela, il était d'une grande sagesse pour interagir avec l'Académie française. C'est la tradition respectueuse qui a produit Montesquieu, « dont le

génie brille le plus avec le passage du temps », pour citer le jugement compréhensible de Karl Loewenstein. Les leçons de l'espèce rendent claire la phrase qu'il y avait dans Monument à Charles de Gaulle sur les Champs-Élysées : « Il y a un pacte vingt fois séculaire entre la grandeur de la France et la liberté du monde ».

**José Levi Mello do Amaral Júnior**

*Professeur agrégé de droit constitutionnel à la faculté de droit de l'Université de São Paulo (USP) et du master et du doctorat au Centre d'Enseignement Unifié de Brasília (Ceub)*

# Introduction Aslegis

En mai 2019 s'est tenu le colloque « La démocratie : entre représentation et juridiction », qui avait pour objectif de discuter et d'évaluer les relations entre le législateur et le juge constitutionnel, dans le cadre de la démocratie représentative.

L'événement est le fruit d'une coopération entre la Chambre des députés et l'ambassade de France, avec l'initiative, l'organisation et le soutien de l'Association des administrateurs de la Chambre des députés (Aslegis). À l'occasion du colloque, il convient de souligner la participation de l'administrateur Newton Tavares Filho, responsable de la conception et de la coordination de l'événement, ainsi que de la présente publication. Nous signalons également l'importance de la participation du Service des administrateurs (Conle) et du Service des projets et de gestion (Aproge) à l'organisation du colloque, ainsi que du Centre de documentation et d'information (Cedi), à travers la Éditions de la Chambre, pour la publication de cet ouvrage.

Aslegis est une association privée à but non lucratif qui regroupe et représente les administrateurs de la Chambre des Députés. Outre la défense des intérêts de la catégorie, elle promeut des séminaires techniques et publie, tous les six mois, les Cahiers Aslegis, qui véhiculent la production intellectuelle des administrateurs.<sup>4</sup>

L'association encourage, soutient et diffuse la production intellectuelle de ses membres, notamment sur des sujets directement liés au pouvoir législatif, présents dans les activités des administrateurs, tels que le droit constitutionnel, la démocratie, le processus législatif, parmi beaucoup d'autres. Il convient de noter que les administrateurs sont des agents recrutés par concours, spécialisés dans différents domaines de connaissances. Ils sont chargés d'assister le Bureau, les commissions permanentes et temporaires, les députés et l'administration de la Chambre dans l'exercice de leurs fonctions, en leur apportant une compétence technique, quelle que soit leur couleur politique.

Aslegis et ses membres, dans leurs activités quotidiennes, ont observé la judiciarisation croissante de la politique et son impact sur l'activité parlementaire.

---

4 Disponible en : <<https://aslegis.org.br>>.

Le débat entre les professionnels du droit, les universitaires et les experts de différents domaines sur la nouvelle configuration du modèle classique de séparation des trois pouvoirs est nécessaire et doit être stimulé, ainsi que la diffusion des différentes approches théoriques, dans l'intérêt de la démocratie elle-même.

Cette publication a pour objectif de stimuler la réflexion et le débat, qui doivent être permanents, sur les rôles exercés par les branches du gouvernement, leurs pouvoirs constitutionnels et l'équilibre et l'harmonie entre eux.

En mettant cet ouvrage à la disposition des parlementaires, des universitaires, des spécialistes et des chercheurs de la thématique abordée et du grand public, au Brésil et en France, Aslegis est reconnaissante du précieux partenariat des autres entités participantes, dont les efforts, tant pendant le colloque qu'à l'occasion de la publication de l'ouvrage qui en résulte, soulignent le brio des interventions des illustres orateurs, auxquels Aslegis, au nom de tous ses membres, exprime également sa gratitude.

**Claudionor Rocha**

*Président d'Aslegis (2020/2021)*

**Lisiane Alcantara**

*Président d'Aslegis (2018/2019)*



# 1. Entre la raison présumée et le fétichisme du concept : une critique des fonctions majoritaire et illuministe de la Cour Suprême Fédérale

Carlos David Carneiro Bichara<sup>5</sup>

## 1.1. Introduction

*Des allégations extraordinaires exigent des preuves extraordinaires* (Carl Sagan)

Aujourd'hui, au Brésil, nous assistons à l'émergence de courants de pensée sur le rôle du pouvoir judiciaire, en général, et de la juridiction constitutionnelle, en particulier, qui semblent assez confiants par rapport à une certaine « raison judiciaire », capable de réformer la société à partir des tribunaux ou même de « pousser l'histoire » dans la « bonne direction ». Autant ces courants partent de mouvements distincts et ont une myriade d'acteurs (cf. LYNCH, 2017), personne ne semble les avoir articulés dans le discours académique comme le Ministre Luis Roberto Barroso, pour qui la Cour suprême, en plus de la fonction traditionnelle de contre-majorité attribuée aux cours constitutionnelles, devrait également représenter le « sentiment majoritaire » et même exercer un rôle d'avant-garde des lumières, chargé de « pousser l'histoire quand elle bloque » (BARROSO, 2015, p. 42).

Dans ce qui suit, j'ai l'intention de développer une critique de ces thèses, sans pour autant mettre fin au débat sur un éventuel rôle de « majorité » que la Cour suprême fédérale ou d'autres cours constitutionnelles pourraient exercer ou exercent, selon le sens du terme ou sa nature, descriptive ou normative. Je ferai valoir, cependant, qu'il n'y a, au moins au niveau actuel de la formulation,

---

5 Administrateur de la Chambre des députés. Docteur en théorie et philosophie du droit par UERJ.

aucune raison solide d'assumer les thèses d'une fonction de majorité ou d'illumination telles que proposées par Barroso.<sup>6</sup>

Je voudrais faire valoir que, malgré la tentative d'apporter un nouvel éclairage sur les fonctions possibles de la compétence constitutionnelle, la défense par Barroso des fonctions de Majorité et illuministe du STF semble souffrir d'au moins quatre problèmes centraux.

1) Tout d'abord, Barroso semble partir d'une lecture très partielle des études qu'il utilise pour développer son argument, cachant souvent les mises en garde ou les contrepoints présents dans les textes cités pour fonder ses revendications.

2) Deuxièmement, ses thèses semblent être imprégnées par la soi-disant erreur de preuve incomplète, ou *cherry picking*, comme on l'appelle populairement. En ce sens, il semble choisir, parmi les arguments et les preuves disponibles, ceux favorables au pouvoir judiciaire et défavorables aux institutions politiques au sens strict. C'est souvent en tirant des conclusions non autorisées par les références citées ou en soulevant des arguments qui, *prima facie*, sont controversés ou même ne correspondent pas à la réalité.<sup>7</sup>

6 Ma critique s'appuiera avant tout sur le texte « A razão sem voto: o Supremo Tribunal e o governo da maioria » (BARRROSO, 2015). Je pars de ce texte à la fois parce qu'il s'agissait, semble-t-il, de la première exposition systématique des thèses de la fonction de la majorité et des lumières dans une revue juridique, et parce qu'il contient le noyau d'arguments qui n'ont pas subi de changements majeurs par la suite. De manière supplémentaire, j'utiliserai également la dernière exposition systématique des mêmes thèses qui, jusqu'au moment de la conclusion de cet article, se trouvaient dans le texte « Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas » (BARROSO, 2018). Ce dernier texte sera utilisé pour souligner quelques avancées en termes de formulation par rapport aux travaux que je prends comme point de départ. Il semble inutile de souligner, malgré les critiques qui seront soulevées ici, le respect que je garde à ce grand juriste et à son héritage important pour le constitutionnalisme brésilien, des avancées, maintenant naturalisées, de la doctrine de l'efficacité, malgré ses mésaventures ultérieures, aux riches discussions apportées par ses actions en tant qu'avocat constitutionnel et Ministre de la Cour suprême.

7 Dans « Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas », il est vrai que le Barroso mentionne certaines des critiques du rôle des tribunaux les plus « actifs », et de l'avancement de la politique conservatrice, les limites de leurs capacités institutionnels, le risque d'apathie social et la partialité politique dans le pouvoir judiciaire, citant les comportements, les décisions et les erreurs de sa propre Cour suprême, comme l'utilisation stratégique possible des demande de délai supplémentaire et la décision sur la fourniture de performance par un parti (BARROSO, 2018, p. 2.185 e ss.). Cependant, le seul engagement dialectique de Barroso avec ces arguments consiste en une réponse empirique à la question du conservatisme des tribunaux. De plus, Barroso répond simplement que, malgré les critiques, la compétence constitutionnelle, en général, a bien servi la cause du constitutionnalisme démocratique (BARROSO, 2018 p. 2.186). Ainsi, dans ce dernier texte, il n'y a pas de véritable engagement dialectique ou d'examen plus attentif des arguments critiques afin d'influencer la reconstruction des thèses proposées. Les arguments opposés sont simplement énoncés.

De plus, 3) les idées de fonction majorité et illuministe, dans les termes mis par le ministre, manquent de précision conceptuelle, au point d'être seulement suggérées, mais jamais expliquées dans leurs fondements. Enfin, 4) Barroso défend les fonctions susmentionnées basées sur des prémisses oscillantes et contradictoires, ce qui semble conduire à une autodestruction de l'argument qu'il propose.

## 1.2. Revisitant les références utilisées par Barroso comme point de départ

En ce qui concerne les preuves empiriques qui étayeraient sa thèse, Barroso présente dans ses textes des problèmes pour les institutions représentatives qui, en fait, doivent être prises au sérieux, tels que les défaillances du système électoral, l'intérêt personnel des chambres législatives ou les prises par des intérêts particuliers. D'eux à présumer une vertu ou attribuer une fonction au pouvoir judiciaire, cependant, serait un *non sequitur*, comme Barroso lui-même l'a peut-être admis, n'étaient pas les arguments positifs qu'il propose plus tard pour corroborer la thèse que le pouvoir judiciaire, dans certains contextes, serait mieux interprète du « sentiment majoritaire ».

Ce qui est curieux, c'est que, même parmi les études proposées par Barroso pour corroborer la première étape de son argumentation, c'est-à-dire celle de la crise des institutions représentatives et de la dissociation entre celles-ci et l'idée de représentation majoritaire, il est possible de rassembler des arguments ou des preuves qui contredisent, ou du moins nuancent, les prétentions auxquelles le Ministre se lance à partir d'elles. Le premier texte cité par Barroso, « The counter-majoritarian difficulty: from courts to Congress to Constitutional Order », de Mark Graber, en est un exemple.

Parlant de l'exposition des dysfonctionnements des systèmes représentatifs, qui généreraient « beaucoup d'indignation et peu de résultats », Barroso déclare que « la doctrine qui s'intéressait auparavant au sujet de la difficulté de contre-majorité des tribunaux, commence à porter l'attention sur le déficit démocratique de la représentation politique » et le texte de Graber est alors cité comme un exemple de cette doctrine (BARROSO, 2015, p. 38).

En analysant l'article en question, cependant, on se rend compte que son principal objectif en examinant les études qui pointent des déficits démocratiques dans les institutions représentatives n'est pas de transposer la question de la difficulté de contre-majorité des tribunaux au Congrès, comme Barroso semble le suggérer, mais de dissoudre la question elle-même. En effet, de l'avis de l'auteur, l'idée même de difficulté contre la majorité :

...suffers from normative and institutional myopia. Bickel and his followers focused obsessively on majoritarianism, ignoring other democratic problems that may be aggravated or ameliorated by judicial decisions declaring laws unconstitutional (GRABER, 2008, p. 380).

Cette relativisation de la volonté de la majorité comme mesure « unique » de la légitimité démocratique contredit, tout d'abord, la prétention de Barroso d'utiliser le texte de Graber comme exemple du déplacement du thème de la difficulté contre-majoritaire des tribunaux vers le déficit démocratique de la représentation politique, notamment parce que les problèmes institutionnels de la Cour suprême et des institutions politiques, pour Graber, seraient indissociables (GRABER, 2008, p. 365 et suiv.). Mais cet auteur est encore plus explicite en affirmant que la relativisation de la centralité de la difficulté de la contre-majorité n'implique pas, selon son propre jugement, une hiérarchisation des problèmes de légitimation des institutions représentatives par rapport à la Cour suprême ou une exemption de celle-ci par rapport à d'autres problèmes de légitimation :

Majoritarianism is only one of many democratic commitments. Good democracies seek policies that are coherent, appeal to most citizens, and are capable of being revised by popular acclaim. Judicial decisions that do not present classic countermajoritarian difficulties may present coherence, polarization, and accountability difficulties...Judicial review that passes democratic muster may nevertheless be undesirable if a different practice would protect interests with a better claim to political or constitutional solicitude.

Studies of the countermajoritarian, coherence, polarization, accountability, and bias difficulties should be concerned with the performance of the constitutional system as a whole, abandoning an "institutional partisanship" that assumes "the centrality of the (particular) institution" being studied "in the drama of American politics" (GRABER, 2008, p. 380).

Ainsi, on peut voir que le texte de Graber cité par Barroso n'implique ni un « déplacement » de l'attention des problèmes de légitimité vers les institutions politiques et ni une « carte blanche » à la Cour constitutionnelle pour agir en tant que « représentant de la majorité », une fois relativisé la question de la difficulté contre-majoritaire dans son champ de fonctionnement.

Barroso déclare en outre que des études empiriques réfuteraient l'idée que les organes électifs représenteraient toujours la volonté de la majorité et que les décisions rendues par une Cour suprême ne le feraient jamais. Pour cela, il s'utilise des articles de Michael Klarman (1997) et Corina Barret Lain (2012-2013). En effet, il est possible de trouver dans ces textes des éléments empiriques qui pointent, d'une part, des déficits de représentation politique et, d'autre part, la possibilité d'une représentation majoritaire des cours constitutionnelles. Mais le traitement accordé à ces phénomènes par les auteurs cités ne semble pas corroborer les affirmations de Barroso.

Michael Klarman, par exemple, préconise en fait une fonction « majoritaire » pour la compétence constitutionnelle. Cela reviendrait toutefois à se confronter de manière autonome à l'enracinement des minorités dans les institutions représentatives, comme dans les cas de l'institution de districts qui ne respectent pas l'égalité du vote, de la manipulation partisane dans la création de districts ou des restrictions du droit de vote (KLARMAN, 1997, p. 502 et suiv.). Loin d'affirmer la capacité des tribunaux à interpréter le « sentiment majoritaire » ou à agir de manière représentative, Klarman semble prudent, même avec le rôle modeste qu'il préconise :

...even if...anti-entrenchment theory is a coherent, normatively attractive, and judicially manageable alternative, how can politically unaccountable courts be expected to overcome the quasi-entrenchment incentive to expand their own power by limiting themselves to what is, after all, an extremely narrow conception of judicial review? The answer, I am afraid, is that there is little reason to be confident that courts will constrain themselves in this manner. The history of judicial review in this country, told in broad-brush strokes, is one of creeping judicial imperialism... (KLARMAN, 1997, p. 544).

Il serait donc difficile d'imaginer qu'un auteur relativement sceptique quant à la capacité de retenue des tribunaux, et qui défend même l'existence de l'impérialisme judiciaire dans son pays, corroborerait la thèse des fonctions représentatives ou même illuministes prônée par Barroso.

Corinna Barret Lain, à son tour, est en fait plus affirmative quant à la récurrence empirique d'une coïncidence entre les décisions de la Cour suprême des États-Unis et les majorités mesurées par les sondages d'opinion et, d'une certaine manière, semble également plus favorable à la thèse d'une performance majoritaire des tribunaux dans un plan normatif. Elle reconnaît toutefois que sa théorie du *upside-down judicial review* n'est pas une théorie de la façon dont les tribunaux devraient fonctionner :

First and foremost, upside-down judicial review is a descriptive account of judicial review – an extralegal observation about how judicial review works, rather than a normative justification about how it should (LAIN, 2012, p. 170).

En supposant donc que sa thèse soit descriptive, même lorsqu'elle explore les conséquences normatives possibles de sa discussion, Lain reconnaît la complexité d'évaluer un équilibre final de la pertinence d'un contrôle judiciaire majoritaire (2012, p. 178), concédant également la controverse contenue dans la prémisse de la capacité cognitive des juges à reconnaître « la majorité » lorsqu'ils sont devant elle (2012, p. 181). Ainsi, bien que plus proche de ce que Barroso appelle le rôle représentatif des cours constitutionnelles, même Lain est beaucoup plus prudent en retirant de ses recherches toute déclaration normative qui pourrait servir de modèle pour la performance des tribunaux, comme semble le vouloir le Ministre.

En citant ces références, je ne m'attends pas, bien sûr, que l'argument complet d'un auteur soit supposé se référer à lui, et pourtant il est toujours curieux de savoir comment les principales références empiriques de Barroso pour corroborer sa thèse sont utilisées, par les auteurs eux-mêmes, dans leurs contextes respectifs, pour contredire ou au moins nuancer les affirmations du Ministre. Si ses références à la crise des institutions représentatives font face à ce genre de problème, sa défense positive du système judiciaire semble faire face à des problèmes encore plus grands.

### **1.3. Le judiciaire serait-il vraiment un interprète privilégié du « sentiment majoritaire » ?**

Comme on l'a vu, l'une des nouvelles fonctions d'une Cour constitutionnelle pour Barroso serait la fonction « représentative ». Pour la défendre, il fait valoir

que le pouvoir judiciaire, dans certains contextes, serait un meilleur interprète du sentiment majoritaire. En effet, tout d'abord, il y aurait un supposé effet « démocratisant » de l'appel d'offres public, par opposition à la difficulté financière d'entreprendre une campagne électorale (BARROSO, 2015, p. 40). En outre, les juges suivraient une faculté de droit et des études « systématiques et appliquées » (BARROSO, 2015, p. 40). Le judiciaire serait donc à la fois représentatif, méritocratique et indépendant, étant les premières conditions pour traiter, de manière privilégiée, le « sentiment majoritaire ».

Les raisons invoquées par Barroso, cependant, souffrent de problèmes internes ou ne semblent pas suffisantes pour justifier les revendications de la thèse. Quant au premier facteur, celui de l'effet démocratisant du concours, il existe des preuves empiriques suffisantes pour au moins nuancer la thèse d'une composition démocratique du judiciaire.

Selon une étude réalisée en 2018 par le Conseil national de la Justice, et j'utilise ici les termes mêmes contenus dans son rapport, la plupart des membres de la magistrature sont « recrutés dans les couches sociales les plus élevées » (CNJ, 2018, p. 15). Une autre enquête récente, menée par L'Association des Magistrats Brésiliens, a montré que 75% des juges ne sont pas « d'origine populaire » (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 314). En tout état de cause, il n'y a aucune raison de supposer, sans preuve, qu'une éventuelle origine socio-économique populaire, souvent lointaine, a une influence significative sur la façon dont les magistrats sont jugés, qui, même en raison de la norme de rémunération de base, sont parmi les 1% les plus riches du Brésil.<sup>8</sup>

En ce qui concerne le caractère méritocratique de l'appel d'offres public et le niveau d'expertise dans un type spécifique de connaissances, c'est-à-dire les connaissances juridiques, Barroso semble surestimer les compétences techniques qui ne semblent pas très bien correspondre aux revendications de représentativité. Avec Robert Dahl, nous pourrions dire qu'il ne semble pas y avoir de science Royale, capable de traiter de manière satisfaisante la transmission de tous les problèmes humains. En ce sens, il n'y a aucune raison de donner à la connaissance juridique un quelconque avantage pour représenter

---

8 Informations obtenues à partir de la consultation du tableau fourni par le site Nexojornal. Disponible en : <<https://www.nexojornal.com.br/interativo/2016/01/11/O-seu-sal%C3%A1rio-diante-da-realidade-brasileira>>. Consulté le 10 janvier 2019.

la « majorité », au détriment d'autres connaissances, économiques, politiques ou sociologiques, par exemple.

Deuxièmement, Barroso semble sous-estimer le fait que tous les experts sont des experts dans un seul ou quelques domaines de la connaissance, alors que nous vivons dans des sociétés complexes dont les problèmes transcendent des sciences particulières, avec de nombreuses conséquences pour toute prétention de représentativité. Enfin, il n'est pas évident qu'un type de connaissances techniques permet de traiter des questions morales controversées de manière plus satisfaisante que n'importe quelle personne ordinaire (DAHL, 2012, p. 100 et suiv.). Par conséquent, il ne semble pas que le caractère méritocratique ou la spécialisation des juges leur permettent d'être des interprètes privilégiés du « sentiment majoritaire », quoi que cela signifie en pratique.

Enfin, Barroso mentionne l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au cycle électoral et à la vie des juges comme des facteurs qui rendraient également les magistrats meilleurs et plus indépendants pour représenter la volonté de la société dans certains cas, car ils seraient, respectivement, soustraits à la nécessité d'alliances avec les secteurs économiques et ne seraient pas soumis aux circonstances à court terme de la politique et, en principe, aux tentations populistes (BARROSO, 2015, p. 40).

À ce stade, Barroso semble ignorer tout lien entre le pouvoir judiciaire, en particulier en ce qui concerne les cours constitutionnelles, et les pouvoirs politiques. En fait, le Ministre s'oppose à l'argument selon lequel les ministres membres du STF, au Brésil, sont nommés par le président de la République et approuvés par le Sénat fédéral et, par conséquent, liés en quelque sorte à la politique, le fait que la majorité de la cour est aujourd'hui diplômée de carrières juridiques d'état (BARROSO, 2015, p. 40). Cet argument, cependant, ne dit rien sur le processus qui a conduit à la nomination des Ministres et leur caractère nécessairement politique, ni sur les relations antérieures ou ultérieures de ces ministres avec les autres pouvoirs.

À cet égard, par exemple, une étude empirique menée par le politologue Frederico de Almeida a souligné que, entre 1985 et 2008, 20% des candidats aux postes de Ministres du STF exerçaient des activités politiques au sens strict et 55% occupaient des postes administratifs de l'état (cf. ALMEIDA, 2016). Dans une autre recherche menée par Fernando Fontinha, Thiago Jorge



et Leonardo Sato, il a été conclu que parmi les 33 ministres du STF agissant entre 1988 et 2013, 20 ont développé au moins une activité liée à la Politique (FONTAINHA; JORGE; SATO, 2018, p. 105). De telles données montrent un repositionnement constant entre le droit et la politique dans la carrière de nombreux ministres du STF. Enfin, un récent travail journalistique de Felipe Recondo et Luiz Weber indique également qu'il est courant, dans le processus de nomination, que les ministres aient de puissants parrains politiques, surnommés « jockeys » dans les mondes politique et juridique (RECONDO, WEBER; 2019; loc. 682).

En plus de toutes ces preuves sur le repositionnement entre le droit et la politique, il faut également considérer que l'idée que les juges sont à l'abri de la pression d'intérêts particuliers n'a pas encore été démontrée empiriquement. Et, d'autre part, l'isolement éventuel des juges par rapport au processus politique ne garantit pas que le processus judiciaire est exempt d'intérêts particuliers, tels que les intérêts économiques, qui inquiètent Barroso. Les groupes d'intérêts organisés, dotés de ressources économiques importantes, sont en mesure de plaider plus fréquemment, d'influencer dans une plus grande mesure les informations qu'un tribunal reçoit et d'agir stratégiquement pour favoriser les résultats escomptés.

En outre, même si nous supposons que les institutions représentatives sont plus soumises à l'influence du pouvoir économique, il n'y a aucune raison de ne pas le prendre aussi, en supposant la rationalité des acteurs impliqués dans la poursuite de ses objectifs, que le juridique devient plus sensible à certaines pressions, dans la mesure où il devient une arène privilégiée dans les décisions qui affectent les intérêts organisés (cf. ELHAUGE, 1991, p. 80-81). Si cet argument est correct, l'incorporation institutionnelle des fonctions majoritaire et illuministe favoriserait même la transposition des dilemmes que Barroso attribue à la politique au champ d'application des cours constitutionnelles.

En faveur de Barroso, resterait encore l'argument que, bien que soumis au même type de pression, le judiciaire serait en fait plus indépendant en raison de la durée de vie et de l'absence de pressions du cycle électoral, et donc plus susceptible de résister ou de réagir aux pressions.

À ce stade, cependant, il y aurait deux problèmes à résoudre. Le premier concerne un présupposé de virtuosité des juges par rapport à des problèmes autres

que la limitation des mandats et le cycle électoral, tels que les cas de partialité partisane ou même de corruption. Le second, en rapport avec les implications du premier, est que loin d'être un argument automatique en faveur de la thèse d'une fonction majoritaire des Cours, cette indépendance, une fois assumée, révèle un rôle ambigu en matière de représentation.

En effet, Barroso semble supposer que les juges décideront toujours, lorsqu'ils exercent la fonction majoritaire, conformément à la loi et aux « sentiments majoritaires ». On ne sait cependant pas dans quelle mesure la loi contraint réellement les magistrats sur un plan empirique. En ce sens, il convient de rappeler des modèles empiriques tels que le « modèle des attitudes », qui a inauguré tout un programme de recherche qui suggère que le déterminant des décisions des juges serait leurs valeurs idéologiques sincères juxtaposées aux stimuli factuels offerts par les affaires (cf. SPAETH, SEGAL, 2002), plus que la lettre de la loi ou de la jurisprudence. Bien que ce modèle soit aujourd'hui confronté à un certain nombre de défis, le débat sur ses mérites et ses limites est loin d'être terminé.<sup>9</sup>

En ce qui concerne plus spécifiquement le Brésil, il convient de noter que des recherches soulignent, même en l'absence de relation claire entre les indications et les positions, l'utilisation éventuelle de discours politiques explicites par les Ministres du STF (SILVA, 2018, p. 50). Plus important encore, il existe également un programme de recherche en cours qui remet en question, par exemple, l'utilisation des demandes de délai supplémentaire par les ministres, dont les données ne concordent pas avec l'idée que ces demandes sont toujours liées à la nécessité d'étudier le cas, sa complexité ou la quantité de travail des Ministres (ARGUELHES ; HARTMANN, 2017, p. 127). De telles données suggèrent une utilisation stratégique possible des règles internes de la cour pour affirmer des préférences ou des thèses individuelles, ce qui serait incompatible avec l'idée normative de la représentation d'un sentiment majoritaire ou d'une intervention des lumières.

Ces exemples nous amènent à nous demander si l'isolement politique des juges constitue un avantage ou un désavantage, car certains des principaux moyens de *accountability* qui pèsent sur les politiciens élus sont absents. En ce sens, la mauvaise utilisation des fonctions proposées par Barroso, une fois ces fonctions

---

9 Pour une revue du modèle d'attitude, de ses principaux défis et des agendas possibles dans ce domaine de recherche, cf. Gerhardt (2003).

légitimées, semble plus difficile à combattre que la mauvaise utilisation attribuée aux fonctions politiques au sens strict.

Mais ce n'est pas seulement des caractéristiques supposées intrinsèques au système judiciaire que Barroso supprime les prémisses de la possibilité d'une interprétation privilégiée du « sentiment majoritaire », se référant également à la structure et aux conditions du processus judiciaire. Les autres avantages du pouvoir judiciaire seraient uniquement d'agir à l'initiative des parties, d'avoir l'obligation d'écouter les parties intéressées et de justifier leurs décisions (BARROSO, 2015, p. 40).

En ce sens, il est possible d'accorder à Barroso que la structure contradictoire du processus, et l'obligation qui en découle d'entendre les parties en fait, est, au moins dans un plan normatif, un avantage du pouvoir judiciaire. Cet avantage, cependant, semble consister beaucoup plus dans l'analyse des questions factuelles ou juridiques soulevées par les plaideurs contradictoires que dans la résolution de questions sociales controversées ou de conflits polycentriques, impliquant une myriade de points de vue, de faits sociaux ou de questions techniques imbriquées (cf. ELHAUGE, 1991, p. 77-79).

En outre, comme on l'a déjà souligné, l'inertie des juges, combinée à la structure contradictoire, favorise que les justiciables disposant de plus de ressources et, par conséquent, d'un accès à de bons avocats, occupent plus de l'ordre du jour du judiciaire que les autres acteurs privés de ces biens, faisant ainsi du judiciaire un instrument asymétrique d'adjudication de droits ou politiques pour les minorités. En entrant plus à juste titre dans le débat empirique, du moins dans le cas de la soi-disant « judicialisation de la santé », il existe déjà suffisamment de preuves pour conclure qu'un volume considérable de ressources, qui aurait pu être appliqué en faveur de programmes collectifs, a été approprié par une petite minorité de justiciables pour le coût des traitements personnels (cf. FERRAZ, 2010).

Dans le même sens, la justification des décisions, qui devrait être la règle pour toute autorité publique, ne semble pas dénuée de problèmes en ce qui concerne le pouvoir judiciaire. Dans ce contexte, une étude empirique influente de José Rodrigo Rodriguez défend, par exemple, l'existence d'un déficit important dans la justification des décisions judiciaires au Brésil, y compris dans les cours supérieures, qui, il n'est pas rare, obéiraient à une structure basée sur de simples

invocations d'autorité et des agrégations d'opinions (cf. RODRIGUEZ, 2013, p. 80 et suiv.).

Ainsi, il existe des preuves rassemblées dans divers arguments et études empiriques qui montrent que les thèses de Barroso sont loin d'aller de soi. Vouloir qu'ils soient suffisants pour opposer les thèses du Ministre, cependant, serait encourir la même erreur qui est critiquée, puisque je n'ai présenté que, ou un peu plus, que des contrepoints aux thèses empiriques du Ministre. Remplissant la fonction d'étrangeté et de nuance dans cette section, il faut maintenant passer à un plan suivant, plus central.

Le fait est que l'on sait peu de choses sur les fonctions majoritaire et illuministe du STF, si ce n'est l'hypothèse selon laquelle le pouvoir judiciaire serait souvent de meilleurs interprètes du « sentiment majoritaire » (BARROSO, 2015, p. 39) dans les termes déjà mentionnés ou la formidable affirmation selon laquelle il lui appartiendrait, à certains moments de sa vie institutionnelle, de « pousser l'histoire quand elle bloque » (BARROSO, 2015, p. 42). Et là semblent se trouver les plus grandes faiblesses des thèses de Barroso.

#### **1.4. Qu'est-ce que cela signifie, après tout, d'interpréter le « sentiment de la majorité » et « pousser l'histoire » ?**

Comme on l'a vu, Barroso défend, sur la base des affirmations empiriques dont nous avons discuté dans la section précédente, que le pouvoir judiciaire serait mieux interprète du « sentiment majoritaire » car il apporterait avec lui des caractéristiques telles que l'investissement de ses cadres par appel d'offres public, le savoir spécialisé, la vie, l'inertie et le devoir de justifier ses décisions. Pour que ces qualités se traduisent en représentation, il faudrait cependant supposer une certaine capacité cognitive des juges à connaître le « sentiment majoritaire » et à le convertir en décision judiciaire.

Mais quel serait le « sentiment majoritaire » ? Barroso soutient, d'une part, que « aux États-Unis, des décennies d'études empiriques démontreraient l'inclination majoritaire de la Cour constitutionnelle » (BARROSO, 2015, p. 41), et les études connexes pour corroborer l'argument traitent fondamentalement des sondages d'opinion. À d'autres moments, en revanche, comme lorsque Barroso dit qu'il appartient à la Cour constitutionnelle d'interpréter « le sentiment so-

cial, l'esprit de son temps et le sens de l'histoire », le Ministre semble se référer non pas à une majorité d'individus globaux, mais à une entité ou un fait social, à saisir par le travail herméneutique. Les deux significations, cependant, impliquent des problèmes jamais affrontés par le Ministre.

Si le premier sens est en fait celui prôné par Barroso, c'est-à-dire si représenter la volonté de la majorité signifie représenter la volonté de la majorité mesurée par les sondages d'opinion, il semble y avoir une surestimation de l'opinion en tant que facteur susceptible de fournir une base normative à l'exécution générale de la cour et à la décision judiciaire, en plus de promouvoir une fausse équivalence entre les majorités des sondages d'opinion et les décisions selon la règle de la majorité pour l'investissement des représentants ou des voix dans le cadre législatif.

Tout d'abord, Barroso ne semble pas considérer une différence fondamentale entre les majorités qui élisent les représentants de l'exécutif ou du législatif et les majorités mesurées par les sondages d'opinion à un niveau normatif : dans le premier cas, il y a une expression sans équivoque de l'autonomie au moyen d'une règle de procédure, la règle de la majorité, tandis que dans le second cas, il n'y a qu'une mesure momentanée des opinions et, néanmoins, par échantillonnage.

Cela ne veut pas dire, bien sûr, que les sondages d'opinion n'ont pas leur rôle dans le débat démocratique, mais de la contre-intuitivité même du remplacement des élections ou des délibérations du Congrès par des sondages d'opinion, il est possible de déduire la distance normative entre ceux-ci et ceux-là. Comme on le verra ci-dessous, cette distance augmente encore plus si Barroso entend donner à sa thèse des fonctions représentative et illuministe une base délibérative.

Le deuxième sens du « sentiment majoritaire » semble souffrir de problèmes encore plus grands. Quelle serait exactement la signification de termes tels que « sentiment social », « esprit du temps » ou « sens de l'histoire » comme l'a souligné Barroso ? Ce questionnement n'est pas une préciosité puisque Barroso présente ces termes comme des paramètres de l'activité herméneutique du juge constitutionnel (BARROSO, 2015, p. 47). Quel que soit le sens des termes mobilisés, défendre, sans soutenir, une sorte de réalisme ou de cognitivisme par rapport aux termes qu'il aborde ne reviendrait pas à présumer de la capacité

cognitive locale des juges à les saisir. Barroso semble cependant le faire en défendant les prétendues conditions privilégiées évoquées précédemment, telles que l'investiture par appel d'offres public, l'expertise, l'obligation de justifier, etc. Si tout cela est en faveur de la thèse, cependant, cela semble très peu au prétexte soulevé.

Comme présenté, en effet, la thèse de Barroso semble présumer, à la fois, de l'érudition, de la connaissance des faits pertinents, de la maturité éthique et de la priorité des connaissances juridiques sur les autres (cf. TORRANO, 2016), ignorant les risques institutionnels tels que la prévalence de l'intérêt personnel, avec la formulation d'arguments biaisés et une confusion possible entre le point de vue personnel et le point de vue juridique (cf. TORRANO, 2019, p. 320).<sup>10, 11</sup> Le fondamental, à ce stade, est que la rationalité judiciaire capable de représenter le sentiment majoritaire ou de « pousser l'histoire quand elle se bloque », semble être seulement et à tout moment présupposée, sauf par les appels empiriques aux « avantages » déjà mentionnés du pouvoir judiciaire. Comme Thomas Bustamante l'a récemment noté, Il n'y a pas chez Barroso, dans la proposition des nouvelles fonctions de la juridiction constitutionnelle, comme on le trouve généralement dans des thèses plus ambitieuses concernant le rôle des cours constitutionnelles dans une démocratie, comme Dworkin, le souci d'offrir une discipline de l'argument ou un type particulier de justification comme garanties de la responsabilité revendiquée (BUSTAMANTE, 2018).

10 Les critiques de Bruno Torrano dans les textes mis en évidence ne portent que sur la thèse de la « fonction illuministe de La Cour suprême » Je l'étends ici comme la fonction représentative parce que je comprends que, dans le sens employé par Barroso, cette fonction nécessiterait, en plus d'autres, les mêmes types de prémisses supposées pour la fonction illuministe.

11 Il est curieux que Barroso, dans la dernière formulation sur les fonctions représentatives et illuministe, ait pris ces risques, déclarant, par exemple, qu'il peut y avoir des influences idéologiques, institutionnelles et même stratégiques dans les décisions judiciaires, répondant seulement à croire que la loi conservera toujours un degré d'autonomie pertinent (BARROSO, 2018, p. 2.195). Ainsi, il ne semble pas y avoir eu d'engagement dialectique avec ces risques, afin de redimensionner les thèses proposées. Les problèmes de l'intrusion d'éléments « extérieurs » au droit, cependant, si les fonctions proposées par Barroso sont acceptées, elles semblent avoir le potentiel même d'être aggravés, encore plus lorsque l'utilisation générique et assez répétée du terme « sentiment » comme base normative est acceptée, ce qui rapproche la thèse du Ministre d'une sorte d'intuitionnisme juridique qui, en faisant appel à une prétendue vérité évidente, peut même endommager l'espace des arguments (cf. ALEXIS, 2001, p. 48-49). Fait intéressant, en ce sens, l'appel de Barroso à un sentiment social rend sa thèse plus proche d'un romantisme philosophique que d'illuminisme voulue (FELIPPE, 2019).

Même si nous admettions l'existence ou même la pertinence d'un « sentiment majoritaire » dans l'herméneutique constitutionnelle et supposons que les juges sont capables de connaître ce sentiment et de le justifier adéquatement, il resterait cependant le doute que ces mêmes juges puissent convertir tout cela en dispositions judiciaires adéquates. Dans ce sens, Barroso ne semble pas tenir compte des capacités institutionnelles des tribunaux eux-mêmes et de leur, en particulier, pour traiter certaines questions complexes, ni même des effets dynamiques des décisions sur une myriade d'acteurs (cf. SUNSTEIN, VERMEULE, 2002, p. 886).

Comme Jeremy Waldron l'a noté, bon nombre des questions relatives aux droits n'ont pas un caractère binaire mais multiforme<sup>12</sup> (WALDRON, 2006, p. 1.376), ce qui implique souvent des choix et des conceptions institutionnels complexes qui échappent au langage et aux possibilités bien réelles de la compétence constitutionnelle. Il semble, cependant, dans le sillage d'une tendance de la pensée juridique contemporaine, Barroso semble vouloir, au mieux, déduire de la reconnaissance de certains droits ou principes fondamentaux le moment de l'imagination institutionnelle qui leur donne du concret (UNGER, 1996, p. 53). Dans le pire des cas, ce moment semble être simplement ignoré.

Il serait toutefois possible de nuancer toutes ces critiques si l'on considère que Barroso ne propose pas de remplacer les pouvoirs politiques par la compétence constitutionnelle, puisque le ministre soutient que la fonction majoritaire ne s'exerce que dans « certains contextes » (BARROSO, 2015, p. 39) et que les pouvoirs politiques auraient une préférence générale pour traiter des questions d'intérêt pour l'état et la société (BARROSO, 2015, p. 45). Alors, à quel moment les juridictions constitutionnelles doivent-elles agir ? Selon Barroso, il ne devrait être imposé que si « l'opposition à la Constitution est évidente, s'il y a un affront au droit fondamental, un compromis des présupposés de l'état démocratique ou face à l'omission du pouvoir législatif » (BARROSO, 2015, p. 45).

Le champ d'application offert par le Ministre semble cependant très peu expliciter, puisque tous les contextes prévus par le Ministre peuvent être compris par ses fonctions habituelles telles que prévues aux articles 102 et 103 de la Constitution fédérale. De plus, la simple prédiction du moment d'agir ne revient

---

12 En citant cet argument, bien sûr, je n'assume pas la critique de Waldron à l'égard de la compétence constitutionnelle dans toute son étendue ou son intensité.

pas à démontrer comment agir ou au nom de quoi agir, puisque les fonctions proposées consistent en des thèses normatives sur les fonctions de la compétence constitutionnelle. En ce sens, comme dans le cas de la justification, du raisonnement ou de la constrictio argumentative exigée pour une représentation du sentiment majoritaire ou pour une intervention illuministe, les conditions d'exercice des fonctions proposées semblent également ésotériques.

En outre, les contextes proposés par Barroso pour l'exercice des nouvelles fonctions, s'ils sont pris au sérieux, devraient l'obliger à un recadrage ou à un redimensionnement de ses thèses ou à un recadrage de sa sociologie des pouvoirs. En effet, compte tenu des descriptions fournies par le ministre, il n'est pas clair pourquoi les pouvoirs « associés globalement au dysfonctionnement, à la corruption et à la capture par des intérêts privés » (BARROSO, 2015, p. 38) devraient continuer à privilégier les questions d'intérêt de l'État et de la société plutôt qu'un pouvoir plus méritocratique, démocratique et rationnel (BARROSO, 2015, p. 40).

De ces problèmes, nous avons que les notions mêmes de fonction représentative et d'illumination ne sont pas claires, ni le type particulier de justification qu'elles exigeraient, ni les compétences cognitives pour le faire et, enfin, ni les moments efficaces dans lesquels elles devraient être employées. Il resterait cependant à remettre en cause le fondement ultime de la légitimité attribuée par Barroso à l'exercice de ces fonctions, l'idée que la Cour constitutionnelle aurait le rôle de « représentant argumentatif de la société ».

### 1.5. Quelle théorie de la démocratie ?

Comme on l'a vu précédemment, Barroso cherche dans Alexy, selon sa propre interprétation, l'idée que la cour constitutionnelle serait autorisée à apparaître en tant que représentant du peuple par une « légitimation discursive » de sa performance. Ainsi, la réconciliation entre la représentation et la compétence constitutionnelle se ferait à travers un « projet d'institutionnalisation de la raison et de correction par les juges » (BARROSO, 2015, p. 41).

La première chose qui attire l'attention dans le jugement de la thèse d'Alexy, lorsque nous allons directement au texte mentionné, est que la thèse elle-même ne semble pas suffisante pour l'affirmation positive d'une modalité particulière



de compétence constitutionnelle (cf. KUMM, 2012, p. 202), attestant seulement la compatibilité entre la compétence constitutionnelle et la démocratie sous certaines conditions. Il n'y a rien dans le texte d'Alexy cité par Barroso, par exemple, indiquant que les tribunaux devraient interpréter le sentiment majoritaire (BARROSO, 2015, p. 40), se pencher sur les positions majoritaires ou s'aligner sur les exigences de la société (BARROSO, 2015, p. 41).

En fait, Alexy établit une identification avec ce que le « peuple pense vraiment » dans un sens délibératif, comme condition de légitimation démocratique des décisions de la Cour suprême. Ceci en ce sens que la cour, lorsqu'elle statue, doit se soumettre, à des fins de légitimité, à l'examen de sujets rationnels qui signent sur l'exactitude ou la solidité de leurs décisions. À ces sujets rationnels, le philosophe allemand a surnommé les gens constitutionnels (ALEXY, 2005, p. 580).

Comme on le perçoit, cela a peu à voir avec le filtrage, par des décisions judiciaires, des sentiments ou des demandes diffuses de la société (cf. ALEXY, 2005, p. 580). En ce sens, en particulier en ce qui concerne la fonction illuministe, Barroso semble ignorer que la cour, dans le schéma formulé par Alexy ne posséderait pas de légitimité volontaire (ALEXY, 2005, p. 579), et ne peut donc pas orienter la volonté de la société dans une certaine direction.

Pourtant, Barroso ne semble pas considérer suffisamment les conditions, assez exigeantes, imposées par Alexy pour l'exercice de la représentation argumentative, qui selon le philosophe allemand serait 1) l'existence d'arguments solides ou corrects et 2) l'existence de personnes rationnelles, capables et disposées à reconnaître ces arguments comme solides et corrects.

En ce qui concerne ces conditions, il faut se rappeler, tout d'abord, que, dans le renflement de la théorie discursive d'Alexy, des arguments solides ou corrects proviendraient de la correction apportée par la procédure du discours, dont les règles exprimeraient les conditions de l'argument pratique rationnel (ALEXY, 2011, p. 26). En ce sens, le discours juridique, en tant que cas particulier du discours pratique général, exige également des règles de correction, même si elles sont soumises à des limitations propres au droit.<sup>13</sup>

---

13 En ce sens, Alexy soulève des règles de justification, telles que la nécessité de présenter au moins une norme universelle pour justifier un jugement juridique, l'obligation du jugement juridique de suivre logiquement au moins une norme universelle avec d'autres énoncés, la priorité des arguments qui expriment un lien avec le contenu littéral de la loi ou avec la volonté du législateur et l'examen de tous les arguments qui peuvent être proposés. Il établit

Fait intéressant, Barroso ne semble pas incorporer dans ses thèses les règles du discours d'Alexy en tant qu'idéaux réglementaires pour l'exercice des fonctions représentative et illuministe, en prenant, comme nous l'avons déjà noté, la rationalité des juges comme présupposé, sans offrir d'autres garanties que « éviter l'arrogance » (BARROSO, 2015, p. 41), d'exercer la compétence avec parcimonie (BARROSO, 2015, p. 42) ou de combiner prudence et audace (BARROSO, 2015, p. 47).

D'autre part, l'exigence d'un nombre suffisant de personnes capables d'accepter des arguments solides et corrects, en termes de théorie du discours, en plus de ses problèmes internes, remettrait en cause la propre affirmation de Barroso selon laquelle la cour exerce un type de représentation qui consiste à filtrer herméneutiquement les désirs, les demandes et les sentiments, car dans ce cas, elle ne serait pas devant un processus délibératif entre représentants et représentés, égaux en revendication de rationalité, mais d'une médiation démiurgique entre la volonté et la raison. Ce dernier, ayant pour siège la juridiction constitutionnelle.

Pourtant, même si nous avons ignoré tous les problèmes posés et supposé une réception réussie d'Alexy par Barroso et, par conséquent, l'idée de représentant argumentatif en tant qu'idéal normatif pour la performance du STF, il serait nécessaire d'examiner si la conception institutionnelle de la Cour suprême brésilienne soutient ce type d'idéal normatif. En ce sens, il faut considérer que aujourd'hui le STF est loin de fonctionner comme un tribunal délibérant au sens revendiqué par Alexy, puisque ses décisions sont basées sur la somme des votes produits avant les sessions, sans garanties de délibération préalable ou ultérieure et, souvent, avec un type de raisonnement juridique qui fait des juges plus des avocats de leurs propres thèses que des appréciateurs de toutes les raisons disponibles (cf. SILVA, 2003), comme exige, en fait, la théorie du discours.

---

également des règles d'argumentation dogmatique, telles que la nécessité de justifier l'ensemble de l'énoncé dogmatique en employant au moins un argument pratique général, l'obligation que l'ensemble de l'énoncé dogmatique puisse réussir une justification systématique et l'obligation d'utiliser des arguments dogmatiques s'ils peuvent être utilisés. Il établit également des règles sur l'utilisation des précédents, comme l'obligation de citer un précédent pour ou contre une décision, si cela peut être fait ou supporter la charge de l'argumentation chaque fois que l'on veut annuler un précédent (cf. ALEXY, 2001, p. 218 et suiv.).

Le principal problème de l'utilisation d'une théorie de la démocratie délibérative pour justifier les actions majoritaires et illuministe de la Cour, cependant, ne semble pas y avoir un problème d'interprétation, et la pertinence des références et un décalage empirique avec la structure institutionnelle de la Cour suprême du Brésil, mais avec la contradiction entre l'idéal normatif et la façon dont les fonctions représentative et illuministe sont présentées en premier lieu.

Tant par référence aux qualités empiriques du judiciaire que par une mesure quantitative de l'opinion publique, fondée sur l'idée de majorité<sup>14</sup> ou sur la mesure des « sentiments » ou des « exigences », Barroso ne semble pas voir dans les personnes à qui la cour devrait représenter un partenaire dans une entreprise délibérative, il appartient seulement à la juridiction constitutionnelle d'identifier le camp de la majorité ou de traduire les sentiments et les exigences dans les décisions judiciaires. En ce sens, l'épigraphe, attribuée à Etienne Lamy, qui ouvre la section consacrée à discuter de la fonction représentative du STF est clarifiant : « le grand art en politique n'est pas d'écouter ceux qui parlent, c'est d'écouter ceux qui se taisent » (BARROSO, 2015, p. 39).<sup>15</sup>

En ce qui concerne la fonction illuministe, cette contradiction apparaît encore plus évidente. Citant les cas d'unions homoaffectives et l'interruption de la gestation des fœtus anencéphales comme exemple de la fonction illuministe exercée par la Cour, Barroso a critiqué les juristes qui s'opposaient aux décisions pour la façon dont elles étaient prises, déclarant qu'il n'était pas « un bon critère de placer la procédure au-dessus du résultat » ou les « principes formels de la démocratie au-dessus des principes matériels d'égalité et de dignité » (BARROSO, 2015, p. 42). Ici encore, l'idéal normatif délibératif emprunté d'Alexy, qui était censé servir de base à l'actuation majoritaire et illuministe de la cour, est non seulement oublié, mais méprisé au nom d'une clarté apparente du juge sur le contenu matériel de l'égalité et de la dignité.

---

14 Il convient de noter que les sondages d'opinion ne peuvent pas toujours être identifiés à un idéal démocratique fondé sur l'agrégation des préférences, car ils peuvent refléter, à un moment donné, des processus délibératifs en cours dans la société. Le point, cependant, est que les sondages d'opinion ne peuvent pas être assimilés à ces mêmes processus.

15 En fait, Barroso va même jusqu'à affirmer que « le protagoniste de la démocratie délibérative est la société civile » (BARROSO, 2018, p. 2.200), sans toutefois intégrer dans ses thèses le dialogue et les termes du dialogue entre les décisions représentatives et illuministes et les débats actuels dans la société civile, qui apparaît toujours comme porteur de désirs, d'exigences ou de sentiments, mais jamais comme partenaire rationnel. Il manque chez Barroso, entre autres choses, une théorie sur la circulation du rapport entre les pouvoirs et la société, comme on peut le trouver dans beaucoup de théories vraiment délibératives.

En fin de compte, le mépris de la délibération démocratique énoncé dans ce passage et présent dans les arguments exposés dans les sections précédentes montre la revendication d'une « illuminisme » plutôt *sui generis*. Barroso cite comme l'une des références de la tradition illuministe, à laquelle il entend se joindre, le pamphlet « Qu'est-ce que les lumières » d'Emmanuel Kant (BARROSO, 2018, p. 2.207-2.208). Au début de ce texte, nous avons appris que cette tradition traite, selon le philosophe allemand de retirer l'être humain de la minorité, ce qui consisterait en « l'incapacité d'utiliser la compréhension sans la direction d'un autre » (KANT, 2012).

En ce sens, rien ne semble moins illuministe que d'assumer sans démontrer, sans proposer une sorte de constriction de la pensée ou de la procédure réflexive, la capacité d'un pouvoir à représenter la majorité ou à pousser l'histoire dans une certaine direction. Ici, il se retrouve à la fois dans une raison assumée, mais jamais détruite, et dans un fétichisme du concept, qui malgré l'attrait de sa sonorité, semble contenir très peu au-delà de la volonté de l'auteur.

## Références bibliographiques

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. [s.l.] Landy Ed., 2001.

\_\_\_\_\_. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n° 572, p. 578 e ss., 2005.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018.

BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. [s.l.] Yale University Press, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas. *O Iluminismo do senso comum*. Palestra proferida no Colóquio Direito, Desacordo e Valor: o debate entre Waldron e Dworkin, 2018. Disponible en : <<https://www.youtube.com/watch?v=brL0hxlxEZ4&t=1154s>>. Accès sur : 21 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponible en : <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>>. Accès sur : 2 juil. 2019.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012.

DE ALMEIDA, F. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, n. 97, p. 213-252, 2016.

ELHAUGE, E. R. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? *The Yale Law Journal*, v. 101, n. 1, p. 31, out. 1991.

FELIPPE, Marcio Sotelo. O gato preto do ministro Barroso e as ilusões juridicistas. *Revista Cult*. 2019. Disponible en : <<https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-stf/>>. Accès sur : 21 nov. 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from brazil. *Texas Law Review*, v. 89, n. 1.643, 2010.

FONTAINHA, F.; JORGE, T. F. S.; SATO, L. S. S. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). *Revista de Ciências Sociais: RCS*, v. 49, n. 2, p. 93-131, 2018.

GERHARDT, M. J. Attitudes About Attitudes. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 1.733, 2002.

GRABER, M. A. The countermajoritarian difficulty: From courts to congress to constitutional order. *Annual review of law and social science*, v. 4, p. 361-384, 2008.

KANT, Immanuel. *Textos Seletos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

KLARMAN, Michael. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *Geo. LJ*, v. 85, p. 491, 1996.

KUMM, Mattias. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *Geo. LJ*, v. 101, p. 113, 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. *Insight Inteligência*, v. XX, n. 79, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. [s.l.] Cambridge University Press, 2002.

SILVA, J. M. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos*, n. 110, p. 34-54, 2018.

SILVA, V. A. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 885, 2002.

TORRANO, Bruno. Supremo não pode ter papel iluminista. *Conjur*, 2016. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acesso sur : 6 nov. 2019.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. [s.l.] Boitempo Editorial, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann Burgos. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115 (6), 2006.

## 2. Contrôle de constitutionnalité et réactions législatives en matière fiscale : qui a le dernier mot ?

Celso de Barros Correia Neto<sup>16</sup>

### 2.1. Introduction

Cet article traite du rôle des pouvoirs législatif et judiciaire dans l'interprétation constitutionnelle au Brésil, et analyse les réactions législatives pratiquées par le Congrès national en réponse aux décisions de la Cour suprême (STF), en particulier en matière fiscale.

Qui a le dernier mot sur la loi au Brésil ? Qui devrait être l'interprète de la Constitution ? Qui a le droit d'offrir l'interprétation législative « définitive » ? Ces questions font référence au thème du protagonisme du pouvoir judiciaire et aux affrontements, de plus en plus fréquents, entre l'autorité législative et judiciaire, en particulier celle exercée par le STF.

L'étude cherche à retracer le profil institutionnel de l'organe, à partir de ses devoirs constitutionnels et de son rôle de « gardien de la Constitution », pour ensuite analyser la manière dont le Congrès national répond aux délibérations de la cour en matière de contrôle de la constitutionnalité, en insistant surtout sur les causes de nature fiscale.

Le texte est structuré en trois parties. La première est consacrée à l'identification des facteurs qui ont contribué à l'élargissement du rôle de la cour dans les affrontements politiques au détriment de l'autorité du Congrès national. La deuxième partie cherche à identifier les principales formes de réaction législative à l'action du STF par le Congrès National. La troisième applique ces notions aux affaires fiscales, en exploitant les précédents de la cour et les mesures adoptées en retour par le pouvoir législatif.

---

16 Docteur en droit à l'Université de São Paulo. Avocat, conseiller législatif de la Chambre des Députés et professeur de L'Institut Brésilien de Droit Public [Instituto Brasileiro de Direito Público]. Courriel : celso@medeirosbarroscorreia.com.br



Par conséquent, la recherche a examiné non seulement la littérature juridique et politique sur le sujet, mais surtout l'expérience brésilienne concrète, par la sélection et l'analyse des juges du STF et des propositions législatives qui s'y rapportent. Il est à espérer que ces travaux contribueront à faire la lumière sur la relation entre le Congrès national brésilien et la Cour suprême, en particulier en ce qui concerne les décisions en matière fiscale.

## 2.2. Profil institutionnel et protagonisme du STF

L'interprétation de la Constitution est devenue une question centrale dans le débat politique contemporain avec l'importance croissante des cours constitutionnelles. De plus en plus, la compétence constitutionnelle est appelée à arbitrer les conflits sociaux pertinents et les conflits institutionnels graves, sur la base de l'interprétation de la Constitution elle-même.

Le phénomène ne se limite pas au Brésil ou à la France. Il peut être considéré, dans une large mesure, comme un produit de l'adoption de constitutions écrites et rigides (VIEIRA, 2008), de la reconnaissance de leur force normative, ainsi que de la création d'organes de consolidation – C'est-à-dire de Cours Constitutionnelles – chargés de contrôler la production législative par rapport au texte constitutionnel.

Les critiques de la suprématie judiciaire et du déficit démocratique inhérent au processus décisionnel des tribunaux, en particulier en matière de contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, sont particulièrement connues par la doctrine étrangère (WALDRON, 2006). Au Brésil, la question revêt une gravité particulière, en raison du profil du texte constitutionnel en vigueur et des pratiques institutionnelles qui se sont développées sur sa base, en particulier au cours des deux dernières décennies. Étendue et détaillée, la Charte brésilienne de 1988 a élargi la liste des droits et garanties fondamentaux et considérablement élargi le rôle et les instruments d'action de la Cour suprême, la plaçant au centre du débat politique national contemporain.

Oscar Vilhena Vieira utilise le terme « Suprémocratie »<sup>17</sup> pour désigner l'étendue des pouvoirs et des performances du STF. Dans les mots de l'auteur :

---

17 « Supremocracia » en portugais.

La suprématie est le pouvoir sans précédent conféré à la Cour Suprême Fédérale de donner le dernier mot sur les décisions prises par d'autres pouvoirs concernant un large éventail de questions politiques, économiques, morales et sociales, y compris lorsque ces décisions sont transmises par des amendements constitutionnels. La suprématie est une conséquence de la méfiance envers la Politique et de l'hyperconstitutionnalisation de la vie Brésilienne. (VIEIRA, 2018, p. 162).

L'ampleur des questions soulevées, en 1988 au niveau constitutionnel, combiné avec l'absence de mécanismes efficaces pour contenir le nombre d'actes qui affectent l'extraordinaire exemple, l'augmentation de la demande qui pèsent sur la cour et, avec cela, la discrétion de la cour dans la formulation de son ordre du jour et, par conséquent, son agenda politique. La collection actuelle<sup>18</sup> du STF approche 32 mille réalisations. Il y a plus d'un millier d'affaires prévues, prêtes à être jugées en Plénière.<sup>19</sup> La surpopulation de l'ordre du jour de la plénière, avec de nombreuses réalisations en attente d'un jugement collégial, encourage dans la pratique l'expansion des décisions monocratiques, justifiées à la fois par l'urgence de la décision et la trivialité des sujets examinés, en plus d'élargir le pouvoir discrétionnaire du président dans la définition du calendrier de jugement de la Cour.

L'autre face de la médaille est la rétraction conséquente de la liberté dans le domaine politico-législatif et, dans le cas de la Charte Brésilienne, la nécessité de réformes constitutionnelles fréquentes pour la révision d'un certain nombre de sujets atypiquement élevés au plateau constitutionnel. Il est rare que le texte de la Constitution Fédérale ne soit pas modifié et que le nombre d'amendements dépasse déjà une centaine.

La Cour Suprême a par une décision finale de la Constituante originaire de trois rôles différents : il est le contrôle de la constitutionnalité (le plus souvent restrictive) des règlements, à la manière d'une Cour Constitutionnel ; il est la dernière instance dans le pouvoir judiciaire chargé de connaître, en appel, les litiges constitutionnels suscités par un contrôle diffus, et il est aussi une instance qui est spécifique à certains procès civils, en mettant l'accent sur les questions des

18 Jusqu'au 10/1/2020.

19 Les chiffres comprennent à la fois la plénière physique et les jugements « virtuels ». Les données sont disponibles sur le site Internet de la Cour : <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=explicacervo>>. Consulté le : 10/1/2020.

États (art. 102. , I, f), et dans les affaires pénales impliquant un gouvernement de haut niveau (art. 102. I, b et c).

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant qu'un organe aussi complexe et puissant, doté de telles attributions et prérogatives, ait acquis, au fil des décennies, un rôle prépondérant parmi les institutions politiques dans l'issue des principales questions de la République. En quelque sorte, la Cour jouerait un rôle de premier plan simplement en exerçant les attributions institutionnelles qui lui sont conférés par la Constitution de 1988. Cependant, comme on le sait, la réalité est quelque peu différente.

Le profil actuel du STF résulte du large éventail de compétences et d'instruments qui lui ont été attribués par la Charte de 1988 et également de la manière dont ces compétences ont été réinterprétées et remaniées, soit par des réformes constitutionnelles formelles, soit par des modifications constitutionnelles, soit par des réformes informelles ou herméneutiques, soit par des dispositifs de réinterprétation du texte original.

Les sujets suivants traitent des compétences et du profil institutionnel définis par la Constitution pour le STF, ainsi que des facteurs qui ont contribué au rôle de la Cour dans le débat public actuel, y compris en matière fiscale.

### **2.2.1. Élargissement du rôle du STF dans la Constitution de 1988**

Il n'est pas simple d'identifier les étapes ou les éléments qui ont conduit au rôle actuel du STF dans le débat politique. Mais il faut reconnaître que bon nombre des pratiques qui font aujourd'hui de la cour un espace important de débat politique ont un soutien direct et une disposition spécifique dans le texte original de la Constitution de 1988 ou dans les diverses dispositions qui ont été ajoutées par amendement constitutionnel.

Le texte constitutionnel de 1988 a donné de larges pouvoirs institutionnels au STF, pas seulement ceux typiques d'une Cour Constitutionnelle. Le contrôle de la constitutionnalité, prévu dans l'ordre juridique depuis 1890 – dans le décret no 848/1890 – et dans la Constitution depuis la Charte de 1891, est élargi et a gagné en importance. Le nombre et l'hétérogénéité des autorités et entités habilitées à provoquer la compétence initiale de la Cour font certainement partie des facteurs qui corroborent le nombre de faits et de questions rencontrés.

Auparavant réservée au monopole du Procureur Général de la République, la légitimité de proposer une action directe d'inconstitutionnalité a été ouverte à différentes autorités publiques (*par exemple* Président de la République, Gouverneurs d'État, Bureau du Sénat Fédéral et Bureau de la Chambre des députés) et entités de la société civile (*par exemple* Confédération syndicale ou entité de classe nationale) (art. 103, CF/88).<sup>20</sup>

La légitimité de tout parti politique représenté au Congrès national à proposer une action directe au sein du STF a donné aux associations d'opposition un accès direct au tribunal et a souvent transformé le tribunal en troisième instance de débat politique – en plus de la Chambre des députés et du Sénat fédéral. L'action, dans certains cas, est devenue un véritable instrument juridique de l'opposition parlementaire, après la fin du débat législatif.

Dans d'autres situations, l'imposition d'un mandat de sécurité par des députés fédéraux ou des sénateurs de la République crée, pour le tribunal, une possibilité d'ingérence directe dans le cours des délibérations des chambres du Congrès National, au motif d'assurer une procédure régulière. L'application du *writ* a également été admis sous l'égide de la Constitution de 1967/69, dans l'arrêt du mandat de sécurité 20.257, déposé par les sénateurs de la République contre le traitement d'un projet d'amendement constitutionnel qui prolongeait la durée du mandat des maires, des maires adjoints et des conseillers municipaux (Brésil, 1980).

Dans le cadre du contrôle constitutionnel, la compétence de la cour, en plus des lois et des actes normatifs, comporte également des omissions – y compris législatives. De telles décisions contestent la construction de solutions qui valorisent l'autorité du texte constitutionnel et l'exercice de la compétence constitutionnelle sans empiéter sur les devoirs du Pouvoir Législatif. Les effets des jugements d'inconstitutionnalité par omission, en fait, sont parmi les questions les plus incitatives de la dogmatique constitutionnelle contemporaine (MENDES, 2012, p. 419 et suiv.).

Le STF juge également, en appel extraordinaire, les affaires jugées en seule ou dernière instance, concernant des questions constitutionnelles soulevées dans une procédure subjective, lorsque la décision attaquée : (1) contrevient

---

20 La même légitimation a ensuite été étendue à l'action déclaratoire de constitutionnalité (Amendement constitutionnel n° 45/2004) et à l'argument du non-respect d'un précepte fondamental (Loi n° 9882/1999).

à la constitution ; (2) déclarer l'inconstitutionnalité d'un traité ou d'une loi fédérale ; (3) juger la loi ou l'acte de gouvernement local valide contesté au regard de la Constitution ou (4) juger la loi locale valide contestée au regard de la loi fédérale. « Tout arrive, ou peut arriver, au STF à travers la ressource, en particulier par la ressource extraordinaire, comme c'est naturel pour le modèle », souligne Amaral Júnior (2019, p. 415).

Sa compétence comprend également la mission de poursuivre et de juger, à l'origine, dans les infractions pénales courantes, le Président de la République, le Vice-Président, les membres du Congrès national, leurs propres ministres et le Procureur Général de la République (art. 102, I, *a*), en plus d'autres causes de compétence initiale. C'est-à-dire de la Cour suprême, *par exemple*, la tâche de décider si un bref d'injonction, lors de l'élaboration de la norme réglementaire pour la cession du Président de la République, ou de l'une des Chambres du Congrès, ainsi qu'un recours pour excès de pouvoir et *habeas data* contre les actes du Président de la République, et du Bureau de la Chambre des représentants et du Sénat, de la Cour des Comptes de l'Union et du Bureau du Procureur Général de l'état et de la Cour Suprême.

Cette accumulation de documents garantit que peu d'affaires pertinentes peuvent, en fait, échapper à la connaissance de la Cour. Ceux qui ne sont pas soulevés au moyen d'une action directe ou de l'un des recours constitutionnels ne tarderont certainement pas à faire appel. C'est-à-dire, conformément à ce que dit Oscar Vilhena Vieira, d'une manière ou d'une autre, « tout au Brésil semble exiger un dernier mot de la Cour Suprême ». (2008).

### 2.2.2. Réformes constitutionnelles

Outre le plexus des pouvoirs déjà contenus dans le libellé original du texte de 1988, dans les années qui ont suivi sa promulgation, plusieurs amendements constitutionnels ont contribué à élargir davantage les pouvoirs et l'importance institutionnelle de la Cour. Certains exemples sont particulièrement illustratifs.

L'amendement constitutionnel n. 3/1993 a modifié le libellé du § 4 de l'art. 103 de la Constitution pour introduire l'action déclaratoire de constitutionnalité (ADC) avec « efficacité contre tous et effet contraignant, par rapport aux autres organes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique directe et

indirecte, dans les sphères fédérale, étatique et municipale ». Ainsi, la liste des actions directes soumises à la compétence du STF a été étendue.

L'amendement constitutionnel n. 45/2004 (« Réforme du système judiciaire ») allait dans le même sens. Il a introduit l'Institut de répercussion générale, qui devrait fonctionner comme un filtre de pertinence pour la connaissance des ressources extraordinaires, permettant l'extension de l'efficacité subjective des décisions de mérite rendues dans le contexte du jugement de ces ressources. Une fois la compréhension de la Cour établie, la même thèse devrait s'appliquer à toutes les affaires ayant la même controverse (CARVALHO FILHO, 2015).

L'amendement a également créé l'Institut des résumés contraignants (art. 103-A), par lequel le STF a été autorisé à consolider sa compréhension dans des résumés obligatoires, « par décision des deux tiers de ses membres, après des décisions répétées sur des questions constitutionnelles ». Les effets des résumés approuvés sont similaires à ceux des décisions prises dans le contexte du contrôle abstrait. Son commandement est obligatoire « par rapport aux autres organes du pouvoir judiciaire et à l'administration publique directe et indirecte, dans les sphères fédérale, étatique et municipale ». Seul le pouvoir législatif échappe à sa portée.

L'amendement a également créé le Conseil National de la Justice (art. 103-B). L'organe, présidé par le président de la Cour suprême fédérale, est chargé du contrôle de l'exécution administrative et financière du pouvoir judiciaire et de l'accomplissement des fonctions fonctionnelles des juges, en plus des autres fonctions qui lui sont conférées par le statut de la magistrature.

Tous ces changements ont toujours été mis en œuvre afin de renforcer l'autonomie et le rôle institutionnel du STF, en élargissant ses pouvoirs et responsabilités. Par conséquent, les instruments déjà prévus dans le format original de la Constitution ont été ajoutés aux autres attribués à la cour en vertu des réformes menées.

### **2.2.3. Changement de la posture de la Cour**

On ne peut pas non plus ignorer la façon dont la position adoptée par la Cour suprême elle-même a contribué à la situation actuelle. En effet, outre l'exercice des pouvoirs initiaux et les réformes constitutionnelles élargies, la lecture que

la Cour a donnée à ses propres tâches est également un facteur important de tension entre les pouvoirs.

Trois exemples peuvent illustrer comment la performance de la cour elle-même et la manière dont la réinterprétation de ses pouvoirs a contribué au cadre actuel : (1) le contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels ; (2) les techniques de décision adoptées en matière de contrôle des omissions inconstitutionnelles et (3) la recrudescence de l'octroi d'injonctions monocratiques en matière de contrôle de la constitutionnalité.

Le contrôle de la constitutionnalité des amendements à la Constitution est certainement l'un des points les plus sensibles de la relation entre le législatif et le judiciaire. Il s'agit d'un point de tension, notamment en raison de la manière dont il ouvre l'espace pour déconstruire la dernière ressource législative du Congrès National pour surmonter les précédents judiciaires : la modification du texte de la Constitution elle-même. Cette pratique est une conséquence naturelle de l'adoption de clauses pierreuses dans le texte constitutionnel, qui transfère au pouvoir judiciaire la compétence de contrôler le pouvoir de réformer la Constitution, élargissant son rôle dans l'interprétation constitutionnelle (VIEIRA, 2018, p. 91).

Au Brésil, l'orientation vers l'admission du contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels a été fondée sur l'arrêt de l'action directe d'inconstitutionnalité n.939 du Rapporteur du ministre Sydney Sanches, en 1993. L'affaire concernait la création d'une nouvelle juridiction fiscale et, avec elle, de nouvelles exceptions à l'limites constitutionnelles du pouvoir d'imposition (BRASIL, 1993). Dans la décision, la Cour a admis le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des amendements – pratiqué plus tard à de nombreuses autres occasions – et a donné une interprétation ampliative à la notion de clauses pierreuses pour atteindre même des limitations constitutionnelles du pouvoir d'imposition (CORREIA NETO, 2017, p. 33).

Le deuxième exemple est le contrôle des omissions inconstitutionnelles. Son rôle est expressément prévu dans le texte constitutionnel en vigueur principalement à travers deux instruments : L'action directe d'inconstitutionnalité par omission (ADO) et le mandat d'Injonction (MI). Dans de tels procès, la cour est amenée à tester les limites de son autorité, face au défi de construire des décisions efficaces qui sans usurper les pouvoirs législatifs.

Il n'est pas rare que, dans ces décisions, le mot soit renvoyé au Congrès National de sorte que, finalement, au-dessus de l'omission soulignée. Mais quelles mesures peuvent être prises si l'inertie législative est maintenue ? Initialement, il a prévalu dans la compréhension STF que le tribunal ne devrait connaître que l'omission législative et informer l'organisme d'y remédier, sans même indiquer de date limite pour l'action du pouvoir législatif. Le texte constitutionnel ne lui permettrait pas de créer la règle manquante, à la place du Congrès National.

L'orientation qui prévaut actuellement à la Cour n'est pas celle-là. Progressivement, le tribunal a commencé à admettre la fixation d'un délai de délibération ainsi que l'adoption de peines au profil additif et de mesures visant à remédier à l'omission. L'examen de la jurisprudence a eu lieu, en 2006, dans le procès de deux mandats d'injonction – MI 670, du Rapporteur du Ministre Gilmar Mendes et MI 712, du Rapporteur du Ministre Eros Grau. Le changement d'orientation est ainsi synthétisé par le ministre Gilmar Mendes dans le travail doctrinal :

Ainsi, la Cour, s'éloignant de l'orientation initialement définie dans le sens d'être limitée à la déclaration de l'existence du retard législatif pour l'édition d'une norme réglementaire spécifique, a commencé, sans s'engager dans l'exercice d'une fonction législative typique, à accepter la possibilité d'une réglementation provisoire du pouvoir judiciaire lui-même. (MENDES ; BRANCO, 2015, p. 1.239)

Le troisième exemple est, parmi tous, celui qui expose le plus la Cour à la critique et à la remise en question. C'est l'octroi de mesures de précaution monocratiques, en particulier en cas d'action directe, visant à suspendre les lois ou même les amendements constitutionnels approuvés par le Congrès National. Ce fut le cas, par exemple, de la suspension des effets de l'amendement constitutionnel n. 73, de 2013, qui a créé de nouveaux Tribunaux régionaux fédéraux, par le président de L'époque du STF, le ministre Joaquim Barbosa, dans la mesure de précaution dans l'action directe d'inconstitutionnalité n. 5.017, en juillet 2013. L'injonction, jusqu'à présent, n'a pas été soumise à un référendum de la plénière, ni le bien-fondé de l'action évaluée.

Le jugement de la « demande de mesure conservatoire des actions directes d'inconstitutionnalité » est inséré dans la liste des compétences du STF (art. 102, I, p). Mais le texte de la Constitution n'autorise pas chacun des ministres à se prononcer individuellement sur le sujet. Au contraire, l'article 97 de la Constitution dispose que « ce n'est que par le vote de la majorité absolue de ses membres ou



des membres de l'organe spécial concerné que les tribunaux peuvent déclarer l'inconstitutionnalité de la loi ou de l'acte normatif de la puissance publique ». L'exigence s'applique aux jugements au mérite et aux jugements de précaution.

La Loi réglementant le processus et le jugement de l'action directe d'inconstitutionnalité et de l'action déclaratoire de constitutionnalité, Loi n. 9.868, du 10 novembre 1999, apporte une règle expresse sur la question. Les mesures conservatoires doivent être décidées par la Plénière, « par décision de la majorité absolue des membres de la Cour », « sauf pendant la période de suspension » (art. 10). Dans ce cas, le président de la cour est le responsable.

La même règle s'applique à l'action directe d'inconstitutionnalité par omission et à l'action déclaratoire de constitutionnalité. L'exception se trouve dans la loi qui régit le processus et le jugement de l'allégation de non-respect du précepte fondamental, Loi n. 9.882, du 3 décembre 1999, § 1 de l'art. 5<sup>e</sup> déroge à l'exigence d'une décision à la majorité absolue des membres pour délibération, en prévoyant que « en cas d'extrême urgence ou de danger de préjudice grave, ou même, en période de suspension, le rapporteur peut accorder une injonction, *ad referendum* du Tribunal en assemblée plénière ».

Les injonctions monocratiques remettent en cause la légitimité démocratique du fonctionnement de la Cour, exacerbent la « difficulté de contre-majoritaire » du pouvoir judiciaire<sup>21</sup> et ont fait l'objet d'une grande controverse, y compris intérieurement parmi les ministres qui composent la Cour. Les critiques sont fondées sur au moins deux raisons : la fréquence excessive de l'utilisation de cet instrument et le retard de son jugement collégial, qui force l'existence d'un hiatus injustifiable dans le débat d'une certaine question constitutionnelle.

Cette combinaison des facteurs exposés ci-dessus permet de souligner que la Cour suprême fédérale est aujourd'hui, dans une large mesure, ce qui était, au pouvoir, conçu en 1988 et dans les réformes que le texte a subies : une cour forte, avec une large autonomie et des missions complexes. Mais cela donne-t-il définitivement le « dernier mot » sur l'interprétation constitutionnelle ? C'est ce que nous traiterons dans les éléments suivants.

21 La « difficulté contre-majoritaire du pouvoir judiciaire », une expression inventée par Alexander Abickel « provient du fait que les juges, bien qu'ils ne soient pas élus, peuvent invalider les décisions adoptées par le pouvoir législatif choisi par le peuple », à cette fin, « invoquant souvent des normes constitutionnelles de caractère ouvert, qui font l'objet de lectures divergentes dans la société » (SOUZA NETO ; SARMENTO, 2013, p. 130).

### 2.3. « Dernier mot » et Suprématie judiciaire

La littérature juridique brésilienne est souvent tentée de répondre que le STF, en tant que « gardien de la Constitution », a toujours le dernier mot dans le dialogue constitutionnel. La décision finale et définitive reviendrait au tribunal. Il s'agit d'une exégèse étayée par la littéralité de la disposition de la *section principale* de l'article 102 de la Constitution, qui stipule que « c'est la responsabilité de la Cour fédérale suprême, précipitamment, de *garder* la Constitution ».

Il y a même des décisions dans lesquelles le Tribunal s'arroge expressément ce rôle, en l'utilisant comme l'une de ses raisons de décider. Voir, par exemple, MS 26.603, le rapport du Min. Celso de Mello, jugé le 4/10/2007. Il est possible de voir dans le résumé de la décision elle-même :

[...] LA FORCE NORMATIVE DE LA CONSTITUTION ET LE **MONOPOLE DU DERNIER MOT**, PAR LA COUR SUPRÊME, EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE. – L'exercice de la compétence constitutionnelle qui vise à préserver la suprématie de la Constitution, met en évidence la dimension essentiellement politique sur laquelle est projetée l'activité institutionnelle de la Cour fédérale Suprême, puisque, dans le processus d'enquête constitutionnelle, repose la grande prérogative de statuer, en dernier ressort, sur la substance même du pouvoir. – Dans le pouvoir d'interpréter la loi fondamentale, réside la prérogative extraordinaire de la (re)formuler, ici l'interprétation judiciaire est comprise parmi les processus informels de changement constitutionnel, pour signifier, par conséquent, que « la Constitution est en élaboration permanente dans les tribunaux chargés de l'appliquer ». Doctrine. Précédents. – L'interprétation constitutionnelle qui découle des décisions rendues par la Cour suprême à qui a été attribuée la fonction de stabilisation du « gardien de la Constitution » (art. 102, section principale) – joue un rôle de première importance dans l'organisation institutionnelle de l'état brésilien, en ce qu'elle justifie la reconnaissance de la force politique et juridique du modèle dans notre pays et confère à la Cour suprême le pouvoir **singulier d'avoir le monopole du dernier mot en matière d'exégèse des normes inscrites dans le texte de la Loi fondamentale** (Nous soulignons). (BRASIL, 2007)

Il est clair qu'il s'agit d'un débat complexe, qui ne se termine pas uniquement sur la base d'une lecture isolée d'une seule disposition de la Constitution. Le texte constitutionnel a, en effet, de nombreux interprètes et il appartient à

tous, dans une certaine mesure, de le conserver et de lui donner de l'efficacité. Les instruments de contrôle de la constitutionnalité, au Brésil, sont étendus même à différents organes dans divers dispositifs constitutionnels. Le contrôle de la constitutionnalité est exercé par les trois pouvoirs : Exécutif, Législatif et Judiciaire.

Et c'est précisément en raison de la multiplicité des interlocuteurs et des sphères d'interprétation et de décision que le débat actuel fait rage autour de la légitimité, de la hiérarchie et de l'espace d'action qui appartient à chacun de ces acteurs.

### 2.3.1. Le « dernier mot » et ses différentes significations

Quelle que soit la position adoptée par la Cour constitutionnelle, l'exercice de sa compétence – notamment en raison de sa fonction de contre – majorité inhérente – tend à la placer en tension fréquente avec le Législateur. Cependant, il ne s'ensuit pas que la Cour soit l'interprète définitif et décisif du texte de la Constitution, ni qu'une décision de la Cour puisse définitivement mettre fin au débat démocratique sur la question tranchée.

À proprement parler, dans une démocratie constitutionnelle, la première question qui s'impose est de savoir s'il peut même y avoir un organe chargé de dire le dernier mot en matière d'interprétation constitutionnelle et dans les affrontements institutionnels les plus graves entre les pouvoirs (BENVINDO, 2014).

En outre, il est important de reconnaître qu'il existe au moins deux façons d'examiner les questions politiques et juridiques soulevées dans le cadre du débat sur le « dernier mot » sur l'interprétation constitutionnelle. Le premier est chronologique : qui parle (et décide) en dernier dans le contrôle judiciaire de la constitutionnalité. Le STF, au cours d'un processus subjectif,<sup>22</sup> décide en tant que dernière instance judiciaire, et a donc en ce sens le « dernier mot ». C'est lui qui parle en dernier ou, selon les mots de l'un des plus anciens membres de la composition actuelle, le Ministre Marco Aurelio a la prérogative de « bien faire les choses ou de se tromper en dernier ». Mais, bien sûr, cela n'est pas tout.

22 C'est-à-dire, dans les cas où une partie intéressée postule une protection juridique contre le préjudice ou la menace de préjudice, invoquant parmi les motifs de son recours une question constitutionnelle, lorsque la décision a fait appel, conformément à l'art. 102, III, de la Constitution fédérale.

Le deuxième – et le plus important – sens de discuter qui a le dernier mot dans l'interprétation constitutionnelle est de savoir quelle décision (interprétation) prévaut dans le cas où il y a deux ou plusieurs en conflit, provenant d'organes différents. La question n'est plus chronologique, mais de compétence et de légitimité démocratique. Autrement dit, qui devrait donner le « dernier mot » sur la loi et la Constitution dans la conception institutionnelle Brésilienne ? Dans l'hypothèse de lectures pertinentes – et pratiques – qui doit prévaloir ?

L'effort analytique pour identifier et séparer les significations – le sens chronologique-judiciaire et celui de la légitimité politique – se justifie notamment par la fréquence à laquelle elles se mélangent dans le discours judiciaire, y compris le STF, et par la manière dont la confusion favorise et renforce l'autorité de la Cour.

Il n'est pas rare que le dernier mot soit du STF uniquement parce que c'est à lui de parler en dernier dans le processus judiciaire, confondant le sens chronologique avec la politique. La confusion des sens crée un renforcement de l'argumentation en faveur de l'exécution de la cour, lui attribuant le devoir de parler en dernier et, ainsi, d'offrir un résultat à la question constitutionnelle à l'examen.

Il est clair que le fait que le STF décide en dernier ressort de l'affaire ne signifie pas qu'il a la prérogative d'interdire le débat démocratique ni d'empêcher la révision de la question dans le domaine législatif. De plus, ce n'est pas un hasard si la disposition de l'art. 103, § 2<sup>e</sup>, de la Constitution limite l'efficacité des décisions du STF aux organes du Pouvoir Judiciaire et de l'Administration publique, sans parler du Législatif. Le silence de la Constituante, sur ce point, était éloquent : on ne peut pas interdire au législateur de réexaminer la question et de légiférer, même si cela contredit la décision de la Cour.

Après la prise de décision par le STF, face à un cas concret ou en action directe, l'espace pour l'examen législatif de la question ne cesse pas. Bien que la décision elle – même ne puisse pas être révoquée ou suspendue par le Congrès national – au contraire, elle peut voir son efficacité étendue, dans l'hypothèse de l'article 52, X, de la Constitution –, il n'y a pas d'obstacle juridique et constitutionnel au réexamen de la question par le biais d'une autre proposition législative de même stature ou d'une autre stature, y compris avec la possibilité de répéter une règle avec un commandement identique à celui invalidé par le STF.

D'autre part, il semble également important de distinguer deux situations. La première est celle dans laquelle l'argument du dernier mot est utilisé comme renforcement argumentatif et raison de décider, dans les votes rendus dans le STF. La seconde est que le « dernier mot » est un simple fait – bien que temporairement délimité –, compte tenu des effets concrets produits par le jugement. C'est à dire, il se réfère à des cas dans lesquels la décision de la cour semble avoir momentanément fermé le débat, à l'absence de toute action législative contraire.

En tout état de cause, il faut reconnaître que, bien que la Cour s'attribue souvent la fonction d'interprète ultime de la Constitution, en fait, des réponses législatives sont possibles et assez fréquentes, ce qui relance le débat démocratique, malgré la décision judiciaire. L'ordre du jour suivant est consacré à analyser précisément les différentes formes de réaction législative adoptées par le Congrès national avant une décision du STF sur l'interprétation constitutionnelle.

## 2.4. Réactions législatives : le mot suivant

Avec un certain effort de synthèse, nous avons identifié, dans la pratique institutionnelle brésilienne, au moins quatre types de réaction adoptés par le pouvoir législatif : (1) la déférence ; (2) La récalcitrance ; (3) la Coordination et (4) le dépassement.

La classification ne prend en compte que les réponses qui prennent la forme de mesures législatives (espèces) et n'a qu'un but didactique. Nous laissons de côté d'autres mécanismes institutionnels qui seront utilisés pour la discussion de la question dans le cadre du Parlement (*par exemple* la Constitution d'une commission spéciale) ou même des représailles institutionnelles (*par exemple l'impeachment*). Il s'agirait, pour ainsi dire, de formes de « dialogue constitutionnel » entre le Congrès national et la Cour suprême fédérale, ou, comme il est peut-être plus approprié de le nommer, d'exemples de différends autour de l'interprétation constitutionnelle la plus appropriée.

Nous appelons « déférence » ou « Respect » les hypothèses dans lesquelles la décision de la Cour semble conduire à un épuisement – quoique provisoire – du débat, simplement par l'absence de réaction législative spécifique et immédiate. Strictement parlant, dans ce cas, ce n'est pas exactement une réaction, mais une inaction. La Cour constitutionnelle, *par exemple*, déclare

l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif ou lui donne une certaine interprétation, et cette position, au moins provisoirement, prévaut, sans l'édition de nouvelles espèces normatives qui la confronteront.

La deuxième réaction législative que nous pouvons appeler « récalcitrance ». Le terme est utilisé pour désigner l'hypothèse dans laquelle le pouvoir législatif diverge de l'interprétation constitutionnelle adoptée par la cour et insiste sur la position ou l'interprétation législative précédemment adoptée, même contraire au mot (décision) de la Cour. Une telle réaction peut se produire par action, avec la répétition d'un acte législatif similaire à un autre précédemment déclaré constitutionnel, ou par omission, lorsque la décision du tribunal a été rendue en contrôle de la constitutionnalité par omission.

Deux exemples permettent d'illustrer ce type de réaction de façon systémique. Le premier est dans l'édition récurrente des lois accordant des pensions à vie aux anciens gouverneurs de l'état, malgré les diverses décisions prises par la plénière du STF qui considèrent anti-républicain les mesures législatives de ce juge (*par exemple* ADI 4.601, rel. Min. Luiz Fux, jugement : 25/10/2018 ; ADI 3.418, rel. Min Dias Toffoli, jugement : 20/9/2018).

La seconde réside dans les actes législatifs qui donnent corps à la soi-disant « guerre fiscale » en matière de ICMS.<sup>23</sup> La position établie de longue date sur le sujet dans la jurisprudence du STF indique que les actes normatifs accordant des avantages fiscaux en matière de ICMS ne seront valables que si la procédure prévue par la loi complémentaire, qui prévoit l'approbation unanime des représentants de l'état est respectée.

Cela n'a toutefois pas empêché la question récurrente des lois d'incitation accordées unilatéralement par tous les états de la Fédération. Ainsi, le différend fédéral persiste pendant des années, malgré les décisions du tribunal, et comprend souvent la répétition d'actes normatifs au même contenu que ceux d'autres déjà invalidés par le STF.

La récalcitrance peut également se produire par inaction, dans le cas de décisions prises sous contrôle constitutionnel par omission. C'est celui qui est observé avec l'absence d'édition de l'acte normatif, dans le délai imparti, malgré la

---

23 Taxe sur la circulation des marchandises et fourniture de services de transport et de communication interétatiques et interurbains.

prolongation de la décision de déterminer cet ordre. Un exemple récent et particulièrement illustratif est l'action directe de l'inconstitutionnalité par omission n. 25 (BRASIL, 2016). La décision prise par le STF, déterminant l'édition de la loi complémentaire manquante, dans le délai désigné, n'a pas été en mesure de stimuler la fin de la *intertia deliberandi* du Congrès national, qui jusqu'à présent n'a pas été en mesure de construire le consensus nécessaire pour combler le vide législatif attaqué.

La troisième forme de réaction législative est ce que nous appelons la « coordination ». Il indique les cas dans lesquels il y a édition d'un nouvel acte législatif, compte tenu du contenu et des motifs de la décision rendue par le tribunal. C'est peut-être la seule chance d'un véritable « dialogue » institutionnel. L'expression, cependant, ne doit pas nécessairement être considérée comme une indication du consentement. La nouvelle loi éditée, en tenant compte de la décision de justice antérieure, peut adapter la législation à la décision ou contourner ses motifs, pour maintenir une discipline juridique similaire à celle rejetée par le tribunal, sans encourir les mêmes vices reconnus dans le procès.

Il y a adaptation si une nouvelle loi est éditée en appliquant les motifs qui ont conduit à la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de l'acte normatif précédent, dans l'interprétation du tribunal. Un exemple semble être, au moins partiellement, l'édition de la loi complémentaire n. 143, du 17 juillet 2013, avant la décision ADI 875 (BRASIL, 2010). Après avoir déclaré l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi complémentaire n. 62, de 1989, qui établissait des coefficients fixes pour le partage des ressources du Fonds de participation de l'état (FPE), la nouvelle loi, bien que remise en question pour d'autres motifs, a observé la décision en adoptant des critères variables, conformément à ce que la Cour a décidé (CORREIA NETO, 2014).

Il y a des cas où l'option législative n'implique pas nécessairement le respect des orientations fixées par la cour, bien qu'elle ne l'ignore pas du tout. Voir, par exemple, l'édition de l'amendement constitutionnel n. 12, de 1996, qui a créé la contribution provisoire sur la circulation ou la transmission de valeurs et de crédits et de droits à caractère financier (CPMF).<sup>24</sup> La nouvelle taxe a remplacé la taxe sur les mouvements financiers (IPMF), prévue dans l'amen-

24 « Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira » en portugais.

dement constitutionnel n. 3 de 1993, et présente une similitude évidente. Une différence, cependant, attire l'attention : l'espèce fiscale choisie. Au lieu de l'impôt, l'amendement n.12 de 1996 prévoyait une contribution destinée à la santé et échappait ainsi à l'application des garanties fiscales prévues à l'article 150, sans aborder directement les motifs de la décision prise par le STF dans le jugement de l'Action directe d'inconstitutionnalité n. 939.

La quatrième situation est celle du « dépassement », prise simplement comme la réaction de surmonter la décision de la cour en adoptant un acte législatif de hiérarchie supérieure pour transmettre un commandement contraire à la décision promulgué. Le dépassement est clair et bien caractérisé dans l'édition des amendements constitutionnels dans le sens opposé aux décisions prises au siège du contrôle de constitutionnalité. Mais la doctrine souligne également les « cas de renversement de décisions judiciaires par la législation ordinaire » VICTOR, 2015, p. 277 et suiv.).

L'exemple récent le plus remarquable est celui de l'amendement constitutionnel n. 96, du 6 juin 2017, modifié en réaction au contenu de la décision rendue dans le jugement ADI 4.983, rel. Marco Aurélio. Dans l'action, la Cour a reconnu la « vaquejada »<sup>25</sup> comme une activité intrinsèquement cruelle, à l'égard des animaux, et donc incompatible avec le paragraphe VII de l'Article 225 de la Charte fédérale et interdite sur l'ensemble du territoire national.

Après une forte réaction, le Congrès national a approuvé l'amendement constitutionnel n. 96, de 2017, afin de reconnaître que « les pratiques sportives qui utilisent des animaux ne sont pas considérées comme cruelles, tant qu'elles sont des manifestations culturelles, [...] enregistré comme bien de nature immatérielle faisant partie intégrante du patrimoine culturel brésilien, et devrait être réglementé par une loi spécifique qui assure le bien-être des animaux impliqués ».

Évidemment, cette forme de classification est plus didactique que précise et implique une bonne dose d'arbitraire. Le Congrès national, lors de la révision de l'amendement 12, créant une contribution sur les mouvements financiers – au lieu de l'impôt, comme dans l'amendement 3 – se contentait d'observer la décision du STF qui établissait que la création de nouvelles exceptions aux principes et immunités fiscales de l'article 150 de la Constitution constituerait

---

25 Vaquejada est une activité culturelle dans le nord-est du Brésil, citée par certains comme un sport, dans lequel deux cow-boys à cheval doivent abattre un bœuf en le tirant par la queue.



des infractions aux clauses pierreuses ? Ou, en fait, contournait-il les motifs de la Cour pour atteindre le même objectif – cesser d’appliquer certaines garanties fiscales au nouveau prélèvement – par une nouvelle voie, l’institution d’une contribution, au lieu de l’impôt ?

En matière fiscale, les réactions de coordination et, surtout, de dépassement ont été présentées de manière particulièrement habituelle dans la pratique législative brésilienne. Il existe de nombreux cas dans lesquels le Congrès national a réformé la législation fiscale et, il n’est pas rare, la Constitution fédérale elle-même en réaction à une décision de la Cour suprême défavorable au Trésor public.

Les sujets suivants sont consacrés à l’analyse d’exemples de cet ordre, qui suggèrent qu’en matière d’impôts, le dernier mot, dans la pratique, n’appartient pas au STF.<sup>26</sup>

## 2.5. Causes fiscales et le prochain mot du Congrès National

Le débat sur le dernier mot au Brésil, et des limites du rôle judiciaire est souvent illustré par les controverses, et les cas sont choisis parmi les sujets de la loi électorale, les questions de représentation politique, les politiques publiques et les actions positives, ce qui peut indiquer le rôle de la Cour, et la poursuite de ses décisions, au détriment du rôle et de l’importance du Congrès national.

L’expérience de la compétence constitutionnelle en matière fiscale, en revanche, est riche d’exemples où le « dernier mot » ne convenait pas à la Cour suprême fédérale. C’est-à-dire, des situations dans lesquelles la réaction législative dialogue souvent avec la décision de justice ou vient même en la supplantant. « Dans plusieurs situations », explique Araujo e Silva, « le STF a déclaré des mesures fiscales inconstitutionnelles de l’Union, des États, du District Fédéral et des municipalités, qui ont appelé le Congrès national à agir, en modifiant la loi et la Constitution elle-même, pour surmonter ou contourner les compréhensions de la Cour suprême » (2018, p. 182).

---

26 Pour une analyse large de l’application de l’idée de dialogue constitutionnel en matière fiscale, voir Oliveira (2013).

Bien que non exhaustive, la liste présentée ici souligne la tendance à surmonter, par une réforme constitutionnelle, les interprétations constitutionnelles établies par le STF en faveur du contribuable. Après la décision du tribunal, le Congrès national rend la parole, en particulier dans les cas où la thèse gagnante va à l'encontre des intérêts de collecte du Trésor public, ce qui permet « des intérêts opposés dans la sphère judiciaire peuvent être discutés à nouveau dans la sphère législative ». Cela ouvre un espace pour une « correction législative de la jurisprudence », de sorte que « les débats législatifs autour des positions jurisprudentielles » puissent fonctionner « comme des instances de réflexion démocratique sur la correction des décisions adoptées par la juridiction constitutionnelle » (OLIVEIRA, 2017, p. 117).

Les points suivants fournissent des exemples de réactions législatives,<sup>27</sup> de situations dans lesquelles le Congrès National a adopté une orientation différente de celle établie par le STF et a modifié le texte constitutionnel pour en assurer la prévalence. Autrement dit, il a dépassé la décision du tribunal en modifiant la Constitution Fédérale.

### **2.5.1. Amendement constitutionnel n. 29/2000 et progressivité de l'IPTU**

Le premier exemple est la controverse entourant l'interprétation du § 1er de l'art. 156 de la Constitution et la constitutionnalité de l'application des taux progressifs dans l'impôt foncier urbain et Territorial (IPTU) facturés par les municipalités.

Le libellé original du dispositif établi : « § 1er- la taxe prévue au paragraphe I [IPTU] peut être progressive, conformément au droit municipal, afin d'assurer l'accomplissement de la fonction sociale de la propriété ». Sur la base de ce paramètre et en partant du principe qu'il s'occupait d'une taxe « réelle », le STF a rejeté la progressivité fiscale en matière d'IPTU. Dans le jugement de l'appel extraordinaire n. 153.771, rapporteur de l'arrêt Min. Moreira Alves, le 20.11.1996, le STF a décidé :

---

27 Une analyse détaillée des précédents du STF concernant le contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels en matière fiscale a été effectuée par Luciano F. Fuck, *Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal* (2017, p. 119-176).

En vertu de la constitution actuelle, la progressivité fiscale de L'IPTU n'est pas admise, soit sur la base exclusivement de son Article 145, § 1er, car cette taxe a un caractère réel incompatible avec la progressivité découlant de la capacité économique du contribuable, soit avec la combinaison de ce dispositif constitutionnel (générique) avec L'Article 156, § 1er (spécifique). (BRASIL, 1996)

L'amendement constitutionnel n. 29, du 13 septembre 2000, a ensuite modifié le libellé du § 1er de l'Art. 156 de la Constitution pour admettre expressément l'utilisation de taux progressifs. Le texte modifié prévoit que la taxe peut « être progressive en raison de la valeur du bien » et « avoir des taux différents en fonction de l'emplacement et de l'utilisation du bien ».

Le changement est une réaction législative évidente à l'interprétation restrictive adoptée par la cour et dialogue également avec les fondements adoptés dans la décision, qui a rejeté la position de progressivité en l'absence de disposition constitutionnelle exprimée. Modifié le texte de la Constitution, le STF a commencé à admettre la progressivité de l'IPTU, maintenant sa position par rapport à la période précédente (BRASIL, 2009a).

L'accord a également été consolidé dans le Résumé 668, avec la déclaration suivante : « il est inconstitutionnel la loi municipale qui a établi, avant l'amendement constitutionnel 29/2000, des taux progressifs pour l'IPTU, sauf si elle vise à assurer l'accomplissement de la fonction sociale de la propriété urbaine ».

### **2.5.2. Contribution de l'éclairage public et de l'amendement constitutionnel n. 39/2002**

Le deuxième exemple concerne également le tribut municipal. Jugeant les appels extraordinaires qui ont remis en cause les frais d'éclairage public institués par différentes municipalités brésiliennes, le tribunal a adopté une position favorable au contribuable, reconnaissant que le service d'éclairage public ne peut pas être rémunéré par des frais.

La décision était fondée sur l'article 145, II, de la Constitution, qui prévoit la perception de « redevances, en raison de l'exercice du pouvoir de police ou pour l'utilisation, effective ou potentielle, de services publics spécifiques et divisibles, fournis au contribuable ou mis à sa disposition ». L'éclairage public n'étant pas un service public spécifique et divisible, la perception de la taxe ne

serait pas justifiée. Plusieurs juges ont aimé la même interprétation,<sup>28</sup> réaffirmée plus tard dans deux résumés du STF (résumé n. 670 et résumé contraignant n. 41).

En 2002, le texte constitutionnel a été modifié. L'amendement constitutionnel n. 39 de 2002 a ajouté l'article 149-A à la Constitution Fédérale pour permettre l'institution d'une nouvelle taxe : la « contribution au coût du service d'éclairage public » dans les Municipalités et dans le District Fédéral. La nouvelle taxe a précisément le même but que la taxe interdite, mais, étant une autre espèce fiscale, elle échappe aux motifs qui ont conduit à la déclaration de son inconstitutionnalité. En 2009, le STF a reconnu la validité de la nouvelle demande (BRASIL, 2009b).

### 2.5.3. ICMS et Amendement Constitutionnel n. 33/2001

Le texte original de la Constitution prévoyait dans l'art. 155, § 2nd, IX *a*, l'incidence de l'impôt d'état sur la circulation des marchandises (ICMS) aussi « sur l'entrée des marchandises importées de l'étranger, même quand il est bien destiné à la consommation ou de l'actif fixe de l'établissement ».

Le STF a toutefois donné au dispositif une interprétation restrictive et supprimé l'impact de la taxe sur l'importation de marchandises par une personne physique ou morale qui n'est pas un contribuable de la taxe. Le texte a été modifié par l'amendement constitutionnel n. 33 du 11 décembre 2001. Le nouveau texte prévoit que la taxe affecte également « l'entrée de biens ou de marchandises importées de l'étranger par une personne physique ou morale, même si elle n'est pas habituelle contribuable de l'impôt, quel que soit son but ».

« De toute évidence, le constituant dérivé a cherché à contourner la jurisprudence du STF, qui indiquait que l'importation de marchandises par des particuliers et également par la société civile n'était pas soumise à l'incidence des ICMS », souligne Leandro Paulsen (2010, p. 360). À notre avis, plus que « contourner » la réforme constitutionnelle a cherché à réagir efficacement pour « surmonter » l'orientation fixée par la Cour.

---

28 Par exemple : AI 231132 AgR, DJ de 6/8/1999 ; RE 231764, DJ de 21/5/1999 ; RE 233332, DJ de 14/5/1999.

Face à l'amendement constitutionnel, le thème a été revisité par le STF, dans le jugement du recours extraordinaire n. 439.796, du Rapport du Min. Joaquim Barbosa, le 6.11.2013. La thèse fixée par la plénière reconnaît la légitimité de l'amendement constitutionnel, au sens inverse de l'interprétation précédemment établie par la cour elle-même : « après l'amendement constitutionnel 33/2001, il est constitutionnel l'incidence des ICMS sur les opérations d'importation effectuées par une personne physique ou morale, qui n'est généralement pas engagée dans le commerce ou la fourniture de services ».<sup>29</sup>

## 2.6. Conclusion

Au Brésil, les pouvoirs et le rôle conférés au STF, dans l'interprétation constitutionnelle et le débat politique, sont larges. Ce fut le choix de l'Assemblée nationale constituante de 1988 et des réformes constitutionnelles qui ont suivi, dans la refonte du texte constitutionnel.

Le protagoniste du STF a été inculqué, dans une bonne mesure, dans le texte constitutionnel lui-même et a renforcé les amendements qui ont survécu. Cependant, il ne faut pas oublier que la cour elle-même, en exerçant et en réinterprétant ses différents pouvoirs, a également contribué à élargir son rôle dans le débat politique national. Dans une certaine mesure, c'est le STF qui se voit attribuer la prérogative d'interprète ultime de la norme constitutionnelle.

En tout état de cause, la notion de dernier mot judiciaire ne devrait pas être une interdiction du débat politique. La Constitution a plusieurs interprètes, tous sont responsables de sa mise en œuvre, en particulier le Pouvoir Législatif. La décision de justice ne met pas fin au débat constitutionnel – elle renvoie la parole au Congrès National, qui peut examiner, par voie législative, les orientations adoptées par le STF et rouvrir le débat.

Au Brésil, l'expérience montre au moins quatre réactions législatives communes. La première est de simple déférence ou de conformité, dans les cas où il y a un épuisement, au moins temporairement, du débat dans la décision judiciaire, sans nouvelle manifestation législative sur la question controversée. La seconde est de récalcitrance, lorsque le nouvel acte normatif est édité avec un contenu

---

<sup>29</sup> À ce sujet, voir Araujo e Silva (2018).

similaire à celui déclaré inconstitutionnel, comme une forme de réaffirmation de la même interprétation déjà rejetée par la Cour. La troisième est la coordination, si un nouvel acte normatif est édité en adaptant la loi à la décision et en contournant les motifs de la décision de justice. La quatrième est de surmonter, hypothèse dans laquelle la réaction législative est de promulguer, par l'édition de l'acte normatif de la hiérarchie supérieure, contraire au contenu de la décision promulguée.

Bien que le STF se soit attribué à plusieurs reprises le pouvoir du dernier mot, les réactions législatives – y compris les surmonter – font partie du dialogue démocratique et sont habituelles, en particulier en matière fiscale. Il ne manque pas d'exemples de décisions de justice qui ne représentent pas le dernier mot en matière de production législative et d'interprétation constitutionnelle, mais une expression normative de plus dans le dialogue perpétuel qui devrait représenter la démocratie constitutionnelle brésilienne.

## Références bibliographiques

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 21, n. 124, jun./set., 2019, p. 411-425.

ARAUJO, José Evande de C.; SILVA, Jules M. P. Queiroz e. A Constituição tributária: passado, presente e futuro. In: SILVA, Rafael Silveira (Org.). *30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro*. Brasília: Senado Federal, 2018, v. 1, p. 164-203.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 20.257*. Relator min. Décio Miranda. Relator para o acórdão min. Moreira Alves. Julgamento: 8/10/1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 153.771*. Rel. min. Carlos Velloso. Redator para o acórdão min. Moreira Alves. Julgamento: 20/11/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.601*. Relator min. Luiz Fux. Julgamento: 25/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.418*. Relator min. Dias Toffoli. Julgamento: 20/9/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875*. Relator min. Gilmar Mendes. Julgamento: 24/2/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 25*. Relator min. Gilmar Mendes. Julgamento: 30/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 712.743 QO-RG*. Relatora min. Ellen Gracie. Tema 155. Plenário. Julgamento: 12/9/2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 573.675*. Relator min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 25/3/2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603*. Relator min. Celso de Mello. Julgamento: 4/10/2007.

CARVALHO FILHO, José dos S. *Repercussão geral: balanço e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *Os impostos e o estado de direito*. São Paulo: Almedina, 2017.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. *Observatório Constitucional*. Consultor Jurídico, 15 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

FERREIRA, Sérgio Antônio Victor. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUCK, Luciano Felício. *Estado fiscal e Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADO e ADC: Comentários à Lei nº 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niteóri: Impetus, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista direito GV*, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. v. 115 (6), p. 1.346-1.406, 2006.



### 3. Les cours constitutionnelles : acteurs du principe démocratique

**Dominique Rousseau<sup>30</sup>**

Un juriste italien, Mauro Cappelletti avait l'habitude de dire « le 19<sup>ème</sup> siècle a été le siècle des parlements, le 20<sup>ème</sup> est le siècle de la justice constitutionnelle ». Il avait raison. Après la Seconde Guerre mondiale l'Allemagne et l'Italie introduisent une Cour Constitutionnelle dans leur nouveau système politique. Et ce mouvement s'est répandu : le Portugal en 74, l'Espagne en 78, les pays de l'Est, après la chute du mur de Berlin, les pays africains lorsqu'ils ont réécrit leurs Constitutions dans les années 1990 ont aussi créé une cour constitutionnelle. En 1993, l'Andorre, dans sa première Constitution écrite, établit un Tribunal Constitutionnel. Et même la France, hostile depuis 1789 à un contrôle de la loi par les juges, a timidement introduit le contrôle de constitutionnalité en 58 avant de lui donner un plein développement en 2010 avec la question prioritaire de constitutionnalité. Le 20<sup>ème</sup> siècle a donc bien été le siècle de la justice constitutionnelle.

Mais que sera le 21<sup>ème</sup> siècle ? Sera-t-il celui de la continuité ou de la remise en cause de la justice constitutionnelle ? Dans les pays européens, mais aussi aux Etats Unis, en Amérique latine, en Afrique, une interrogation revient sans cesse sur la place trop importante que les juridictions constitutionnelles occuperaient dans les systèmes politiques modernes. La question n'est sans doute pas nouvelle ; Tocqueville est revenu de son voyage aux Etats-Unis en affirmant que la plus grande puissance politique était, ici, le juge de la Cour suprême. Mais elle prend une importance particulière dans le contexte actuel marqué par la montée générale des populismes. Il y aurait trop de droits, trop de juges et la démocratie en souffrirait. En un mot, la protection juridictionnelle des droits de l'homme serait anti-démocratique.

Contre cette pensée constitutionnelle qui devient dominante, il convient, ici et maintenant de rappeler que sans protection juridictionnelle des droits de l'homme la démocratie ne peut être une expérience politique vivante. Pour trois raisons principales.

---

30 Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

### 3.1. Les juges constitutionnels, garants du code d'accès à la démocratie

Sans le droit, on ne peut se représenter citoyen. La force propre du droit, écrivait Pierre Bourdieu, est d'instituer, c'est-à-dire, de faire exister, de donner vie à ce qu'il nomme. Ainsi en est-il de la constitution qui nomme et en le nommant constitue – au sens premier du terme – le citoyen, le fait exister. Le citoyen, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le citoyen est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la constitution. Il faut relire Cicéron qui, dans *La République*, distingue et oppose la foule (*multitudo*), réunion sans forme d'individus, et le peuple (*populus*) qui, écrit-il, « ne se constitue que si sa cohésion est maintenue par un accord sur le droit ».<sup>31</sup> Le peuple n'est pas seulement une association d'individus, il est une association *politique* et c'est le génie d'une constitution de transformer une association primaire d'individus en association politique de citoyens.

L'histoire de la formation des peuples est, en effet, celle d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des règles communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue le peuple politique. Quand, par exemple, Mirabeau veut décrire l'état de la France à la veille de la Révolution, il parle d'une « myriade de peuples » ; et, après 1789, cette « myriade » devient, toujours sous la plume de Mirabeau, « le peuple français ». Ce qui a transformé une multitude en peuple, pour reprendre l'interrogation de Rousseau, c'est la Déclaration de 1789 qui, en constituant les députés « représentants du peuple français », crée, d'un même mouvement, la représentation et le peuple, liant ainsi l'un à l'autre : les députés ne peuvent se proclamer « représentants du peuple » s'ils ne construisent pas le corps politique qu'ils veulent représenter ; et donc, réciproquement, le peuple ne peut exister que si les représentants le construisent pour exister eux-mêmes. Pouvoir magique de la constitution qui, d'un même mouvement, crée le corps politique

---

31 Cicéron, *La République*, Gallimard, p. 45.

du peuple et donne à cette création juridique la sensation étrange d'être le reflet d'une chose – le peuple – qu'elle a produite « en réalité » ! Et cette énonciation constitutionnelle, pour magique qu'elle soit peut-être, n'en est pas moins efficace en ce qu'elle produit des comportements, des règles, des institutions qui lui sont conformes.

Non content de construire le citoyen, la constitution dessine une figure particulière du citoyen, celle d'un individu démocratique concret. Si, en effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 mai 1991,<sup>32</sup> qualifie le peuple français de « concept juridique » qui, figurant « depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels, a valeur constitutionnelle », il ressort clairement de cette même décision du 9 mai 1991 que « le peuple français est *composé* de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ». « Composé » implique de comprendre que le peuple n'est pas seulement une entité abstraite mais un ensemble d'individus « réels » disposant de droits qui les font citoyens. Au demeurant, le Conseil s'inscrit parfaitement dans la logique politique de la Déclaration de 1789 qui ne s'adresse pas à une abstraction ou au corps social mais « aux membres du corps social ». Les droits déclarés le sont pour « chaque homme », « tous les citoyens », « les membres de la société » : « l'exercice des droits naturels de *chaque homme*, pose l'article 4, n'a de bornes que celles qui assurent aux *autres membres de la Société* la jouissance de ces mêmes droits » ; « *tous les citoyens* ont le droit de concourir *personnellement* ou par leurs représentants » à la formation de la loi, affirme l'article 6 qui poursuit en affirmant que « tous les citoyens » sont égaux aux yeux de la loi ; « *nul homme* ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi » – article 7 – et « nul ne doit être inquiété pour ses opinions » – article 10 ; « *tout citoyen*, dit encore l'article 11, peut donc parler, écrire et imprimer librement ». En termes clairs, le peuple que la Déclaration met sur la scène politique est « tout un chacun » ; c'est à « tout un chacun » que la Déclaration donne des droits – concourir à la formation de la loi, parler et écrire librement, ... – et c'est par ces droits que « tout un chacun » devient citoyen. Pour paraphraser Simone de Beauvoir, « on ne naît pas citoyen, on le devient par l'agir constitutionnel ».

Et les déclarations de droits ultérieures renforcent cette logique politique « individuelle » en connectant « tout un chacun » avec sa réalité vécue, avec son environnement social, avec sa singularité. Le préambule de 1946 donne à la

---

32 CC 91-290 DC, 9 mai 1991, R. p. 50.

*femme* des droits égaux à ceux de l'homme – alinéa 3 –, au *travailleur* le droit de participer à la gestion de son entreprise – alinéa 8 –, à l'*enfant*, la *mère* et les *vieux travailleurs* le droit à la protection de la santé – alinéa 11 –, à l'*enfant* et à l'*adulte* le droit à l'instruction et à la culture – alinéa 13. Ici, ce n'est pas l'individu abstrait que construit la constitution mais l'individu concret, pris dans sa situation sexuelle, professionnelle, générationnelle, ... Continuant cette logique, la charte de l'environnement de 2004 prend l'individu dans son milieu naturel : « *chacun* a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » – article 1<sup>er</sup> –, « *toute personne* a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » – article 2 –, « *toute personne* a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » – article 7.

Ainsi, la constitution ne fabrique pas seulement le peuple-corps politique ; elle fabrique aussi le peuple des individus démocratiques en donnant à « tout un chacun » les droits qui le trans-forment et fondent sa légitimité à intervenir et agir dans toutes les sphères de la Cité : l'entreprise, la famille, l'école, l'environnement, la consommation, la santé, la loi, ...

Si les droits constitutionnels sont le code d'accès à la qualité de citoyen et, par ricochet, à la démocratie dont le citoyen est le référent, les juges constitutionnels en assurant le respect des droits fondamentaux sont les garants du code d'accès à la démocratie. Si un pays perd le code c'est-à-dire, les juges constitutionnels, il perd l'accès à la démocratie.

### 3.2. Les juges constitutionnels, garants de l'écart représentatif

La leçon politique de Montesquieu reste pertinente. Si la tendance naturelle d'un pouvoir est d'aller au bout de sa logique, c'est-à-dire, l'absolutisme, il importe pour la liberté des citoyens que, par la disposition des choses, chaque pouvoir soit limité par un autre pouvoir, que chaque pouvoir ait prise sur l'autre de sorte que s'équilibrant et se contrôlant l'un l'autre la législation soit mesurée. Et les constitutionnalistes ont traduit cette leçon en faisant du Parlement le contrepoids du Chef de l'Exécutif soit sous la forme d'une séparation souple dite parlementaire soit sous la forme d'une séparation rigide dite

présidentielle. Dans la première figure, la possibilité pour chacun des deux pouvoirs de se détruire – par la dissolution pour l'Exécutif, par la motion de censure pour le Parlement – pousse au compromis donc à la mesure ; dans la seconde, l'indépendance réciproque des pouvoirs ouvre sur un « parlementarisme de couloirs » pour éviter les blocages et trouver une entente. En 2008 encore, les constituants présentaient la revalorisation du Parlement – maîtrise retrouvée d'une partie de l'ordre du jour, réécriture des projets de loi, limitation de l'article 49-3 ... – comme le moyen de rééquilibrer les institutions et notamment l'hyper-présidence.

Or, ce schéma institutionnel de la mesure est périmé. Et depuis longtemps. Depuis que le doyen Georges Vedel a fait la démonstration, dans un rapport au congrès de l'Association internationale de Science Politique à Rome en 1957, que, dans la pratique, la structure et les mécanismes des partis « soudaient étroitement législatif et Exécutif ». Quelle que soit, en effet, la qualité du texte constitutionnel, quelle que soit l'organisation constitutionnelle des pouvoirs choisie, l'unité des pouvoirs se reconstitue sur l'Exécutif par la grâce de la logique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Et ce phénomène n'est pas spécifiquement français ou lié à la Vème République ; il se retrouve aussi bien en Allemagne qu'en Espagne, en Grande Bretagne qu'en Autriche alors que ces pays ont des constitutions différentes. Pour le dire brièvement, nulle part le Parlement n'est aujourd'hui un contrepoids au pouvoir présidentiel ou primo-ministériel.

A côté du droit constitutionnel des textes, s'est dégagé un droit constitutionnel de la pratique qui « fonctionne » sur trois lois simples : le pouvoir de déterminer la politique du pays et donc de faire les lois est donné à l'homme qui a gagné les élections ; le pouvoir de sanctionner l'équipe gouvernante ne relève plus du Parlement mais du peuple lors des élections générales qui se déroulent tous les quatre ou cinq ans ; entre les deux moments électoraux, « le caractère démocratique du système est assuré, écrit le doyen, par le contrôle juridictionnel, la garantie des libertés publiques et le statut de l'opposition ».<sup>33</sup> De ces lois qui dessinent un droit constitutionnel européen, il découle que le pouvoir judiciaire est, aujourd'hui, celui qui, entre deux moments électoraux, peut empêcher le pouvoir de statuer d'aller au bout de son pouvoir en lui imposant le respect du Droit.

---

33 Georges Vedel, Le régime présidentiel ? La moutarde après dîner, Le Monde, 31 octobre 1997.

Dans le schéma constitutionnel classique, la mesure était attendue du risque de destruction réciproque des pouvoirs en régime parlementaire ou du risque de blocage des institutions en régimes présidentiel ; dans le schéma constitutionnel moderne, la mesure est attendue du risque de constitutionnalité. « Il convient de tout faire, écrit Michel Rocard à ses ministres lors de sa nomination à Matignon en mai 1988, pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrits à l'ordre du jour ; *cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable* ; je vous demande à cette fin de faire étudier attentivement par vos services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration ». <sup>34</sup> L'existence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi, et aujourd'hui la question prioritaire de constitutionnalité a fait juge constitutionnel tous les juges, met en scène une représentation politique qui institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés. Dans chaque décision du Conseil, en effet, se joue le même acte : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs chacun de volontés normatives potentiellement contradictoires. Et le risque est précisément dans cet écart produit par le juge constitutionnel qui fait que la loi votée par les élus n'est pas automatiquement et nécessairement l'expression de la volonté générale, qu'elle ne l'est que si et seulement si elle respecte la constitution. <sup>35</sup>

Or, cette figure de l'écart est essentielle et peut-être même constitutive de la relation démocratique. Sans doute, l'idéal démocratique est souvent présenté comme l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont,

34 Circulaire « Rocard », J.O. 25 mai 1988, p. 7.381. Evidemment, d'autres ministres n'auront pas le même souci comme ce ministre de la Justice invitant, en 2005, les parlementaires et notamment ceux de l'opposition à prendre « le risque de l'inconstitutionnalité » en ne soumettant pas au contrôle du Conseil constitutionnel la loi imposant à certains délinquants le port d'un bracelet électronique. Il s'attirait alors une réplique immédiate du président du Conseil, Pierre Mazeaud : « le respect de la constitution n'est pas un risque mais un devoir ».

35 Selon le considérant célèbre de la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985 : « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution », CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de subtilité, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du Souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigeant en Souverain.<sup>36</sup> Mais, pour démocratique qu'il se donne, ce type de fonctionnement politique n'est, en réalité, que la reproduction transposée du principe monarchique selon lequel le corps de la Nation et le corps du Roi ne font qu'un : « les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, déclare Louis XV dans un discours au Parlement de Paris le 3 mars 1766, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains ; je ne souffrirai pas, poursuit-il, qu'il s'introduise un corps intermédiaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ». En 1789, les révolutionnaires ont certainement cru et voulu séparer ces deux corps ; ils pensaient même que l'acte révolutionnaire était, précisément, dans cette affirmation audacieuse de l'autonomie du corps de la Nation par rapport au corps du Roi. Et pourtant, pour des raisons politiques, les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps en offrant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants.

C'est cette fusion que le juge constitutionnel casse. En donnant à voir la constitution, il montre l'acte du corps du peuple souverain et empêche que l'acte du corps de ses représentants soit directement imputé à la volonté du peuple. Alors que la fusion des corps conduit à cette imputation dans la mesure où, par définition, le peuple n'existe pas de manière séparée et indépendante et ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par ses représentants,<sup>37</sup> la mise à distance des corps ouvre un espace à la délibération normative. Les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté des citoyens mais la fusion des deux volontés n'est plus possible ; la construction et la mise en action par le juge constitutionnel de l'autonomie du corps du souverain symbolisée par la constitution laissent toujours planer un doute sur la conformité constitutionnelle de l'acte législatif voté par les représentants. Et de ce risque permanent de désaccord

---

36 Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984.

37 « Le peuple, écrivait Siéyès, ne peut parler et agir que par ses représentants ».

mettant à nu la représentation découle la mesure dans l'exercice des pouvoirs. Et dans celle de l'élaboration des normes.

### 3.3. Les juges constitutionnels, garants du mode délibératif de la volonté générale

Contrairement à une idée trop souvent répétée, la loi n'arrive pas finie devant les juges ; elle n'est pas une norme que le juge n'aurait qu'à appliquer aux espèces particulières pendantes devant lui ; elle est un texte inachevé, une norme en puissance qui attend pour le devenir en acte que le juge attribue aux mots de la loi la signification qui leur donnera leur force normative. La théorie d'un juge automate simple répétiteur de la loi a été définitivement invalidée par la controverse entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel sur la compréhension de l'expression « disposition législative pouvant faire l'objet d'une QPC ». Pour la Cour, si le requérant contestait non pas la disposition législative mais son interprétation par les juges, la question n'était pas recevable et ne devait pas être transmise au Conseil ;<sup>38</sup> en revanche, pour le Conseil, un justiciable a le droit de contester la constitutionnalité d'une interprétation jurisprudentielle de la loi dans l'exacte mesure où c'est cette interprétation qui lui donne sa « portée effective ».<sup>39</sup> Étaient ainsi pleinement reconnus la différence entre le texte et la norme et la part que les juges prennent dans le passage de l'un à l'autre.

Là est précisément le problème politique : dans cette contribution du juge à la fabrication des normes, contribution décisive qui justifierait la formule « République des juges ». Si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom. Et donc, l'idéal démocratique est atteint en son cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel. La participation des juges, et en particulier des juges

38 Ccass., QPC, 19 mai 2010, Yvan Colona

39 CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, J.O. 7 octobre 2010, p. 18.154.



constitutionnels, à la fabrication des lois est, dans ce registre d'intelligibilité de la démocratie, une anomalie.

La charge est forte et pour en réduire la portée certains auteurs construisent des théories destinées à rendre compatible la République des juges avec la démocratie représentative. Les uns, avec Charles Eisenmann par exemple, soutiennent que le juge constitutionnel n'est jamais le censeur de la volonté générale exprimée par les représentants élus de la Nation mais seulement « l'aiguilleur » qui indique la forme constitutionnelle, législative ou réglementaire que doit prendre l'édiction d'une norme sans se prononcer sur son contenu ou son opportunité qui relève de l'appréciation politique du souverain.<sup>40</sup> D'autres, avec Michel Troper par exemple, considèrent que la qualité de représentant n'est pas donnée par le suffrage universel mais par la participation d'une institution à l'expression de la volonté générale et qu'en conséquence le juge constitutionnel, par sa contribution à cette expression, est un représentant.

Ces théories sont séduisantes ou, plus exactement, tranquillissantes dans la mesure où elles racontent une histoire qui intègre voire dissout la République des juges dans la démocratie représentative qui devient ainsi la forme indépassable du Politique. Une autre histoire est cependant possible qui prend en charge ce que « République des juges » veut signifier, c'est-à-dire, contribution des juges à la fabrication des règles, et qui réfléchit sur la forme de démocratie impliquée par cette contribution. Et, pour la distinguer de la forme représentative, il est proposé de la dénommer « démocratie continue » pour dire que dans ce régime d'énonciation concurrentielle de la volonté générale, les juges apportent la mesure de la délibération et la mesure du temps.

Dans l'élaboration des règles de la Cité, le juge apporte ou réactive d'abord le principe de la délibération. Il était au départ des régimes représentatifs mais il s'est progressivement épuisé sous le joug de la discipline majoritaire, de l'autorité présidentielle ou primo-ministérielle et des évolutions technologiques : les règles ne sont plus délibérées au Parlement, elles y sont seulement votées, comme le dit au demeurant l'article 34 de la constitution. La délibération se déroule ailleurs, dans les fameux « Grenelle », dans les états-généraux de toute sorte, dans les réseaux sociaux mais aussi dans l'enceinte judiciaire

---

40 Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986, p. 17.

où se décident après avoir entendu tous les arguments librement défendus au cours de débats contradictoires souvent vifs la « portée effective » des dispositions constitutionnelles, législatives, réglementaires ou contractuelles. Que la date du délai de prescription des délits financiers soit le moment où ils ont été découverts et non commis a été décidé par la Cour de cassation ; que les droits de la défense implique la présence et l'assistance effective de l'avocat dès la première heure de la garde à vue a été décidé par le Conseil constitutionnel ; que le Clémenceau soit un déchet et non un navire a été décidé par le Conseil d'Etat. Et l'énumération pourrait continuer sur le droit au logement, le droit des étrangers, le droit à l'emploi. Sollicité par les justiciables à l'occasion d'affaires concrètes, les juges sont, par ce mode d'accès, proches des « problèmes » rencontrés par les gens dans leur vie quotidienne : un licenciement, un avortement, une expulsion, un accompagnement de fin de vie, ... ; et cette proximité met les juges en situation de voir l'évolution de la société, l'évolution des mœurs, l'évolution des attentes de la société et de faire évoluer en conséquence l'interprétation des règles. En 2010, le Conseil déclare contraire à la constitution le régime de la garde à vue qu'il avait déclaré conforme en 1993 au motif qu'en 17 ans le nombre de garde à vue a considérablement augmenté changeant ainsi le regard de la société sur cette pratique judiciaire ; en 2009, le Conseil prend expressément en considération l'évolution des modes de consommation pour déclarer conforme à la constitution l'extension de la possibilité d'ouvrir les magasins le dimanche. Deux caractères distinguent ainsi le mode concurrentiel du mode parlementaire d'énonciation des règles : alors que dans le second la règle s'élabore de manière abstraite et générale, elle se construit dans le premier au contact direct de situations humaines et sociales particulières ; alors que dans le second la règle est dans le corps de la Nation et en découle naturellement, elle se construit dans le premier par un échange argumentatif entre *plusieurs* acteurs. Et cette pluralité d'acteurs rend inappropriée l'expression « République des juges ». La règle, en effet, ne se construit pas par le geste unilatéral, volontaire et discrétionnaire du juge ; elle est le produit d'un formidable travail herméneutique mené en amont au sein des assemblées parlementaires, des syndicats et associations, des sociétés savantes, des juridictions, des débats sociaux que le juge vient sanctionner à un moment donné. Si, par exemple, le Conseil constitutionnel a pu qualifier en 1994 la dignité de la personne humaine de principe constitutionnel, c'est à la suite d'un long processus au cours duquel il apparaissait que la société en demandait, à un moment

où elle était confrontée notamment à la question bioéthique, la reconnaissance. Que la délibération soit au principe de la fabrication des normes est une meilleure garantie de leur mesure que l'acclamation ou la révélation.

La mesure est également attendue de la temporalité longue qu'apportent les juges à la fabrication des règles. Le juge constitutionnel, notamment, en rappelant les principes que les Déclarations des droits énoncent – la présomption d'innocence, le principe de non rétroactivité des lois pénales, les droits de la défense, la liberté d'expression, ... – oblige à une réflexion sur le sens, la valeur et la portée que peut représenter pour le bien commun l'adoption de telle ou telle règle ou le choix de telle ou telle interprétation ; il crée une distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion. Et il n'est pas contraire à l'idée démocratique que le temps long de la réflexion l'emporte ou équilibre le temps court de l'émotion. Car la volonté générale ne se produit pas spontanément ni dans l'insouciance de l'instant ; elle se fabrique avec mesure, avec prudence et le juge est cette instance qui permet au temps court, léger et parfois étourdi d'une initiative législative de se confronter au temps long des principes que la constitution énonce. Le législateur rédige la règle à la vitesse des événements ; les juges en reprennent l'écriture au rythme plus lent de la réflexion et au contact d'affaires chaque fois particulières.

### 3.4. Conclusion

Les droits fondamentaux sont un des éléments du procès de civilisation, un des instruments par lequel les sociétés sortent de la barbarie, sortent de l'état sauvage pour aller vers un état civilisé. Et donc, que les Cours Constitutionnelles aient pour fonction de maintenir la qualité de citoyen à un moment où cette qualité est fragilisée conforte leur légitimité démocratique. Une constitution est un régulateur des passions, celles des peuples comme celles des gouvernants. Empêcher les passions des peuples, le populisme ; empêcher les passions des gouvernants, les abus de pouvoir. Et si la Constitution est un régulateur des passions, les juridictions constitutionnelles sont l'instrument de cette régulation.

## 4. La question prioritaire de constitutionnalité en France

Jean-Pierre Camby<sup>41</sup>

La place prise aujourd'hui par le contrôle de constitutionnalité est surprenante en France au regard de l'histoire de la loi et du contrôle de constitutionnalité, lequel ne s'est imposé que très tard dans notre pays, de tradition fortement légicentriste : la loi y est « l'expression de la volonté générale », selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, et cette volonté est donc souveraine, même lorsqu'elle s'exprime par la voix des représentants du peuple. En dépit de tentatives, les juges ont donc considéré que la loi faisait écran à l'application directe de la Constitution (Conseil d'Etat 1936 Arrighi et Dame Couderc) et même que le silence du législateur rendait inopérante l'application de la seule Constitution (Cour de cassation, 1833, Paulin). Le règne de la loi était sans partage et d'ailleurs celui du Parlement l'était aussi. La Ve République en mettant fin à l'omnipotence parlementaire a par voie de conséquence encadré l'action du législateur dans le respect des règles de constitutionnalité. Pour être contraire à la tradition juridique française, cette évolution qui aboutit à ce que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (Conseil constitutionnel, 23 août 1985) n'est pas pour autant anormale. Depuis le début du siècle, le juge administratif, car nous connaissons un dualisme de juridictions administratives et judiciaires, avait dégagé dans un premier temps des principes généraux du droit au respect desquels l'administration était tenue, puis avait accepté à propos du droit de grève des fonctionnaires (7 juillet 1950 Dehaene) de confronter directement le préambule de la Constitution, norme de référence, aux textes ou actions administratifs qui lui étaient soumis. Une hiérarchie des normes était donc à l'œuvre avant 1958.

Le Conseil constitutionnel dans ce cadre a connu des débuts plutôt discrets, marqués par le strict respect d'une compétence d'attribution, qui ne lui permet pas en dehors des opérations électorales présidentielles et des référendum de donner un avis, de statuer sur les conditions d'élection du président d'une assemblée parlementaire, etc. et par le refus de s'ériger en censeur de la volonté

---

41 Professeur associé à l'Université Versailles St-Quentin-en-Yvelines.

du peuple, ce dont il témoigne en refusant de se prononcer sur les conditions d'un référendum après qu'il ait eu lieu, ou celle du Constituant lorsque une révision est approuvée par le Congrès, comme il le fait le 26 mars 2003 par exemple. Enfin, les décisions du Conseil constitutionnel peuvent toujours être cassées par le Constituant, ce qui est arrivé assez fréquemment depuis la décision, controversée, sur l'asile du 13 août 1993, par exemple en matière de parité hommes femmes, de responsabilité pénale du chef de l'Etat, de procédure ou d'ordre du jour parlementaire. Le respect de ce cadre général permet par ailleurs au Conseil constitutionnel d'accroître le champ des normes de référence, de découvrir de nouveaux principes de rang constitutionnel, et si l'activisme du Conseil constitutionnel est bien moindre que celui d'autres cours, dont la Cour brésilienne est emblématique, elle est notoirement à l'œuvre à travers certaines décisions. Mais la QPC témoigne sur ce plan d'un cheminement plus lent que la Cour brésilienne, où la Constitution de 1934 prévoit déjà les modalités d'un contrôle à posteriori. L'activisme du Tribunal, même s'il s'inscrit dans le seul pouvoir d'empêcher et non dans celui d'édicter des normes générales, repose au Brésil en premier lieu sur une combinaison plus large d'un mode de saisine abstrait- action directe en inconstitutionnalité, action en inconstitutionnalité par omission, emprunté à la Constitution portugaise, et action déclaratoire en inconstitutionnalité- et d'un mode de saisine concret et diffus, inspiré des Etats Unis et ici en vigueur depuis 1890, alors que la QPC n'entre en vigueur en France qu'en 2010. Il repose également, depuis 2004, sur l'édiction de synthèses qui forment des arrêts de principe, limités dans leur effet à l'autorité de chose jugée. Les articles 102 et 103 de la Constitution de 1988 comportent le cœur de ce dispositif de saisines multiples.

Les débuts du Conseil constitutionnel étaient, eux, bien modestes : en 1958, en dehors de sa mission de juge électoral qui échappe ainsi aux assemblées elles-mêmes, seules quatre autorités peuvent saisir, *a priori* seulement, le Conseil des lois avant promulgation et des traités avant ratification : président de la République, présidents de chaque assemblée, premier ministre. En 1959, Le doyen Eisenmann peut écrire sans risque que ce conseil est « peu de choses », la critique politique relayant la critique juridique permet à François Mitterrand, alors opposant aux institutions comme au pouvoir gaulliste d'écrire en 1964 que le Conseil est « une cour suprême de musée Grévin », pour ceux qui ne connaissent pas ce musée parisien je précise qu'il s'agit de personnages en cire, sorte de figurants muets. Les choses ont commencé à changer avec la

décision de principe du 16 juillet 1971 où furent incorporées aux normes de référence les préambules constitutionnels, renvoyant à leur tour à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont l'affirmation universaliste, « proclamée » permet une extension des normes de référence. Elles changent à nouveau avec la révision du 29 octobre 1974 où la saisine, toujours *a priori* est désormais ouverte à 60 députés ou 60 sénateurs, réforme étendue en juin 1992 à la saisine *a priori* sur la constitutionnalité des traités. Mais le Conseil constitutionnel n'est ni une Cour suprême, ni même *stricto sensu* un juge : il est une institution qui juge, composée de neuf membres et des anciens Présidents de la République. Le Parlement n'a acquis qu'un droit de regard sur les nominations en 2008 et le juge administratif n'en dispose pas.

En dépit de tout ceci la place du Conseil constitutionnel a sans cesse été confortée dans les Institutions. La principale marque de cette assise est l'introduction avec la révision du 23 juillet 2008, dernière en date en France, d'un mécanisme de contrôle *a posteriori* de la loi qui complète la procédure de saisine *a priori*. Ce contrôle est celui de la question prioritaire de constitutionnalité, désignée par ses initiales : QPC. C'est ce qu'il faut bien appeler une révolution juridique à un triple niveau :

- ▶ 1) Elle place le Conseil en position incontestable de juge suprême de la norme vis-à-vis des juridictions nationales.
- ▶ 2) Elle conforte la place du Conseil comme source de droit.
- ▶ 3) Elle aboutit à une définition matérielle de la Constitution dont le Conseil est le garant.

J'envisagerai donc ces trois aspects en dégagant, pour chacun d'entr'eux la portée et les limites.

#### **4.1. Elle place le Conseil en position incontestable de juge suprême de la norme vis-à-vis des juridictions nationales**

Le système retenu par l'article 61-1 de la Constitution, issu de la révision du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 10 décembre 2010 est, à la différence des cas espagnols – recours d'amparo- américain -due process of law – ou allemand un choix laissé à la juridiction devant laquelle une affaire est portée : il n'y a pas de QPC qui ne soit liée à une instance et si celle-ci s'éteint la QPC,

qui doit être présentée dans un mémoire distinct et séparé, s'éteint elle aussi. La QPC peut être introduite à n'importe quel stade de la procédure et la juridiction renvoie à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat le soin de statuer sur le renvoi au Conseil constitutionnel.

Trois conditions doivent être remplies : la question doit porter sur une loi applicable au litige : de la réponse dépend celle à l'instance, elle ne doit pas avoir déjà été tranchée dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstance, et elle doit poser une question « non dépourvue de caractère sérieux », pour être renvoyée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, ou « nouvelle ou sérieuse » pour en justifier le renvoi par ceux-ci au Conseil constitutionnel : cette dernière expression n'est pas sans rappeler la notion de « *transcendencia constitucional* » s'agissant de l'*amparo*.

Les juridictions demeurent donc libres du renvoi. Seuls les jurys d'assises, jurys populaires ne peuvent connaître de QPC, et celle-ci ne vaut que devant des juridictions, dont la justice consulaire en matière de droit du travail (conseil des prud'hommes).

Vous le voyez, les conditions sont mécaniques et ne laissent que peu de place à l'appréciation du juge de renvoi. Les trois quarts environ des QPC posées aux tribunaux ne sont pas renvoyées.

On pensait en 2008 que le mécanisme serait limité à quelques cas emblématiques. Il n'en a rien été : il y a en moyenne 80 à 110 affaires renvoyées par an (le maximum a été atteint en 2011). 356 questions ont été renvoyées par le Conseil d'Etat, 419 par la Cour de cassation et il a été jugé qu'un refus de renvoi n'était jamais définitif : la question peut être posée à nouveau avec un biais différent. Tel fut le cas emblématique de la loi dite « Gayssot » de 1990 qui sanctionne pénalement le délit du négationnisme de l'extermination des juifs pendant la seconde guerre mondiale. En 2010, chacun s'attendait à ce que la question soit posée sous l'angle de la liberté de communication et de la liberté de la recherche, d'ailleurs le Conseil a par la suite sanctionné une loi similaire à propos du génocide arménien sur la base de la liberté de communication. Mais la Cour de cassation a alors refusé de considérer comme sérieuse cette question. Elle a ensuite été posée par la Cour de cassation sur la base de l'égalité devant la justice, et a fait l'objet d'une décision de conformité. Un autre justiciable, un autre grief sont donc toujours susceptibles de donner lieu à une QPC alors

qu'un précédent refus de renvoi a été opposé. En pratique, les cas de refus de renvoi sont nombreux mais donc précaires. Les juridictions suprêmes peuvent aussi choisir de faire en sorte que le Conseil se prononce sur une question, tel a été le cas le premier février 2019 sur la prostitution (QPC n° 761), où la loi française n'interdit pas l'activité marchande mais pénalise le client.

En pratique, et on ne s'y attendait pas non plus, ce sont les questions fiscales qui ont donné lieu à un maximum de renvois.

Sur environ 480 décisions au 31 décembre, auxquelles il faut ajouter un flux de quatre à cinq décisions par semaine de travail, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution les trois quarts d'entre elles : 442.

Voilà pour un bilan chiffré. Le Conseil a trois mois pour se prononcer, il n'a que peu renforcé son équipe permanente, les membres n'ont pas d'assistants. Les affaires sont publiques et non dispensées de ministère d'avocat. La question de la composition du Conseil est récurrente : même si en pratique aucun n'assiste aux QPC, les anciens présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel et donc ont nécessairement promulgué les lois déferées ; il y a nombre de ministres ou de parlementaires qui siègent ou ont siégé, le mandat de neuf ans garantit donc que les membres se retrouvent en situation de juger des lois à l'élaboration desquelles ils ont participé, sur lesquelles le Conseil d'Etat a donné un avis, etc. La critique de l'endogamie est donc toujours présente, et la seule réponse est que certains peuvent se déporter dans les affaires qu'ils ont eu à connaître.

Un autre critique, qui a conduit l'Espagne à réviser la procédure, est celle d'un contentieux de masse : trop d'affaires, trop peu d'affaires saillantes. On sait que la Cour Brésilienne n'échappe pas non plus, avec des décisions d'ailleurs beaucoup plus longues, à cette même constatation. Mais la France y échappait avant 2008 : le Conseil dans le cadre du contrôle *a priori* est une institution suprême donc rare, dans celui de la QPC il devient un juge commun. Cette banalisation a un double effet contraire : négativement, elle fait du Conseil constitutionnel une étape « habituelle » de la procédure par l'effet du contrôle concret des normes : il juge les digues, les corridas, les combats de coqs, le délit de consultation habituelle de sites faisant l'apologie du terrorisme, l'indemnisation des reculs des côtes marines qui distingue l'effondrement et le recul des dunes, etc., mais aussi elle permet au Conseil



de conforter sa place parmi les institutions de la République, mais également vis-à-vis des institutions judiciaires, au nom du règne de la Constitution, faisant du Conseil constitutionnel une source de droit.

## 4.2. Elle conforte la place du Conseil comme source de droit

Georges Vedel rappelait que le Conseil constitutionnel agit selon un double discours : vis-à-vis des institutions qu'il juge, en particulier vis-à-vis du législateur, le discours est rassurant : le contrôle de constitutionnalité se borne à établir des limites, il est gomme et non crayon, il rappelle fréquemment qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur, comme il le fait par exemple s'agissant des cas déjà cités de la prostitution ou des reculs dunaires, ou d'une loi sur la fin de vie, le 2 juin 2017 par la QPC n° 637 : « Il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, notamment en matière médicale, de déterminer les conditions dans lesquelles une décision d'arrêt des traitements de maintien en vie peut être prise, dans le respect de la dignité de la personne » . Le contrôle à cet égard s'apparente plutôt à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, du contrôle minimal, comparable à celui des restrictions nécessaires dans un Etat démocratique que pratique au nom de l'article 10 de la CEDH la Cour européenne en matière de liberté de communication. Ce discours se veut rassurant.

Un autre discours s'adresse aux citoyens, ou pour la QPC au justiciable, et il est plus activiste : « gardien du trésor » que sont les droits garantis, il fait du Conseil le protecteur des libertés. Toute Cour, qui ne dispose pas à l'instar du Parlement d'une légitimité indiscutable puisqu'élective, a besoin de se retrouver dans une légitimité démocratique, et Dominique Rousseau ne m'en voudra pas de lui emprunter l'idée d'une démocratie par le juge, qui peut mener un dialogue apaisé ou conflictuel avec la source directe de la démocratie électorale. Idriss Fassassi la montré dans sa thèse comment la Cour suprême statue en se référant aux attentes de l'opinion publique et Newton Tavares, dans sa thèse sur l'activisme de la Cour au Brésil, rappelle par exemple que la protection des minorités répond à une attente de l'opinion publique : en 2005, c'est par une

décision de 653 pages que le tribunal reconnaît la régularité de la démarcation de la terre indigène *Raoposa Serra do sol*, question dont il confirme qu'elle relève de la compétence de l'exécutif, et, du même mouvement, il affirme la primauté du droit des indiens sur la gestion des réserves naturelles. En 2013, puis en 2014, cette même solution s'appliquera à d'autres réserves.

Mais, naturellement, les cours doivent, pour tenir ce second discours, être en phase avec l'opinion publique, telle qu'elle se dégage des urnes, faute de quoi les conflits peuvent être violents. Même si le contrôle concret *a posteriori* expose moins les jurisprudences à des situations de conflit avec le Parlement, celles-ci existent toujours potentiellement. Pour résoudre cette tension, les cours ne peuvent agir que selon une méthode juridictionnelle : s'appuyer sur que Bruno Genevois appelle la force tranquille du précédent, marquer les avancées de jurisprudence d'une manière modérée, éviter que des distorsions ne se fassent jour dans l'application d'un principe une fois celui-ci affirmé. Cette même avancée prudente vaut pour le contrôle *a priori*, qui est celui où les heurts sont fatalement les plus fréquents, mais aussi pour les QPC. C'est par une décision du 5 août 2013, portant sur l'interdiction du travail du dimanche dans les commerces, que le Conseil a reconnu la spécificité du régime juridique de l'Alsace-Moselle, régions qui ont été historiquement tantôt françaises et tantôt allemandes, et qui en ont tiré l'existence d'un système juridique dérogatoire, notamment en matière de laïcité. Ce système permet au législateur de ramener s'il le souhaite ce régime vers le droit commun mais ne lui permet pas d'accroître l'inégalité existante. C'est par une décision du 6 juillet 2018 QPC n° 717 que le Conseil a donné pour la première fois effet utile à la notion de fraternité, qui fait obstacle à l'aide à la circulation d'un étranger en situation irrégulière, notamment pour en permettre l'hébergement d'urgence, ce que la majeure partie de l'opinion publique peut comprendre au nom de considérations humanitaires. Mais il faut bien sur ce plan distinguer l'aide au séjour de l'aide à l'entrée, qui elle demeure irrégulière, ce qu'une large partie de l'opinion partage.

Dans ces cas il incombe au juge de concilier les principes : celui de la sauvegarde de l'ordre public et celui de la fraternité « *liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* ». C'est à cette même technique de conciliation de normes de rang égal que le Conseil procède lorsqu'il apprécie la pénalisation du client d'une personne prostituée au regard de la liberté d'entreprendre ou du respect de la

vie privée, conciliée comme dans la décision déjà citée d'arrêter des traitements médicaux déraisonnables, avec le respect de la dignité humaine.

D'autres principes sont plus immédiatement applicables, comme celui de la nécessaire précision de la loi pénales et des garanties de la procédure. C'est au nom de cette nécessaire défense des droits en matière pénale que dès 2010 le Conseil a sanctionné la procédure de garde à vue, particulièrement impopulaire, par une QPC du 30 juillet 2010 en exigeant la présence d'un avocat, puis en matière de gardes à vue douanières, ou encore le 8 février 2019 en ce qui concerne les garanties spécifiques applicables aux mineurs avec la QPC n° 762. Chaque fois, le législateur est ainsi enserré dans le respect de règles contraignantes, avec lesquelles il ne parvient parfois pas à se mettre en conformité. Tel est le cas pour la double censure du délit de consultation de sites terroristes : les QPC du 10 février, puis du 15 décembre 2017 n° 682 n'ont pas permis de voir un délit constitué dans la simple consultation habituelle, qui peut être le fait de journalistes, de chercheurs ou de personnes qui luttent contre ces sites. Naturellement, cela ne vaut pas pour le délit d'apologie du terrorisme, puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, portés à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne, jugé conforme à la Constitution par la QPC du 18 mai 2018 n° 706.

En revanche, le délit de harcèlement sexuel après une censure le 4 mai 2012 n° 240, qui a eu pour effet de faire tomber environ 2000 procédures par son effet immédiat, a pu faire l'objet d'une modification législative dès le 8 août 2012 (art 222-33 du code pénal). On le voit bien, la QPC prononçant une censure qu'elle soit à effet immédiat ou différé est un appel au législateur à modifier le texte, ce qui se produit dans la plupart des cas. Si le dialogue n'est pas toujours aisé, cela peut être le fait de l'un ou l'autre des acteurs : il peut se trouver un Parlement réticent à modifier sa position, il peut se trouver une décision insuffisamment motivée. A cet égard le choix entre le trop et le trop peu est souvent délicat : le Conseil s'il motive trop précisément pourra être accusé de tenir la plume du législateur, s'il motive de manière trop évasive, il fait courir le risque d'une censure à répétition.

Le Conseil devient ainsi une source de droit. Ses avantages sont qu'elle ne tarit jamais, qu'elle peut donner lieu à des torrents ou des barrages, moins brutaux que ceux du contrôle *a priori*. Ses inconvénients sont que le législateur perd une

partie de sa sécurité antérieure : il n'est jamais certain qu'au vu des conséquences ou de l'application jurisprudentielle d'une norme, qui fait partie de la base de jugement, la loi soit totalement à l'abri d'une censure.

Moins retentissante pour les médias que les décisions de censure *a priori*, où le Conseil apparaît comme le censeur de la majorité, la QPC insère ainsi le législateur dans un ordre progressif mais rigoureux. Ce faisant, elle aboutit à une définition matérielle de la Constitution.

### **4.3. Elle aboutit à une définition matérielle de la Constitution dont le Conseil est le garant**

L'article 61-1 de la Constitution assigne à la QPC le respect des droits et libertés que la Constitution garantit. De cette expression découle une définition matérielle de la Constitution, mais également un nécessaire dialogue avec le juge international, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'office est souvent similaire, au vu d'un texte pourtant différent.

Au premier rang, on peut citer nombre de domaines qui échappent au champ ainsi défini. Le plus célèbre est celui du consentement à l'impôt. La loi détermine le taux l'assiette et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures affirme l'article 34 de la Constitution. La position du Conseil constitutionnel dans la décision « Kimberly Clark », l'une des premières rendues en matière de QPC le 18 juin 2010 est donc claire : « les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». Le consentement à l'impôt relève seulement de la compétence des représentants. Cette décision entraîne trois conséquences. La plus immédiate est que le partage loi /règlement consacré par la Constitution de 1958 n'est pas invocable au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité, même dans une matière où l'article 34 est pourtant précis. La seconde conséquence est, plus directement, que l'article XIV de la Déclaration doit être lu de façon restrictive : les citoyens n'ont pas le « droit » de consentir à l'assiette, à la quotité ou aux modalités de recouvrement de l'impôt, si ce n'est par la médiation du législateur : « le concours immédiat est ce qui caractérise la véritable

démocratie. Le concours médiat désigne le gouvernement représentatif » affirmait Sieyès. La troisième est qu'en matière fiscale en France, le législateur demeure le seul compétent. Peut être les révoltes actuelles des contribuables sont-elles une conséquence certes très indirecte, de cette privation d'une voie juridique d'action. Le Conseil, conscient de la limitation ainsi réalisée, alors que la QPC, naissante, faisait au contraire souffler sur toute législation un vent nouveau, a donc procédé à des correctifs.

Une brèche a été pratiquée par la décision QPC n° 298 du 28 mars 2013, « Société Majestic champagne » en ayant recours à l'incompétence négative du législateur : « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ... l'absence de détermination des modalités de recouvrement d'une imposition affecte le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». L'ouverture ainsi pratiquée ne vaut cependant que pour le droit au recours, comme en témoigne la décision n° 419 QPC « société Praxair » du 8 octobre 2014 : « la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination de l'assiette ou du taux d'une imposition n'affecte par elle-même aucun droit ou liberté que la Constitution garantit... par suite, le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa compétence en matière de règles concernant le *taux de la contribution au service public de l'électricité doit être écarté* ». Cette décision admet en revanche des arguments de fond distincts de celui de la compétence du législateur : atteinte au droit de propriété, égalité devant l'impôt.

Ainsi le Conseil a-t-il ouvert d'autres chefs d'inconstitutionnalité s'agissant du consentement à l'impôt. En revanche, il est resté plus tranché dans d'autres domaines : le droit à s'exprimer en langues régionales n'est pas reconnu par la Constitution, les principes de décentralisation non plus, les règles de procédures parlementaires non plus, l'intelligibilité et la clarté de la loi pas davantage, ni même la sécurité juridique indique la QPC n° 175 du 27 septembre 2011. La QPC s'est en revanche fortement étendue en matière de droit et garanties pénales, de droit de propriété, de sanctions administratives et fiscales, et le principal chef d'inconstitutionnalité demeure naturellement le principe d'égalité.

Tous les principes dégagés doivent naturellement se combiner avec ceux qui sont garantis non par l'ordre constitutionnel interne mais par les traités. En

France, le contrôle général de la conformité de la loi aux conventions internationales, depuis une décision de principe du 15 janvier 1975, échappe au Conseil constitutionnel et relève du contrôle des juges ordinaires. Arguant du caractère « prioritaire » de la QPC, la Cour de cassation a soutenu un temps que cette priorité dans l'obligation de renvoyer la loi au Conseil constitutionnel était un obstacle au contrôle de la conventionnalité [respect du traité] de la loi. Par une décision Abdeli et Melki du 6 avril 2010, portant sur les contrôles aux frontières, il juge que : *« dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité »*, ouvrant la voie à un long conflit avec le Conseil constitutionnel, lequel a toujours soutenu que le contrôle de conventionnalité de la loi restait possible. Le Conseil a d'ailleurs lui-même posé une question préjudicielle à la Cour de justice, le 4 avril 2013, pour démontrer que le contrôle par le juge supranational, quel qu'il soit demeure possible.

#### 4.4. Conclusion

Pour conclure, on peut dire que la QPC est une évolution dans la place du Conseil constitutionnel : concrétisation, affirmation de droits nouveaux, qui donnent corps à de nouveaux principes, dont la fraternité. Mais en même temps elle joue un rôle paradoxal vis-à-vis du législateur et surtout de la perception de la loi par le citoyen, le contribuable, le justiciable. La loi peut être attaquée par ce dernier, alors que la France a longtemps vécu sur le mythe qu'elle est impérative par ce qu'elle exprime la volonté générale. De ce fait elle demeure une norme entourée de dévotion populaire, surtout en France où la soif législative est forte. Le paradoxe est que le sacré demeure fort dans la vision collective de la loi, alors que le sanctuaire est désormais largement ouvert à la contestation juridique individuelle.

# 5. Contrôle de constitutionnalité au Brésil : judiciarisation de la politique comme politisation du Pouvoir Judiciaire<sup>42</sup>

Marcelo Neves<sup>43</sup>

## 5.1. Une brève revue historique : modèles normatifs versus pratiques de contrôle de constitutionnalité

Une confrontation avec le développement constitutionnel Brésilien exclusivement du point de vue des différents textes constitutionnels ne conduirait certainement pas au déni du modèle de constitutionnalité en tant que réflexivité plus globale au sein du système juridique. Au contraire, cela pourrait être une augmentation significative à cet égard, surtout si l'on prend en compte l'expansion des instituts du contrôle constitutionnel de la constitutionnalité des lois et autres actes réglementaires des organes de l'état : le défaut de la Charte constitutionnelle de 1824 à une réglementation extensive dans le document constitutionnel de 1988, il serait passé, alors, par un processus évolutif. Mais un examen attentif de la réalité constitutionnelle conduit au démantèlement de ce cadre.

Aucun mécanisme de contrôle de la constitutionnalité n'est mentionné dans la *Charte constitutionnelle de 1824*.<sup>44</sup> Compte tenu de la pratique constitutionnelle

---

42 Ce chapitre est une version révisée et élargie d'une conférence donnée lors du colloque franco-brésilien sur le droit constitutionnel « démocratie : entre représentation et juridiction », à la Chambre des Députés [Colóquio franco-brasileiro de direito constitucional « Democracia: entre representação e jurisdição », na Câmara dos Deputados], le 10 mai 2019. Je remercie Juliana Mendes Rodrigues d'avoir fourni des données statistiques et jurisprudentielles inestimables issues de ses recherches pour un mémoire de maîtrise à L'IPOL / UnB. Je remercie également Mateus Rocha Thomaz pour l'indication de la jurisprudence et Alceu Fernandes da Costa Neto pour la révision minutieuse du texte.

43 Professeur de Droit Public à la Faculté de Droit de l'Université de Brasília.

44 Le fait que, conformément aux paragraphes VIII et IX de l'art. 15, la responsabilité d'interpréter et de « garder la Constitution » a été confiée au Législatif (cf. Pimenta Bueno, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Villeneuve, 1857, p. 69-70) n'implique pas un contrôle de constitutionnalité au sens strict en tant que contrôle

aux États-Unis, il est possible d'affirmer que dans le cadre du texte « impérial » aurait pu être développé un type de *contrôle judiciaire*.<sup>45</sup> Mais avec cela, on ne se rendrait pas compte qu'il y avait une contradiction entre la figure du Pouvoir Modérateur en tant que pouvoir suprême de l'état (art. 98-101) et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.<sup>46</sup> On supposerait plutôt que le contrôle aurait pu se faire par le Pouvoir Modérateur, qui était chargé d'assurer « le maintien de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des pouvoirs les plus politiques » (art. 98). Cependant, cela aurait été une politique de contrôle par l'intermédiaire d'un agent de l'état qui n'était pas soumis politiquement ou juridiquement à aucune responsabilité, l'Empereur (art. 99), de sorte que ce contrôle ne pourrait pas avoir servi de constitutionnalité que la réflexivité *dans* le système juridique. Mais finalement, la notion de constitutionnalité n'a pas été adoptée dans la pratique politique de l'Empire.

À cet égard, il y a deux exemples intéressants, et en ne tenant compte que l'activité du pouvoir officiel de l'état : le réaménagement a été essentiel à la constitution décentralisée de 1834 (Acte Adiclionnel – Loi n. 16 du 12/8/1834)<sup>47</sup> par le biais de la Loi d'Interprétation de 1840 (Loi n. 105 du 12/5/1840), une

---

interorganique de la Constitution, mais plutôt une forme de contrôle intraorganique, dans lequel une partie est identifiée au juge (cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato* : le « forme di Stato » e le « forme di governo », le Costituzioni moderne. 3<sup>e</sup> éd. Milan: Giuffrè, 1974, p. 542). Sur la distinction entre le contrôle interorganique et le contrôle intraorganique, voir Loewenstein, Karl. *Verfassungslehre*. 3<sup>e</sup> éd. Tübingen : Mohr, 1975, p. 167 ss.

45 Cf. en ce sens Miranda, [Francisco Cavalcanti] Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda no 1 de 1969*. 2<sup>e</sup> éd. 2<sup>e</sup> impression. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, v. III, 1973, p. 620.

46 En ce sens, Bittencourt, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2<sup>e</sup> éd.. Rio de Janeiro : Forense, 1968, p. 28.

47 Selon cet amendement constitutionnel, suivant une formule de conciliation entre « fédéralistes », « libéraux modérés » et « conservateurs », la responsabilité des provinces a été étendue, notamment en ce qui concerne le Pouvoir Législatif (les « Conseils Généraux de Province » – art. 71-89 de la Charte Constitutionnelle – ont été, en conséquence, renommés « Assemblées Législatives Provinciales – art. 1<sup>er</sup> de l'Acte additionnel [Ato Adicional à l'original] »). Sur ce sujet, voir Bastos, [Aureliano] Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife: Editora Nacional, 1937 (1<sup>ère</sup> éd. Rio de Janeiro, 1870), p. 86 ss.; Leal, Aurelino. *Historia Constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1915, p. 167 ss.; Roure, Agenor de. *Formação constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro : Jornal do Commercio, 1914, p. 205-208; Martins Ferreira, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Max Limonad, 1954, p. 53-56; Melo Franco, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II : *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1960, p. 106-110; Bonavides, Paulo; Andrade, [Antonio] Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília : [Senado Federal]/[Rio de Janeiro :] Paz e Terra, 1989, p. 112 ss.; Pacheco, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro/São Paulo : Freitas Bastos, v. I, 1958, p. 215 ss.; e as observações críticas de Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6<sup>e</sup> éd. Porto Alegre : Globo, v. 1, 1984, p. 307 et suivants., compte



loi ordinaire,<sup>48</sup> et l'introduction de l'élection directe conformément législation ordinaire (Loi n. 3.029, du 9/1/1881) en contradiction, par conséquent, aux dispositions de la Constitution sur l'élection indirecte (art. 90-94).<sup>49</sup> Dans ces cas, il ne vaut pas l'argument de l'art. 178 de la Charte constitutionnelle de 1824, seulement ses dispositions qui concernent « le respect aux limites, et les attributions respectives des Pouvoirs Politiques, et les Droits Politiques et individuels des citoyens » étaient soumises aux déterminations constitutionnelles spéciales sur la réforme constitutionnelle (art. 174-177) : les autres dispositions du texte constitutionnel (« tout ce qui n'est pas constitutionnel ») pourraient être modifiées par les législatures ordinaires.<sup>50</sup> Les exemples donnés sont bien sûr des questions constitutionnelles au sens du texte.<sup>51</sup> Dans de telles infractions *officielles* au texte constitutionnel, cependant, elles ne sont que des symptômes de manque de constitutionnalité, un problème qui doit être attribué, tout d'abord, à la pratique « informelle » du pouvoir étatique et des détenteurs de pouvoir extra-étatiques.<sup>52</sup> Dans ce contexte, il convient de noter

---

tenu de la dissonance entre les revendications consignées dans l'Acte additionnel et la réalité politique.

- 48 Par conséquent, les pouvoirs des « Assemblées Législatives Provinciales » qui leur sont assignés par l'Acte Additionnelle ont été restreints. Felisbello de Oliveira Freire (*História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília : UnB, 1983 [1<sup>re</sup> éd. 1894], p. 91 ss.) a critiqué la « loi d'interprétation » comme une réaction « conservatrice et centralisatrice » contre « les réalisations libérales de 1834 » et lui a attribué des conséquences économiques négatives. Cf. aussi dans ce sens Bastos, *op. cit.* (note 47), p. 94-95. Mais considérer la décentralisation « formelle » comme un moyen efficace de surmonter les problèmes économiques et sociaux constituait une position illusoire, comme l'expérience « fédéraliste » de la « Première République » l'a montré plus tard.
- 49 Il convient de noter que cette réforme électorale impliquait une limitation encore plus forte du droit de vote, puisque le droit à la participation électorale est alors devenu dépendant d'un revenu annuel net de 200.000 réis (art. 2<sup>e</sup> de la Loi n° 3.029 de 1881 – entre autres, disponible en : Soares de Souza, Francisco Belisário. *Le système électoral dans L'Empire (avec annexe contenant la législation électorale dans la période 1821-1889)*. Brasília : Senado Federal, 1979 [1<sup>ère</sup> éd. 1872], p. 335-369), qui, selon la Charte constitutionnelle (art. 94, I), ne vaut que pour ceux qui ont voté au second tour (« électeurs »), pas pour ceux du premier tour (« votants »), qui devraient avoir un revenu annuel net de 100.000 réis (art. 92, V). Dans ce contexte, sur la baisse des inscriptions et des participations électorales à l'élection directe de 1881, cf. Faoro, *op. cit.* (note 47), p. 375-376; v. 2, 1985, p. 620, cependant, avec d'autres déductions.
- 50 À cet égard, l'influence de l'art. 16 de la Déclaration des droits de L'Homme et du Citoyen de 1789 est clairement démontrée.
- 51 Contre cette position, Soares de Souza (*op. cit.* [note 49], p. 118-126) s'est exprimé au sujet de l'introduction du vote direct, mais sans convaincre. En ce qui concerne la « loi d'interprétation », cf. aussi, dans une autre perspective, Melo Franco, *op. cit.* (note 47), p. 112, également en ce qui concerne la compétence du Pouvoir Législatif pour interpréter les lois (art. 15, incise VIII) ; sur la base de celui-ci, Bonavides ; Andrade, *op. cit.* (note 47), p. 123.
- 52 À cet égard, Faoro, dans sa brillante interprétation Politico-sociologique de L'œuvre littéraire de Machado de Assis, déclare : « la Constitution ne serait vénérée que par les politiciens de

que, bien que le « Pouvoir Législatif Général », conformément à l'art. 20 de l'Acte additionnel, aurait autorisation pour révoquer les actes des législateurs provinciaux qui portent atteinte à la Constitution, les nombreux actes inconstitutionnels des législateurs locaux sont subordonnés à un contrôle par des « avertissements ministériels » dans la pratique constitutionnelle quotidienne.<sup>53</sup>

Par une formulation indirecte, le *diplôme constitutionnel de 1891* (art. 59, § 1<sup>er</sup>) a assimilé le modèle nord-américain de contrôle diffus de la constitutionnalité.<sup>54</sup> La recevabilité du recours devant la Cour suprême fédérale a été prononcée contre des peines dans lesquelles la Justice des États a remis en question « la validité ou l'application des traités et lois fédéraux » (alinéa *a*) ou s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité des lois et actes des gouvernements des États dont la « validité au regard de la Constitution » a été contestée (alinéa *b*).<sup>55</sup> Ainsi, la compétence des juges et des tribunaux pour vérifier la constitutionnalité des lois et actes du gouvernement a été reconnue.<sup>56</sup> Mais

---

l'opposition, qui, au gouvernement – parce que c'était un gouvernement – ont violé, assumant les instruments du pouvoir qu'elle ne limitait que nominalement. L'exercice du gouvernement serait toujours la Constitution violée – voilà le cri pittoresque et creux de l'opposition : « Plongeons dans le Jourdain constitutionnel » (Faoro, Raymundo. *Machado de Assis : a pirâmide e o trapézio*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Ed. Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo Faoro, 1976, p. 65-66).

53 Cf. Rodrigues, José Carlos. *Constituição Política do Império do Brasil ...* Rio de Janeiro : Laemmert, 1863, p. 183-188.

54 Mais il avait déjà été prévu au § 1<sup>er</sup> de l'art. 58 du texte constitutionnel « publié » par le Gouvernement provisoire par le Décret n° 510, du 22/6/1890 (entre autres, à Alencar, Ana Valdez A. N. de ; Rangel, Leyla Castello Branco [orgs.]. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*. Brasília : Senado Federal, 1986, v. 1, p. 63-82), et introduit dans le droit Brésilien par le décret no 848 du 11/10/1890 (cf., à ce sujet, Bandeira de Mello, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Bushatsky, 1980, p. 156; Miranda, [Francisco Cavalcanti] Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. VI, 1960, p. 417; Barbi, Celso Agrícola. « Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil ». *Revista de Direito Público* [São Paulo : RT], année I, 1968, n° 4, p. 34-43, p. 37).

55 Cette disposition (art. 59, § 1<sup>er</sup>) du diplôme constitutionnel de 1891 correspond presque littéralement à un addendum de Rui Barbosa au projet de constitution de la « commission des juristes » du gouvernement brésilien. Cf. Barbosa, Rui. *A Constituição de 1891 (Obras Completas, v. XVII, 1)*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 78. Il a ainsi exprimé son admiration pour l'expérience du *judicial review* aux États-Unis. L'amendement constitutionnel complet de 1926 a également affecté cette disposition constitutionnelle (à partir de celle-ci, alors, art. 60, § 1<sup>er</sup>, alinéas *a* et *b*) : au lieu de « la validité, ou l'application », il a été écrit alors « la durée ou la validité » ; il n'y avait plus de référence aux « traités » (il comprenait, cependant, le paragraphe *d*, qui établissait le pouvoir de recours de la décision de dernière instance de la justice étatique pour le STF « lorsqu'il traite de questions de droit pénal ou civil international »).

56 Le fait que cette disposition ne se réfère pas aux décisions de la Cour Fédérale ne signifie pas que les Tribunaux Fédéraux (à l'exception de la Cour suprême fédérale) sont exclus du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes de gouvernement. La raison en était que, pour leurs décisions, la restriction du recours devant la Cour Suprême Fédérale ne valait pas, comme c'était le cas

l'inconstitutionnalité des actes de gouvernement s'est accumulée et est devenue plus grave que dans « l'Empire ». Peu de temps après l'entrée en vigueur « formelle » du décret constitutionnel, le Président de la République (Maréchal Deodoro Da Fonseca) dissout le Congrès National (3/11/1891), démissionne sous la pression de l'armée (23/11/1891) et est remplacé de manière inconstitutionnelle par le vice-président.<sup>57</sup> L'interrègne militaire (à partir de 1889) ne s'est donc pas terminé avec la promulgation du texte constitutionnel de 1891, mais est resté à travers l'activité violant la Constitution par les deux premiers présidents maréchaux jusqu'à l'année 1894.<sup>58</sup> Cependant, après la fin de cette période, seule la forme d'activités offensantes pour la Constitution par le pouvoir de l'état est modifiée : de la « méthode militaire » de violation constitutionnelle aux formules « politiques » de saper la Constitution. Si l'on considère l'activité inconstitutionnelle des agents de l'État menée en marge des actes officiels et de la normalisation (« politique du gouverneur », arrangements du « Colonel », abus de l'intervention fédérale et de l'état de siège, etc.), on perd toute notion d'une « ordre conforme à la Constitution ».<sup>59</sup>

Avec des modifications technico-juridiques mineures apportées au texte intégral, la *Constitution de 1934* (art. 76, par. III, alinéas *b* et *c*) a maintenu la formule du contrôle de constitutionnalité selon le modèle américain, telle qu'elle était présentée dans le texte de 1891 (en particulier dans la version de 1926 – voir note 55 du présent chapitre). Comme nouveauté, il a été introduit le contrôle

---

pour les tribunaux locaux (art. 59, incise II) ; en outre, les tribunaux fédéraux étaient explicitement chargés de statuer sur les affaires juridiques sur lesquelles l'une des parties fonde son action ou sa défense sur des dispositions de la Constitution (art. 60, alinéa *a*).

57 À propos des événements, voir Carone, Edgard. *A República Velha (Evolução política)*. São Paulo : Difel 1971, p. 39 ss. L'investiture du vice-président (Maréchal Floriano Peixoto) violait la Constitution, car la moitié du mandat du Président « renonçant » n'avait pas encore expiré. Selon l'art. 42 de la Constitution de 1891, une nouvelle élection présidentielle devrait avoir lieu dans ce cas. Cf. à ce propos Barbosa, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Org. Homero Pires. São Paulo : Livraria Academica/Saraiva, v. III, 1933, p. 149 ss.; Seabra Fagundes, M. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife : OAB-PE, 1982, p. 17-18; Pacheco, op. cit. (na nota 47), p. 241; Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4<sup>e</sup> éd. Rio de Janeiro/São Paulo : Freitas Bastos, 1948, v. I, p. 115.

58 Um « *intermezzo* de atividades políticas pelo lado militar » (!), segundo Moltmann, Bernhard. « Konstitutionsbedingungen des Staates im Brasilien des 19. Jahrhunderts ». In : Hanisch, Rolf; Tetzlaff, Rainer (orgs.), avec la collaboration de Siebold, Thomas. *Historische Konstitutionsbedingungen des Staates in Entwicklungsländern*. Frankfurt am Main : Metzner, 1980, p. 99-117, p. 106.

59 Sur ce sujet, voir Lynch, Souza Neto, Cláudio Pereira de. « O constitucionalismo da inefetividade : a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio ». *Quaestio Iuris* (Rio de Janeiro : UERJ), v. 5, 2012, N. 2, p. 85-136.

de la constitutionnalité de la loi qui a décrété l'intervention fédérale respective dans les États (art. 12, incise V) en cas de non-respect des principes constitutionnels de la Fédération (art. 7, incise I), comme présumé pour l'exécution de mesures interventionnelles. Dans ce cas, la Cour suprême fédérale devrait se prononcer sur la demande du Procureur général de la République (art. 12, § 2<sup>e</sup>). C'était une tentative pour éviter un problème qui venait de la Première République, l'abus de l'intervention fédérale. En outre, il a établi la compétence du Sénat fédéral de « suspendre l'exécution, en tout ou en partie, de toute loi ou de tout acte, délibération ou règlement, lorsqu'ils ont été déclarés inconstitutionnels par le pouvoir judiciaire » (art. 91, incise IV) – prétendument, compte tenu du principe de partage des pouvoirs. Une nouveauté non moins importante est l'apparition de la disposition selon laquelle les tribunaux ne peuvent déclarer l'inconstitutionnalité des lois ou des actes de puissance publique qu'à la majorité absolue des voix (art. 179). Mais dans la courte période de validité « formelle » de la Constitution nominaliste de 1934, le pouvoir de l'état se caractérisait davantage par une activité qui sapait le texte constitutionnel que par un minimum de soutien aux mécanismes de contrôle constitutionnel.<sup>60</sup>

À l'exception de l'exigence de la majorité absolue pour la déclaration d'inconstitutionnalité par les tribunaux (art. 96), la *Charte constitutionnelle de 1937* a rejeté les innovations du texte de 1934. Dans le « contrôle diffus » de la constitutionnalité, basé sur le modèle américain et adopté dans la formule qui remonte à 1891 (art. 101, incise III, *b* et *c*), mais avec une restriction : à la demande du Président de la République, le Parlement, avec l'appui d'une majorité composée des deux tiers des suffrages exprimés dans les deux chambres (Conseil Fédéral et la Chambre basse), il pourrait annuler leurs demandes à la Cour concernant l'inconstitutionnalité de la loi (art. 96, Paragraphe unique).<sup>61</sup> Le modèle de contrôle de la constitutionnalité était en contradiction directe avec la position du sommet du chef de l'État, considérablement renforcée, dans le cadre des dispositions du texte transitoire et de fin de texte de 1937, dans lequel il était

60 Cf. Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin : Duncker & Humblot, 1992, p. 126-128.

61 Contrairement aux décisions de réforme constitutionnelle, qui peuvent être approuvées à la majorité simple ou absolue dans les deux chambres parlementaires (art. 174), ce précepte constitutionnel implique l'exigence d'une majorité qualifiée pour la Cassation du procès par le Parlement. Cf. Nunes, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Forense, 1943, p. 593, nota 25; Bandeira de Mello, op. cit. (na nota 54), p. 179.

« déclaré dans l'ensemble de l'état d'urgence du pays » (art. 186) sur une base continue, jusqu'à la fin du soi-disant Estado Novo en 1945, (ayant été abrogé par la loi n. 16 du 30 novembre de 1945), et, dans ce contexte, le pouvoir politique, (également sur la réforme législative et constitutionnelle) il était concentré uniquement sur le président de la République (art. 166-170, 178, 180 et 187).<sup>62</sup> Sans aucun contrôle juridique, il détient exclusivement le pouvoir de modifier la charte constitutionnelle et de retirer les juges ou de les rendre disponibles. Dans ces conditions, la notion de constitutionnalité en tant que réflexivité du système juridique ne pouvait être imposée du tout : il s'agissait d'une politisation unilatérale de la « question constitutionnelle ».<sup>63</sup>

Avec quelques modifications technico-juridiques, la *Constitution de 1946* a adopté, fondamentalement (Art. 8<sup>o</sup>, paragraphe unique ; art. 4<sup>e</sup> ; art. 101, paragraphe III, alinéas *a*, *b* et *c* ; art. 200), le schéma de contrôle de la constitutionnalité du texte de 1934.<sup>64</sup> Il n'est pas contesté ici que ce modèle a commencé à se développer dans une mesure limitée (pour les groupes intégrés et surintégrés) dans la nouvelle constellation, malgré le nominalisme constitutionnel. Cependant, avec la rupture constitutionnelle de 1964, la notion de constitutionnalité en tant qu'expression de réflexivité *dans* le système juridique a été totalement repoussée. Malgré cela, les premières lois d'exception à force constitutionnelle (les lois institutionnelles) n'abrogeaient pas « formellement » la

62 Cf. Neves, op. cit. (na nota 60), p. 129-131.

63 Il convient d'ajouter ici que, dans le cadre du Pouvoir Législatif qui lui a été conféré par l'art. 180 (en tant que « Disposition transitoire »), le président a exercé la compétence parlementaire fondamentale de l'art. 96, paragraphe unique, c'est-à-dire qu'il a cassé les déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité par décret-loi (Décret-loi n. 1564, de 1939). À ce sujet, cf. Bittencourt, op. CIT. (note 46), p. 139.

64 Le contrôle de la constitutionnalité aux fins de l'intervention fédérale dans les États ne se réfère plus à la loi de l'intervention de l'Union comme dans le décret constitutionnel de 1934 (art. 12, § 2<sup>e</sup>), mais aux actes des États contestés pour leur inconstitutionnalité (texte de 1946, art. 8<sup>o</sup>, paragraphe unique) ; à cet égard, Bandeira de Mello, op. cit. (note 54), p. 187-188; Miranda, op. cit. (note 54), v. II, p. 72 et 74. En ce qui concerne le « recours extraordinaire » devant la Cour Suprême Fédérale pour contrôler la constitutionnalité des lois et des actes normatifs dans le cas juridique en question (art. 101 III, alinéas *a*, *b* et *c*) ne fait pas référence aux décisions des tribunaux locaux, comme dans les constitutions de 1891, 1934 et 1937, mais quelle que soit la décision judiciaire prise en seule et dernière instance (pour le respect, avec louange, Miranda, op. cit. (note 54), v. III, 317 – Voir note 56 *ci-dessus*) ; en outre, il a également déclaré la recevabilité de ce recours dans les cas où l'arrêt était contraire à une disposition de la Constitution (alinéa *a*). Sur le contrôle de la constitutionnalité dans le cadre du diplôme constitutionnel de 1946, voir Bandeira de Mello, op. cit. (note 54), p. 180 et suiv.

Constitution de 1946 ni ses mécanismes de contrôle de la constitutionnalité.<sup>65</sup> En outre, par l'amendement constitutionnel n. 16 du 26/11/1965 (art. 2<sup>e</sup>), la représentation directe contre l'inconstitutionnalité des lois et des actes normatifs de l'Union et des États a été introduite, qui doit être transmise à la Cour Suprême Fédérale par le Procureur général de la République (art. 101, par. I, alinéa *k*, selon le nouveau libellé).<sup>66</sup> Dans ce contexte du domaine des lois d'exception, une telle intensification des possibilités de contrôle judiciaire de la constitutionnalité servait davantage au contrôle politique des organes « subordonnés » de l'état qu'à la réflexivité dans le système juridique.

Les *textes constitutionnels de 1967* [art. 11, § 1<sup>er</sup> alinéa *c*) ; art. 45 IV) ; art. 111 ; art. 114, incise I, alinéa *I* et incise III, alinéas *a*, *b* et *c*) et de 1969 (art. 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa *c* ; art. 42, incise VII ; art. 116 ; art. 119, incise I, alinéa *I*, et incise III, alinéas *a*, *b* et *c*), ont adopté le modèle de contrôle de la constitutionnalité du texte de 1946 l'innovation apportée par l'amendement constitutionnel n. 16 de 1965. De manière plus prudente, au lieu de « déferé par le Procureur Général de la République », la disposition relative à la représentation directe pour inconstitutionnalité devant la Cour suprême fédérale a reçu le libellé suivant : « représentation du Procureur général de la République » ; en ces termes, il a été assuré le contrôle autoritaire et politique de l'utilisation de ce mécanisme par l'exécutif militaire (art. 114 et 119, incise I, alinéa *I*).<sup>67</sup> Dans le cadre de la subordination des textes constitutionnels à des lois d'exception à force constitutionnelle (Actes institutionnels n. 5/68 à 17/69) ou simplement

65 Il est clair qu'avec ces lois d'exception, la Constitution de 1946 a été non seulement partiellement neutralisée, mais aussi totalement déformée.

66 À ce sujet, cf. Bandeira de Mello, op. cit. (note 54), p. 197 ss. Miranda (op. cit. [note 45], v. IV, 1970, p. 44) se trompe donc en affirmant que ce type de procédure de contrôle réglementaire a été établi pour la première fois avec la Constitution de 1967.

67 À ce sujet, cf. les décisions de la Cour Suprême Fédérale (STF, Recl 849 premier DF, Rapporteur ministre Adalício Nogueira, julg. 10/3/1971, Cour plénière, DJ 13/12/1971, PP-07096, EMENT VOL-00859-01, PP-00036) et le Conseil fédéral de L'Ordre des avocats du Brésil (OAB-CF. « Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo C. N. 1.336/71) ». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Rio de Janeiro : OAB-CF), v. III, 1971, n° 6, p. 256-291), qui, compte tenu du libellé de cette disposition dans la constitution de 1967/69, il a été convenu que la décision du Bureau du Procureur Général, qui avait rejeté une demande du MDB (Mouvement Démocratique Brésilien, le seul parti qui est opposé au fonctionnaire à l'époque) pour la « saisine » d'une réclamation devant la Cour suprême fédérale contre l'inconstitutionnalité des actes normatifs du gouvernement. Il est à noter ici que, selon la lettre de la Constitution de 1967 (art. 138), la nomination du Procureur Général de la République, par les présidents, même si elle est courte, elle dépend encore de l'approbation du Sénat ; mais, conformément à L'amendement constitutionnel n° 1, 1969, le Président de la République, a obtenu le pouvoir de nommer librement (art. 95).

à l'idéologie de la « Sécurité Nationale », un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des actes du gouvernement militaire ou un contrôle contre ses intérêts est devenu inapplicable ou même inimaginable.<sup>68</sup> Il n'est pas inconnu ici que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des normes émises par des organes étatiques *politiquement* subordonnés a fonctionné dans une certaine mesure.<sup>69</sup> Cependant, la réflexivité ne s'est en aucun cas développée *dans* le système juridique et n'a pas non plus trouvé de soutien à la notion d'une « ordre conforme à la Constitution ».

## 5.2. Le modèle textuel de contrôle de constitutionnalité de la Constitution de 1988

Le *texte constitutionnel de 1988* présente un large éventail de possibilités de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs du gouvernement fédéral et des États. Grand part du schéma de la Constitution antérieure a été maintenu : le contrôle judiciaire et diffus dans l'affaire en question (art. 102, incise III), qui selon le modèle américain, remonte au document constitutionnel de 1891; et le critère de constitutionnalité comme base de l'intervention du gouvernement fédéral dans les États membres (art. 36, alinéa III), la compétence du Sénat pour la suspension de l'exécution des lois déclarées inconstitutionnelles par une décision finale de la Cour suprême (art. 52, incise X) ainsi que la règle de la majorité absolue pour une déclaration judiciaire de l'inconstitutionnalité (art. 97), sont trois dispositions qui, en dépit des changements résultent du texte constitutionnel de 1934. Entre-temps, la demande se tourne vers l'action directe d'inconstitutionnalité (ADI) des lois et des actes normatifs du gouvernement fédéral et des États, et est régie par la loi n. 9.868, du 10/11/1999) a été considérablement élargie ; non seulement le

---

68 Cf. Löbsack-Füllgraf, Lilli. *Verfassung und Alltag : Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien*. Sankt Augustin : Liberal, 1985, p. 54-56, en particulier en ce qui concerne la Loi sur la sécurité nationale.

69 Il convient de mentionner ici, en particulier, les nombreux arrêts de la Cour Suprême Fédérale, prononcés à la demande du procureur général de la République, sur l'inconstitutionnalité des dispositions des constitutions de l'état; cf. Cour Suprême Fédérale. *Representações por inconstitucionalidade : dispositivos de constituições estaduais*. Brasília : STF/Senado Federal, vols. I e II, 1976; v. III, 1984. On pourrait voir dans cette pratique l'expression d'une centralisation politique sous le régime militaire.

Procureur général de la République<sup>70</sup> est autorisé à « représenter » pour inconstitutionnalité devant la Cour suprême brésilienne, et en plus, il est possible de proposer une action directe d'inconstitutionnalité, le président de la République, les présidents de la Chambre des représentants ou du Sénat, et le Conseil Fédéral de l'ordre des avocats du Brésil et des partis politiques représentés au Congrès (des organismes nationaux et des entités ayant droit à l'universel), le bureau du Conseil législatif (des États membres), ou de la chambre législative du district fédéral et du gouverneur de l'état ou du District fédéral, (tel que modifié par EC-45) (les organismes n'ont droit qu'aux intérêts qui sont liés aux entités fédératives respectives), ainsi qu'aux syndicats et au soutien du niveau national (légitime, seulement à leurs propres intérêts ou à ceux de ses membres (art. 103). Ainsi, le nouveau document constitutionnel Brésilien a fusionné des éléments du contrôle « concentré » de la constitutionnalité par l'intermédiaire d'un tribunal spécialisé, selon le modèle européen, avec des éléments du contrôle nord-américain de la constitutionnalité. En outre, il est prévu pour la déclaration d'inconstitutionnalité par omission (art. 103, § 2<sup>e</sup>),<sup>71</sup> en réalité, sous l'influence de la Constitution portugaise (art. 283).

Un autre aspect pertinent était la disposition de l'argument du non-respect du précepte fondamental (ADPF), qui, bien que prévu dans le texte original de 1988, était en attente d'intégration par le droit commun (art. 102, § 1<sup>ère</sup>).<sup>72</sup> Cette action constitutionnelle a été régie par la loi n. 9.882 du 3/12/1999, ayant un caractère subsidiaire, en particulier en ce qui concerne la ADI (art. 4<sup>e</sup>, § 1<sup>er</sup>, de cette Loi).

Enfin, par l'amendement constitutionnel n. 3 du 17/3/1993, l'action déclaratoire de constitutionnalité (ADC) de la loi fédérale ou de l'acte normatif a été introduite, donnant une nouvelle formulation à l'art. 102, incise I, alinéa *a*, de la Constitution fédérale, et y ajoutant les § 2<sup>e</sup> de l'art. 102 et § 4<sup>e</sup> de l'article 103. L'ADC était réglementé par les arts. 13 à 28 de la loi n. 9.868 du 10/11/1999.

70 Pour sa nomination par le président de la République, le nouveau texte constitutionnel (art. 52, incise III, alinéa *e*; art. 128, § 1<sup>er</sup>) requiert à nouveau (contrairement au texte de 1969) l'approbation du Sénat fédéral.

71 Réglementé par des articles. 12-A à 12-H de la Loi n. 12.063, du 27/10/2009.

72 A l'origine, paragraphe unique de l'art. 102, transformé en § 1<sup>er</sup> de l'art. 102 par Amendement Constitutionnel n. 3, du 17/3/1993.



Un organisme étranger entré dans le régime de contrôle de la constitutionnalité instauré par la Constitution de 1988 était la « modulation des effets » de la déclaration d'inconstitutionnalité, conformément à l'art. 27 de la loi n. 9.868/1999 :

Art. 27. Lorsqu'elle déclare l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif, et pour des raisons de sécurité juridique ou d'intérêt social exceptionnel, la Cour Suprême à la majorité des deux tiers de ses membres peut restreindre les effets de cette Déclaration ou décider qu'elle n'a d'effet qu'à partir de son passage en cour ou d'un autre moment qui peut être fixé.

Ce dispositif rend non seulement *ex nunc* (« de son transit dans le jugement ») les effets de certaines déclarations d'inconstitutionnalité, supprimant la tradition constitutionnelle brésilienne des effets *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il rend également, dans la pratique, certaines lois et actes normatifs inconstitutionnels validables, à condition qu'il n'établisse pas de délai (« ou tout autre délai pouvant être fixé ») pour que les actes normatifs respectifs continuent d'affecter et de produire des effets juridiques. En ce sens, il permet à la Cour suprême fédérale de supprimer la nullité de certaines lois et actes normatifs inconstitutionnels (dans la compréhension dominante depuis la Constitution de 1891), les transformant en actes annulables. Par conséquent, la constitutionnalité de l'art. 27 de la loi n. 9.868/1999 est controversée, étant donné qu'un tel amendement nécessiterait un amendement constitutionnel.

On ne peut pas soutenir que cette réglementation complète des procédures juridiques et constitutionnelles pour contrôler la constitutionnalité des lois et des actes normatifs a une signification pratique. Le nombre d'actions liées au contrôle direct ou accessoire de la constitutionnalité a considérablement augmenté au cours du régime constitutionnel de 1988. Il s'agit d'une expansion éclectique des dispositifs constitutionnels de contrôle de la constitutionnalité, sous l'influence principalement de l'expérience de contrôle diffus et accessoire des États-Unis, du paramètre de contrôle concentré allemand et également des aspects du modèle portugais de contrôle de la constitutionnalité. Avec cela, plusieurs pistes de remise en question de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs s'ouvrent abondamment. Mais quelle est la signification de cette abondance pour la force normative de la Constitution,<sup>73</sup> pour sa réalisation

73 À ce sujet, cf. Hesse, Konrad. « Die normative Kraft der Verfassung ». In : Hesse, Konrad. *Ausgewählte Schriften*. Org. P. Häberle e A. Hollerbach. Heidelberg : Müller, 1984, p. 3-18; Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin : Duncker & Humblot, 1984, p. 77-93.

normative cohérente<sup>74</sup> et, enfin, pour sa réalisation en tant que norme de conduite et d'attentes juridiques et politiques ?<sup>75</sup>

### 5.3. Du modèle textuel à la pratique du contrôle de constitutionnalité dans le régime de la Constitution de 1988 : abondance quantitative et carence qualitative du contrôle de constitutionnalité

Ces observations sur le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs de la puissance publique dans le texte constitutionnel de 1988 sont très limitées pour fournir un cadre de l'absence de constitutionnalité en tant que réflexivité plus globale *dans* le système juridique. Il est vrai qu'il y a eu une immense expansion des mécanismes formels de contrôle, mais il convient de s'interroger sur leur impact qualitatif sur la pratique constitutionnelle, en particulier pour les couches sociales marquées par l'exclusion sociale et politico-juridique.

Pour les couches de la population qui ont accès à leurs avantages, le système *politico-juridique* laisse une certaine marge de manœuvre pour le levier du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs du gouvernement et de l'administration, comme prévu dans le texte constitutionnel. Par conséquent, on pourrait déduire du cours de l'histoire constitutionnelle Brésilienne une évolution qui n'aurait été interrompue que par des violations constitutionnelles autoritaires.

74 J'utilise le terme « concrétisation » dans un sens proche de celui de Friedrich Müller, pour lequel la « procédure de concrétisation » englobe la production de la « norme juridique » et de la « norme de décision [de l'affaire] » (cf. Müller, Friedrich, *op. cit.* (note 73), esp. p. 263; *idem*, *Juristische Methodik*. 6<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker & Humblot, 1995, esp. p. 166 ss.; *idem*, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker & Humblot, 1990; *idem*, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. Ralph Christensen. Berlin : Duncker & Humblot, 1990), mais comprend également des actes juridiques concrets en général, lorsqu'ils lient les parties concernées. Sur la mise en œuvre constitutionnelle, Voir Aussi Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12<sup>e</sup> éd. Heidelberg/Karlsruhe : Müller, 1980, p. 24 ss.; Christensen, Ralph. « Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gestezespositivistischen Textmodells ». In : Müller, Friedrich (org.). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin : Duncker & Humblot 1989, p. 47-91, p. 87 ss.

75 J'ai appliqué la réalisation pour désigner les actes de simple observation et de simple exécution de la loi dans le plan strictement factuel, tels que, respectivement, le paiement d'une dette ou la conduite coercitive d'un condamné à une peine d'emprisonnement dans le pénitencier respectif. Cf. sur la distinction entre la réalisation et la réalisation du droit Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5<sup>e</sup> éd. Coimbra : Almedina, 1991, p. 207-209.

En analysant la question au-delà de ce point de vue restreint, il convient de noter d'abord que la notion de constitutionnalité en tant que réflexivité dans le système juridique n'a de sens que si la production normative visée dans le texte constitutionnel s'avère efficace et capable de généraliser dans le processus de concrétisation (efficacité et validité sociale). À cet égard, il convient d'ajouter que l'existence de la constitutionnalité ne dépend pas seulement de l'accord des règlements ou décisions officiels avec le texte constitutionnel (qui, dans ce contexte, est très peu pertinent), mais aussi et surtout de la pratique constitutionnelle « informelle » quotidienne.

Ce n'est pas le cas du Brésil : la régularité de l'extrême violation des droits fondamentaux par l'appareil policier, l'insignifiance des « droits sociaux fondamentaux » déclarés par les « normes constitutionnelles programmatiques » pour de larges secteurs de la population et l'action des agents du pouvoir public en dehors de la loi et de la Constitution sont en contradiction avec la constitutionnalité en tant que réflexivité la plus complète du système juridique. Ce type de réflexivité est rompu dans le processus de concrétisation, sinon par la législation elle-même avec force constitutionnelle, comme cela se produit dans les périodes autoritaires. Dans ces conditions, on ne peut pas dire, comme Luhmann, que « le code licite/illicite génère la Constitution, car la Constitution doit générer le code ». <sup>76</sup> Au contraire, il s'avère ce qui suit : le développement d'un code « légal/illégal » généralisé est bloqué, car le développement d'une Constitution fonctionnellement adaptée en tant qu'instance de droit réflexive plus complète est bloqué, et vice versa. Le code réflexif « constitutionnel/anticonstitutionnel » disparaît avant le code « licite/illicite », et on ne peut pas affirmer, dans ces circonstances, que « la Constitution ferme le système juridique ». <sup>77</sup> Au contraire, dans le contexte brésilien, il faut reconnaître le paradoxe paralysant : « le problème ne réside pas seulement dans la constitutionnalité du droit, il réside, tout d'abord, dans la juridicité de la Constitution ». <sup>78</sup>

Outre ces aspects généraux, il existe des problèmes spécifiques internes à l'institutionnalisation du contrôle de constitutionnalité qui empêchent son fonction-

---

76 Luhmann; Niklas. « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft ». *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990) (Frankfurt am Main : Löwenklau), p. 176-220, p. 189.

77 Luhmann, Niklas, op. cit. (na nota 76), p. 187.

78 Luhmann, Niklas. « Zur Einführung ». In : Neves, op. cit. (na nota 60), p. 1-4, p. 3.

nement satisfaisant dans la pratique juridique. Dans les sections suivantes, nous allons les traiter.

## 5.4. Conception institutionnelle du vote et du jugement

Du point de vue de la conception institutionnelle formelle, le fait que les votes des juges soient donnés *in seriatim* (en série), c'est-à-dire que chaque vote est rédigé séparément par chaque Ministre et fait partie du jugement, rend tout apprentissage collégial hautement improbable.<sup>79</sup> À cet égard, ce qui compte c'est le dispositif. D'une certaine manière, au lieu d'une exception, le vote simultané est la règle dans les cas controversés : en plus des votes convergents et divergents sur les fondements (*ratio decidendi*) et le dispositif, alors il y a beaucoup de votes dans lesquels il y a convergence sur le dispositif et divergence sur les fondements. Dans les cas de haute pertinence constitutionnelle, la décision est prise même à l'unanimité, mais les motifs sont divers et parfois contradictoires. Il n'y a pas de *ratio decidendi* commun. Il n'y a de décisionnisme par rapport à la majorité convergente que autour du dispositif. En cas de déclaration d'inconstitutionnalité ou de non-respect d'un précepte fondamental, il est courant de parvenir à une telle majorité concernant le *dispositif*, sans que cela se produise par rapport aux *fondements*.<sup>80</sup>

Dans ce modèle, le résumé lui-même ne parvient souvent pas à exprimer le fondement et le résultat de la décision, compte tenu des incongruités argumentatives dans la procédure de prise de décision. Il n'est pas rare qu'il y ait une

79 Aux États-Unis d'Amérique, le vote *in seriatim* était la pratique devant le Justice John Marshall, ayant été source de confusion dans l'orientation jurisprudentielle (cf. Rotunda, Ronaldo, D. The Fall of Seriatim Opinions and the Rise of the Supreme Court. Verdict : Legal Analysis and Comments from Justitia, 17/10/2017. Disponible en : <<https://verdict.justia.com/2017/10/09/fall-seriatim-opinions-rise-supreme-court>>. Consulté le 18 juillet 2019.

80 N'étant pas l'espace d'une analyse détaillée des cas qui correspondent à cette affirmation, il est fait référence à un cas de grandes répercussions sociales, politiques et juridiques, la décision de non-réception *en bloc* de la Loi sur la presse dans le régime constitutionnel de 1988 : ADPF 130/DF, Rapporteur ministre Carlos Britto, julg. 30/4/2009, Cour plénière, DJe-208, divulg. 5/11/2009, publ. 6/11/2009. Malgré les digressions habituelles dans les votes des ministres, ce qui rend difficile la détermination des fondements qu'ils adoptent, il est observé qu'au moins deux des ministres qui ont formé la majorité de sept à cinq (Meneses Direito et Cezar Peluso) ont explicitement présenté des fondements divergents de ceux du rapporteur (votes concurrents) (cf. Teneur Intégrale de l'Arrêt, p. 95 et 122), de sorte qu'aucune majorité n'a été formée quant au *ratio decidendi* (votes convergents), mais cela n'apparaît pas dans le résumé ni dans l'expression illusoire du dispositif (« décision ») : « à la majorité et conformément au vote du Rapporteur ». Voir *infra* p. 227.

désorientation de ceux qui, en lisant le résumé, comptent sur une décision favorable à une certaine cause ou thèse et sont déçus en lisant l'arrêt.

Cette situation sape la construction de précédents. Le niveau d'incertitude, propre au droit, n'est pas réduit à la lumière de la jurisprudence du STF, mais dans de nombreux cas, il est accentué, conduisant même à une insécurité juridique. Dans ce contexte, l'apprentissage constitutionnel est bloqué et les constructions juridiques-dogmatiques elles-mêmes, dans leur fonction de « contrôle de la cohérence en vue de la décision d'autres affaires » et, dans cette fonction, de définir avec pertinence pratique « les *conditions du juridiquement possible*, à savoir les possibilités de la construction juridique des affaires de droit », <sup>81</sup> sont sapées.

En bref, l'incohérence juridique et, surtout, l'incohérence constitutionnelle dans la portée des différentes formes de contrôle de constitutionnalité sont déjà affectées par la conception institutionnelle de la formation des votes et le jugement de la Cour suprême. <sup>82</sup>

## 5.5. Le problème fonctionnel de la surcharge de travail

Du point de vue de la charge de travail, l'impossibilité de sélectionner rationnellement les affaires constitutionnellement pertinentes, associée à l'augmentation excessive des compétences, rend la capacité de décision de la cour très limitée. Onze ministres surchargés, chacun avec des dizaines de milliers de processus à décider chaque année, délèguent à un grand nombre de conseillers et d'analystes la compétence de « décider », sans qu'il y ait de conditions pratiques pour revoir leurs « décisions ». Les ministres, pour la plupart de leurs décisions, sont réduits à des tamponneurs de documents.

Soit dit en passant, L'amendement Constitutionnel 45/2004, censé réduire la charge procédurale de la Cour suprême, semble avoir permis un accès plus large au STF. Du 1/1/2010 au 12/7/2019, selon le portail de cette cour, 1.055.981 décisions ont été prises, avec une tendance à la croissance de 2012 (90.079) à

81 Luhmann, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart : Kohlhammer, 1974, p. 19.

82 Je reviendrai plus en détail sur la question de l'incohérence dans la prise de décisions à la Section 5.6.

2018 (126.742).<sup>83</sup> Le résumé contraignant, introduit par la EC 45/2004 permet de saisir immédiatement la Cour suprême des plaintes contre toute autorité administrative ou judiciaire qui ne la respecte pas (CF. art. 103-a, § 3<sup>e</sup>). Comme les résumés, analogues aux « lois interprétatives », doivent être interprétés, les possibilités de questionnement devant le STF se sont multipliées. De même, l'exigence de la répercussion générale en appel extraordinaire (cf. art. 102 § 3<sup>e</sup>) est controversée quant à l'effet de réduire la charge de travail de la Cour. La possibilité d'appel de remettre en cause la décision du tribunal *a quo* devant le STF conduit à une avalanche de cas soumis à cette Cour.<sup>84</sup> La modification constitutionnelle n. 45/2004, enfin, a transféré les compétences de la Cour supérieure de Justice au STF,<sup>85</sup> élargissant encore son champ d'action. Il semble, cependant, que sous-tend cette extension des pouvoirs la croyance erronée que l'augmentation de la compétence juridique conduit nécessairement à un plus grand pouvoir politique d'un organisme d'État.

Dans ce contexte, l'irrationalité fonctionnelle résulte donc du fait que l'augmentation de la demande est liée à la baisse de la capacité décisionnelle de la Cour suprême fédérale elle-même. Il n'y a pas de bon développement du STF en tant qu'organe judiciaire, mais plutôt, pour ainsi dire, un « gonflement » contraire à la cohérence juridique et à l'adéquation sociale de ses décisions.

83 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Consulté le 14 juillet 2019.

84 Il convient de noter qu'il n'est pas seulement possible pour le Tribunal *a quo* de faire appel devant la Cour suprême lorsque la première n'admet pas l'appel sur la base de la décision de la Cour suprême sur la répercussion générale. En outre, « lorsqu'il y a plusieurs recours fondés sur la même controverse », il appartient « au Tribunal d'origine de sélectionner un ou plusieurs recours représentatifs de la controverse et de les transmettre à la Cour suprême, en l'emportant sur les autres jusqu'à la décision finale de la Cour » (Code de Procédure Civile, *caput* et § 1<sup>er</sup> de l'art. 543-B, ajouté par la Loi n. 11.418 du 19 décembre 2006). Par conséquent, l'exigence d'une répercussion générale pour RE, en plus de ne pas réduire le fardeau des affaires dans le STF, nuit et alourdit les tribunaux *au quo*, puisque de nombreuses affaires sont exagérées en attente de décisions du STF (cf., avec des détails statistiques, Almeida, Fábio Portela Lopes de. « Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário ». *Conjur*, 28 de janeiro de 2013. Disponible en : <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>. Consulté le 14 juillet 2019.

85 Même en passant à la Cour suprême le pouvoir de « juger sur les cas d'appel spécial décidé, en seule ou dernière instance, lorsque la décision « de juger la loi locale valide contestée à la lumière de la loi fédérale » (Constitution Fédérale, art. 102, incise I, alinéa III, d), une tâche qui appartenait autrefois au Tribunal supérieur de Justice, par l'arrêt d'appel extraordinaire (CF art. 105, incise III, alinéa b).

## 5.6. La question technico-juridique de l'incohérence de la décision

En ce qui concerne l'aspect technico-juridique, le manque évident de cohérence et de cohérence de la chaîne décisionnelle se distingue. Les décisions qui sont incompatibles les unes avec les autres prolifèrent, souvent dans un laps de temps très court. Dans ce contexte, l'abus de ce qui serait l'*overruling* ou la *distinguishing*<sup>86</sup> implicite, sans que le STF explicite ou justifie le changement de position ou le cadre juridique différent du nouveau support factuel concret. Ce problème est lié au *déficit* institutionnel du vote *in seriatim*, impliquant des décisions incohérentes en interne dans le *ratio decidendi*, comme nous le soulignons à la fin de la Section 5.4. À cet égard, la charge de travail discutée dans la section précédente, qui consiste à importer des incongruités dans la chaîne décisionnelle du même ministre, soumise aux particularités décisionnelles d'une multitude de conseillers et d'analystes, est également pertinente. Mais l'incohérence dans la chaîne de prise de décision est liée à plusieurs facteurs, étant en particulier associés à des particularités politiques et autres, et atteint des décisions très pertinentes du point de vue juridique, politique et social en général.

Considérons, par exemple, la relation entre le fondement du procès de L'affaire *Ellwanger* et celui du procès pour non-réception en bloc de la « Loi sur la presse » (loi n. 5250 du 9/2/1967, qui réglementait « la liberté d'expression de pensée et d'information ») dans le régime de la Constitution fédérale de 1988.<sup>87</sup>

---

86 Issu de la *common law* : « dans la tradition de la *common law*, le droit implique la création et la révision de précédents par les cours d'appel. Il existe deux formes principales de révision en *common law*. La première, plus typique, est la *distinguishing*, dans laquelle une cour d'appel accepte le précédent, mais limite la portée de son application et établit une nouvelle règle pour les circonstances dans lesquelles le précédent ne s'applique plus. La deuxième forme, moins typique, est l'*overruling*, dans laquelle la Cour d'appel remplace simplement le précédent par une nouvelle règle ». [« In the common law tradition, the law evolves through the creation and revision of precedents by appellate courts. There are two principal forms of such revision in common law. The first, and more typical, is distinguishing, whereby an appellate court accepts the previous precedent, but limits the scope of its applicability and establishes a new rule for the circumstances in which the previous precedent no longer applies. The second, and less typical, form is overruling, whereby an appellate court simply replaces the precedent with a new rule » (Gennaioli, Nicola; Shleifer, Andrei. « Overruling and the Instability of Law ». *Journal of Comparative Economics*, v. 35, 2007, p. 309-328, p. 309-310).

87 À ce sujet, cf. Neves, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules* : princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3<sup>e</sup> éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2019, p. 209-214.

Dans le premier cas, dans le procès D'*Habeas Corpus* n. 82.424 / RS du 17 novembre 2003, la thèse de la prévalence de la dignité humaine et de la non-discrimination face à la liberté d'expression a prévalu, étant qualifiée de crime de racisme la paternité et la publication d'un livre qui niait l'existence de l'Holocauste pendant la période du Nacional socialisme.<sup>88</sup> Dans ce procès, le Ministre Carlos Britto, qui défendait la thèse de la prédominance absolue de la liberté d'expression sur tout autre principe ou droit constitutionnel a été battu.

Déjà dans le cas de la réception de la loi sur la presse dans l'ordre constitutionnel actuel, dans l'arrêt de l'argument du non-respect du précepte fondamental n. 130/DF du 30 avril 2009, la thèse de la valeur absolue de la liberté d'expression, défendue par le Rapporteur ministre Carlos Britto, a été suivie par la majorité (défait le ministre Marco Aurélio et, en partie, la Ministre Ellen Grace et les ministres Gilmar Mendes et Joaquim Barbosa), rejetant en bloc la réception constitutionnelle de la Loi sur la presse.<sup>89</sup> L'argument du rapporteur a été retenu selon lequel la « primauté [de la liberté d'expression] est celle qui s'impose dans toute situation concrète » et qu'il s'agit, par rapport à « cette primauté, notamment en matière de presse, d'une pondération ou d'une pondération des valeurs que la Constitution elle-même fait d'avance ».<sup>90</sup>

Comment concilier le *ratio decidendi* de cette décision sur la « Loi sur la presse » (primauté absolue de la liberté d'expression dans tous les cas concrets) avec les fondements de la décision dans L'affaire Ellwanger (primauté de la dignité humaine et de la non-discrimination sur la liberté de la presse dans une

88 STF, HC 82.424/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Relator p/Acórdão Ministro Maurício Corrêa, julg. 17/9/2003, Tribunal Pleno, DJ 19/3/2004, PP-00024, EMENT VOL-02144-03, PP-00524.

89 ADPF 130/DF (voir note 80).

90 Vote du Ministre Rapporteur Carlos Britto, dans le « Teneur Intégrale de l'Arrêt », p. 50 et 62. Comme base pour l'affirmation de cette pondération prévue par la Constitution elle-même, le Ministre Carlos Britto invoque à tort Robert Alexy et Virgílio Afonso da Silva (cf. Neves, *op. cit.* [note 84], p. 211). La conviction fondamentale que, la « Loi sur la presse » ayant été créée dans un régime autoritaire contraire à la liberté d'expression, elle doit être rejetée en bloc (cf. point 10.1 du résumé du jugement). Mais la même décision qui a déterminé de ne plus recevoir en bloc de la Loi sur la presse a établi de mettre en œuvre le Code de Procédure Civile de 1973 (période du profil plus autoritaire du régime militaire de 1964-1985), ainsi que le Code de procédure pénale et le Code pénal (qui proviennent tous deux du gouvernement dictatorial Estado Novo) « aux causes découlant des relations de l'office » (point 11 dans le Résumé de L'arrêt), sans tenir compte de que ces codes se rapportent les uns aux autres et avec la garantie d'une procédure contradictoire, de la régularité de la procédure, de la réserve de la loi et d'autres garanties de la régularité de la procédure et du droit pénal, typique dans la constitution de l'état et est donc incompatible avec un régime autoritaire. La réception de ces codes dans le régime constitutionnel de 1988 devrait-elle être rejetée en bloc dans son ensemble pour cette seule raison ?



pondération dans l'affaire). Bien sûr que cela est impossible. Il n'y a pas eu de débat sur le fait de surmonter le précédent de 2003 dans le procès de 2009, selon un modèle d'annulation subséquent d'*overruling*.<sup>91</sup> Les deux fondements contradictoires restent en vigueur dans la jurisprudence du STF. Cela empêche une orientation par les précédents dans cette affaire, laissant perplexe tous ceux qui sont impliqués dans des questions constitutionnelles de ce genre. Ainsi, on reste dépendant, comme on peut le voir, de fondations *ad hoc*, sans capacité de généralisation cohérente.

Un autre exemple d'incohérence est les décisions successives sur la présomption d'innocence (CF, art. 5°, incise LVII) et l'emprisonnement (art. 283 du Code de procédure pénale, dans le libellé de la loi n. 12.403, du 4 mai 2011) jusqu'à ou après « condamnation prononcée », à l'exception des hypothèses de flagrant délit et d'arrestation préventive ou temporaire. Dans ce cas, non seulement les fondements sont contradictoires, mais aussi les dispositifs. Les décisions varient au goût du contexte politique particulier.

Avant le procès de l'Habeas Corpus n. 84.078 / MG, le 5 janvier 2009, la question constitutionnelle n'était pas directement abordée par la Cour suprême, mais les affaires étaient courantes dans lesquelles le pouvoir judiciaire décidait par arrestation avant de rendre un jugement, même s'il ne s'agissait pas d'exceptions légales. Se référant à l'art. 112 de la loi n. 7.210 du 11 juillet 1984 (disposition juridique qui, auparavant, traite de l'évolution de la peine privative de liberté) et à l'invocation d'une série de précédents, les résumés 716 et 717 De La Cour suprême ont été approuvés le 24 septembre 2003, qui ont commencé à servir de pierre angulaire à l'orientation du STF pour la prison avant de la chose jugée.<sup>92</sup>

91 « La décision qui implique *overruling* nécessite comme présupposé une charge de plus grande motivation, ce qui apporte des arguments jusqu'ici non soulevés et la justification complémentaire de la nécessité de surmonter le précédent » (Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 11<sup>e</sup> éd. Salvador : Editora JusPODIVM, v. 3, 2013, p. 146).

92 « Il est admis la progression du régime de respect de la peine ou l'application immédiate d'un régime moins sévère dans celui-ci déterminé, avant le transit en procès de la condamnation » (STF, Résumé 716, approuvé en séance plénière du 24/9/2003, DJ du 9/10/2003, p. 6; DJ du 10/10/2003, p. 7; DJ du 13/10/2003, p. 6). « N'empêche pas la progression du régime d'exécution de la peine, fixé dans la peine non prononcée devant le tribunal, le fait que le défendeur est en prison spéciale » (STF, résumé 717, approuvé en séance plénière du 24/9/2003, DJ du 9/10/2003, p. 7; DJ du 10/10/2003, p. 7; DJ du 13/10/2003, p. 7).

Du procès D'Habeas Corpus n. 84.078 / MG, en 5/1/2009,<sup>93</sup> il y a un tournant radical, constitutionnalisant la question basée sur l'art. 5<sup>e</sup>, paragraphe LVII, de la Constitution fédérale : « personne ne sera considéré coupable jusqu'au procès de la condamnation pénale ». L'art. 147 de la loi n. 7.210/1984 a également servi de support : « une fois que la peine qui appliquait la peine restrictive de droits a été prononcée devant le tribunal, le juge de l'exécution, d'office ou à la demande du Ministère Public, favorisera l'exécution et pourra, à cette fin, demander, le cas échéant, la collaboration d'entités publiques ou la demander à des particuliers ». Le STF a alors décidé, à la majorité de sept voix contre quatre, que « l'arrestation avant le transit du procès de la condamnation ne peut être décrétée qu'à titre conservatoire ».<sup>94</sup> Cette position a été renforcée, au niveau législatif, par la modification de l'art. 283 du CPP par la loi n. 12.403/2011, qui a donné le libellé suivant à ce dispositif : « nul ne peut être arrêté sauf en flagrant délit ou sur ordre écrit et motivé de l'autorité judiciaire compétente, à la suite d'une condamnation prononcée lors d'un procès ou, au cours de l'enquête ou du processus, en vertu d'une arrestation temporaire ou d'une détention préventive ». La solution retenue me semble la plus conforme à la Constitution fédérale ainsi qu'au Code de procédure pénale et à la Loi sur l'exécution pénale (loi n. 7.210/1984).

Cependant, encore une fois, dans le procès D'Habeas Corpus n. 126.292 / SP, le 17 février 2016,<sup>95</sup> le STF a décidé par sept voix contre quatre, que « l'exécution provisoire d'une condamnation pénale rendue en appel, même si elle est soumise à un appel spécial ou extraordinaire, ne compromet pas le principe constitutionnel de la présomption d'innocence affirmé par L'art. 5<sup>e</sup>, paragraphe LVII de la Constitution Fédérale ». Ainsi, la décision précédente de 2009 était totalement opposée, sans envisager la modification de l'article 283 du Code de procédure pénale par la loi n. 12.403/2011. Suivant cette orientation, mais avec une nouvelle majorité, le STF, dans le procès D'Habeas Corpus n. 152.752/PR, le 4 avril 2018, a décidé de maintenir la position affirmée en 2016, c'est-à-dire

93 STF, HC 84.078 / MG, Rapporteur ministre Eros Grau, julg. 4/5/2009, pleine cour, DJe-035, public. 26/2/2010.

94 Point 3 du Résumé de l'Arrêt.

95 STF, HC n. 126.292 / SP, Rapporteur Ministre Teori Zavascki, julg. 17/2/2016, Cour plénière, DJe-100, divulg. 16/5/2016, public. 17/5/2016.

l'arrestation après condamnation en deuxième instance.<sup>96</sup> Les ministres Gilmar Mendes et Dias Toffoli, battus avec des voix exceptionnelles, ont étrangement soutenu la constitutionnalité de la prison après la condamnation par la Cour supérieure de Justice.

En ce qui concerne ces variations au goût des circonstances, il impressionne l'incohérence dans la chaîne de décision d'un même ministre, selon la décision et les particularités politiques du ministre dans chaque cas. Ainsi, le Ministre Gilmar Mendes, qui a voté en 2009 (HC 84.078/MG) en faveur de l'emprisonnement seulement après le transit en procès de condamnation, était en faveur en 2016 (HC 126.292/SP) à l'emprisonnement après condamnation en deuxième instance et, enfin, en 2018 (HC 152.752/PR), étrangement a défendu l'emprisonnement après condamnation par la Cour supérieure de Justice (le même changement a été fait par le Ministre Dias Toffoli de 2016 à 2018). À son tour, la Ministre Rosa Weber, qui, en 2016 (HC 126.292/SP), n'a voté pour la prison qu'après le transit en procès de condamnation, a donné un vote favorable à la prison après condamnation en deuxième instance en 2018 (HC 152.752/PR), avec l'allégation inhabituelle qu'elle respecterait le « collégial ».

Outre ce va-et-vient dans la question du moment constitutionnellement légitime de l'arrestation d'une personne condamnée à la privation de liberté, le processus de contrôle abstrait par des actions déclaratoires de constitutionnalité (ADCs) n.º 43 et 44, qui ont pour objet la déclaration de constitutionnalité de l'art. 283 du Code de procédure pénale, après plusieurs reports, « a été exclu du calendrier du procès par le président » du STF le 10 avril 2019.<sup>97</sup> Thème d'une telle pertinence, se référant à la privation de liberté de milliers de personnes, cesse d'être jugé par le goût des circonstances, en fonction des postures idiosyncratiques incontrôlables du Président du STF. Tout ce quiproquo sur le problème du moment de l'exécution de la peine privative de liberté pointe vers une jurisprudence très incohérente qui, avant de guider les parties, les autres instances judiciaires et le public, sert à les désorienter. Il est vrai que ceux qui

96 STF, HC 152.752 / PR, Rapporteur Ministre Edson Fachin, julg. 4/4/2018, Cour plénière, DJe-127, divulg. 26/6/2018, public. 27/6/2018.

97 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>; <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Consulté le 14 juillet 2019.

ne connaissent pas la direction qu'ils suivent, qui n'ont pas de carte ou de boussole, ne peuvent pas servir de paramètre à quiconque cherche un bon chemin.<sup>98</sup>

Un aspect qui accentue grandement cette incohérence décisionnelle est la fragilité du collegium face à la prise de décision monocratique. Dans un premier temps, il faut considérer l'aspect quantitatif : selon le portail STF, entre le 1er janvier 2010 et le 14 juillet 2019, dans un univers de 1.055.981 décisions, seules 135.792 (12,86%) ont été collégiales, tandis que 919.950 (87,12%) ont été prises de manière monocratique.<sup>99</sup> Au cours de l'année en cours, jusqu'au 14 juillet, dans un univers de 61.655 décisions, seulement 8.412 (13,64%) étaient collégiales, tandis que 53.243 (86,36%) étaient monocratiques. De cette façon, la jurisprudence devient fragmentée, à la merci de la compréhension individuelle de chaque ministre.

Ces éléments quantitatifs prennent une signification qualitative lorsque l'on considère l'incompatibilité entre les décisions monocratiques en raison des circonstances les plus diverses, y compris les particularités politiques de l'occasion. Considérons l'injonction monocratique contre la nomination de L'ancien président Luiz Inacio Lula da Silva au poste de Ministre D'État en chef de la maison civile, en 2016, dans les documents des mandats de sécurité n° 34.070/DF et 34.071/DF, le 18 mars 2016,<sup>100</sup> et la décision en faveur de la nomination qui a fait de Wellington Moreira Franco ministre D'État du Secrétariat Général de la présidence (avec la transformation du poste qui ne lui a pas donné le *statut* de ministre) Injonctions n. 34.609/DF et 34.615/DF, le 14 février 2017.<sup>101</sup> Dans les deux cas, lesdits politiciens auraient un forum privilégié, devenant sujet à un procès devant le STF.

98 Après la conclusion de cet article, le STF, dans l'arrêt conjoint d'Actions Déclaratoires de Constitutionnalité n. 43, 44 et 54, le 11/7/2019, a de nouveau changé sa position, dans le sens le plus conforme à la Constitution et au CPP, pour affirmer la possibilité d'emprisonnement seulement après une décision de condamnation définitive (évidemment à l'exception des cas d'arrestations préventives, temporaires ou en flagrant délit), ayant une nouvelle fois changé de position les ministres Gilmar Mendes et Dias Toffoli, ainsi que modifié sa compréhension la ministre Rosa Weber.

99 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Consulté le 14 juillet 2019. Il convient de noter que, selon le portail STF, il n'y a aucune information sur 239 décisions (0,02%). Mais, pourtant, le portail offrait, à la date d'accès, une statistique imparfaite, car les pourcentages ne se fermaient pas à 100%.

100 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>> e <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948919>>. Consulté le 15 juillet 2019.

101 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5126193>; <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127429>>. Consulté le 15 juillet 2019.

Dans le cas de la décision prise monocratiquement par Gilmar Mendes dans le procès de MS 34.070/DF et 34.071/DF, en plus d'être *admis* – contrairement aux précédents du STF,<sup>102</sup> avec lesquels ce ministre avait convenu avant ce procès<sup>103</sup> – *la légitimation active des partis politiques pour proposer des mandats de sécurité collective*, Il a été admis, *sans écouter l'autorité « de contrôle »* (présidente Dilma Rousseff), « l'allégation de que le ex président Luiz Inácio Lula da Silva aurait prêté serment juste pour déplacer le forum au STF et se prémunir contre d'éventuelles poursuites pénales ». Le ministre a déclaré, alors, être « évident que le déplacement de compétence *est une forme d'obstruction à l'avancement des mesures judiciaires* » et que « la conduite démontre non seulement les éléments objectifs de la déviation de l'objectif, mais aussi l'intention de frauder » la loi et la Constitution.<sup>104</sup> Ainsi, la demande d'injonction a été accordée, suspendant l'efficacité de la nomination de L'ancien président par la Présidente Dilma Rousseff et, par conséquent, empêchant le mandat de Lula en tant que Ministre d'état. L'affaire n'a jamais été portée devant la plénière du STF pour la décision sur le mérite et les actions ont perdu l'objet avec l'*impeachment* de la Présidente.

Sans l'utilisation de quelque *distinguishing*, en ce qui concerne une décision du Ministre Gilmar Mendes, le ministre Celso de Mello dans une décision prise 11 mois après, *et après avoir écouté l'autorité de contrôle*, le Président de l'époque Michel Temer, *en plus de ne pas reconnaître la légitimité du devoir actif pour*

102 Cf. STF, MS 22.764 QO / DF, Rapporteur ministre Néri da Silveira, julg. 28/4/1997, Cour plénière, DJ 9/3/2001, PP-00103, ement VOL-02022-01, PP-00105 ; STF, RE 196.184/AM, Rapporteur ministre Ellen Gracie, jugé le 27/10/2004, Cour plénière, DJ 18/2/2005 PP-00006, EMENT VOL-02180-05, PP-01011 ; STF, RE 566.928/RJ, Rapporteur ministre Carlos Britto, julg. 6/5/2010, décision Monocratique, DJe-081, divulg. 6/5/2010 ; publi. 7/5/2010 ; STF, MS 33.738 / DF, Rapporteur ministre Cármen Lúcia, julg. 24/8/2015, décision Monocratique, DJe-167, divulg. 25/8/2015, public. 26/8/2015 ; STF, MS 34.196 / DF, Rapporteur ministre Roberto Barroso, julg. 11/5/2016, décision Monocratique, DJe-098, divulg. 13/5/2016, public. 16/5/2016.

103 Dans L'arrêt RE 196.184/AM (Voir note précédente), le ministre est allé au-delà du rapporteur en rejetant la légitimité active des partis politiques : « M. Le président, juste pour le record. J'ai du mal, avec tous les venies, à accepter la thèse défendue dans la première partie du vote de la Ministre Ellen quant à cette légitimité universelle du parti politique pour défendre aussi des intérêts apparemment universels. J'ai l'impression que les dogmes que nous avons en ce qui concerne le mandat de sécurité et le strict respect de la loi liquide et certaine sont également imposés ici, bien sûr, et avec les adaptations de style. J'ai même l'impression que cela a été, au moins, la compréhension de base jusqu'à présent signalé. Je n'imagine pas que le parti politique puisse défendre les intérêts d'autres personnes que ses éventuels affiliés » (Teneur Intégrale de l'Arrêt, p. 1.022).

104 Ministre Gilmar Mendes, décision de mesure de précaution dans le mandat de sécurité 34070 Distrito Federal (MS 34070 MC / DF), p. 14, 20 et 33 (<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>) (je souligne).

*les partis politiques de demander les ordres de la sécurité du collectif*, a fait valoir que « la nomination de quelqu'un au bureau du Premier ministre de l'Etat, à condition que les exigences visées à l'art. 87 de la Constitution, *il ne constitue pas, en soi, l'hypothèse d'un écart par rapport à l'objectif visé (quoi qu'il en soit présumé)*, voici la suggestion du forum, qui reflète un résultat naturel et nécessaire de la dotation, le cabinet du ministre d'état (Constitution fédérale, art. 102. , incise I, alinéa c) – *peu importe l'obstruction*, encore moins dans une paralysie des actions d'une enquête pénale ou de poursuites pénales ». <sup>105</sup> Ainsi, la demande d'injonction a été rejetée, Moreira Franco restant Ministre d'état. L'affaire n'a jamais été portée devant la plénière du STF pour décision au Mérite et les actions ont perdu leur objet avec la fin du gouvernement de Michel Temer.

Ces deux décisions sont totalement opposées à tous égards, bien que les affaires aient une identité juridique, et il n'y a pas eu d'effort pour établir une *distinguishing* dans la deuxième décision : dans la première affaire, l'autorité « de contrôle » n'a pas été entendue, la légitimité active des partis politiques a été admise à présenter des mandats de sécurité collective, l'obstruction à la justice et la déviation de l'objectif ont été affirmées, et la demande d'injonction a donc été accordée. Dans la seconde, l'autorité de « contrôle » a été entendue, la légitimité active des partis politiques n'a pas été admise, il n'y a pas eu d'obstruction à la justice et de déviation du but, et par conséquent la demande d'injonction a été rejetée. L'incohérence est flagrante et met en évidence l'incapacité du STF à établir une jurisprudence qui construit des précédents pour l'orientation des personnes impliquées dans les affaires judiciaires et du grand public, ainsi que son impuissance à guider et à garantir les attentes normatives, dans cette mer de décisions monocratiques sur des questions constitutionnelles pertinentes.

La situation de non-sens jurisprudentiel est renforcée si nous observons l'abus de demandes de délai supplémentaire comme une stratégie des ministres pour empêcher une décision majoritaire de contredire leur vision individuelle – souvent de partialité Politique – de la question.

À cet égard, il est important de noter la violation flagrante des délais réglementaires. Il convient de noter que l'art. 134 du règlement de procédure de la Cour

<sup>105</sup> Ministre Celso de Mello, décision de mesure de précaution dans le mandat de sécurité 34.609 Distrito Federal (MS 34.609 MC DF), p. 17 (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>) (je souligne).

suprême fédérale (RISTF) dispose que, après avoir fait la demande de délai supplémentaire de la procédure, le ministre « doit la soumettre, pour la poursuite du vote, jusqu'à la deuxième session suivante ». Ce dispositif réglementaire est complété par la Résolution n. 278 du STF du 15 décembre 2003, dans le libellé donné par la résolution n. 322 du STF du 23 mai 2016 :

Art. 1<sup>er</sup> Le ministre qui demande un délai supplémentaire des documents doit les retourner dans un délai de 10 (dix) jours, à compter de la date à laquelle il les reçoit dans son bureau. Le procès se poursuivra lors de la deuxième Session ordinaire qui suivra le retour, indépendamment de la publication dans le Nouvel Ordre du jour.

§ 1<sup>er</sup> Si les documents ne sont pas retournés dans le délai fixé dans le caput, la demande de délai supplémentaire est automatiquement prolongée de 10 (dix) jours, après quoi la présidence du tribunal ou les classes informeront le Ministre de l'expiration dudit délai.

§ 2<sup>e</sup> ABROGÉ

Art. 2<sup>e</sup> L'extension automatique prévue au § 1<sup>er</sup> de l'article précédent ne sera pas donnée en ce qui concerne la procédure du défendeur arrêté, auquel cas à la fin de la durée du caput de l'art. 1<sup>er</sup> la communication au ministre sera faite.

Il convient de noter que la résolution 322/2006 a rendu le non-respect du délai pratiquement inefficace, en abrogeant le § 2<sup>e</sup> de L'Art. 1<sup>er</sup> de la résolution n. 278/2003, qui a établi :

§ 2nd Une fois le délai de prolongation expiré, le président du tribunal ou la classe demandera les documents et rouvrira le jugement de l'acte lors de la deuxième session ordinaire suivante, avec publication à l'ordre du jour.

Actuellement, il suffit de communiquer au ministre enfreignant les règles et les résolutions qui régissent la date limite de dépôt des dossiers en cas de demande de délai supplémentaire. Dans ce contexte, il existe une tradition de mépris de ces normes. Selon des études statistiques, jusqu'au 31 décembre 2013, 2.987 demandes ont été déposées et 2.215 dossiers ont été soumis à nouveau en dehors de la date limite (compte tenu d'une période flexible de 30 jours), et le retour moyen des dossiers respectifs était de 346 jours, excluant les 124 demandes en attente.<sup>106</sup> En 2018, 159 demandes ont été déposées, dont

106 Falcão, Joaquim ; Hartmann, Ivar ; Chaves, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números : O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2014, p. 18. Disponible en : <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Consulté le 15 juillet 2019.

70 (44%) étaient toujours en attente en avril 2019 et, parmi les 89 dossiers renvoyés, 19 (21,3%) ont eu lieu en dehors de la date limite. Ainsi, le nombre total d'affaires non déposées dans le délai, après les demandes d'avis formulées en 2018, était de 79 (65,3%).<sup>107</sup>

En plus de cet aspect quantitatif, il est nécessaire de considérer la dimension qualitative, lorsque des demandes de délai supplémentaire sont faites pour empêcher la majorité de décider en séance, conduisant la solution de l'affaire à un avenir incertain, selon les particularités d'un ministre, pas rarement d'un caractère politique particulier.

Une affaire qui a attiré l'attention des juristes et de l'opinion publique concerne la demande abusive de délai supplémentaire dans le jugement du procès (ADI) n. 4650/DF,<sup>108</sup> dans laquelle la Cour suprême, à la majorité (8x3), a décidé de l'inconstitutionnalité du financement des campagnes électorales par des personnes morales. Après la demande de délai supplémentaire du Ministre Teori Zavascki qui était en attente entre le 12 décembre 2013 et le 24 mars 2014, pendant plus de trois mois (extrapolant le délai régimentaire), le ministre Gilmar Mendes, opposé à la formation d'une majorité de six voix pour l'origine de l'action a demandé un délai supplémentaire du processus, en séance plénière du 2 avril 2014, sans aucune justification plausible, restant avec lui jusqu'au 10 septembre 2015, c'est-à-dire pendant plus de 17 (dix-sept) mois.<sup>109</sup> Les justifications présentées par le ministre Gilmar Mendes, pendant cette période où une grande partie de la communauté juridique et de l'opinion publique ont mis en doute le retard abusif dans le maintien d'un processus dans lequel une majorité avait déjà été formée par l'origine de la ADI, étaient simplement subjectives et présentaient des éléments clairs de manifestation de nature politico-partisane. L'interview du journaliste Mário Sérgio Conti, sur *GloboNews*, le 04 juin 2014, se démarque : « J'ai également réalisé que l'ac-

107 Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>>. Consulté le 15 juillet 2019. Je dois au mémoire de maîtrise de Juliana Mendes Rodrigues, à L'IPOL / UnB, les données extraites des feuilles de ce site web du STF.

108 STF, ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 17/9/2015, Tribunal Pleno, DJe-034, divulg. 23/2/2016, public. 24/2/2016.

109 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>>. Consulté le 15 juillet 2019.



tion elle-même avait une logique politico-partisane ». <sup>110</sup> Et, dans la séance de jugement de L'ADPF 4650 / DF par le STF, le 16 septembre 2015, le ministre a attaqué l'Ordre des Avocats du Brésil (OAB), promoteur de l'action, accusant cette entité d'être au service des intérêts fallacieux du « parti officiel », le parti des travailleurs (PT), alors au gouvernement :

Il est impossible de croire que le parti qui a le plus bénéficié de dons privés, légaux ou non, ces dernières années s'est maintenant converti à une position contraire à toute espèce particulière dans la politique électorale.

Le changement moralisateur de la part de ceux qui, jusqu'à présent, ont fait de se laisser corrompre un mode de vie est un canular.

[...]

Ce qui s'est donc passé, c'est l'absorption d'un projet de pouvoir, défendu par un parti déjà confondu avec l'état Brésilien, par la société civile organisée, dans le cas de L'OAB. Le Conseil fédéral du Barreau Brésilien a adopté la proposition et l'a présentée à la Cour suprême.

L'absurdité de tout cela est révélée dans l'aveu que la réforme politique considérée comme « correcte » par le parti officiel n'est pas en mesure d'obtenir l'approbation des parlementaires Brésiliens, qui ne l'approuveraient pas parce qu'ils légifèrent de leur propre chef. Il convient de noter que la défense de l'auto-cause n'est même pas considérée par les architectes de cette action directe, par rapport au parti au pouvoir depuis quatre mandats présidentiels. <sup>111</sup>

Comme on peut le voir, tant de justification exprime la posture et le raisonnement d'un politicien professionnel plutôt que celui d'un magistrat, en particulier celui d'un ministre du STF. Avec sa demande de délai supplémentaire, le ministre Gilmar Mendes a empêché la décision majoritaire, déjà formée le 2 avril 2014, d'être appliquée à l'élection présidentielle de 2014.

Une autre affaire pertinente concerne l'action pénale n. 937 / RJ, qui porte sur le champ d'application du forum par la prérogative des Autorités de rang supérieur. <sup>112</sup> Il y avait l'attente de la formation d'une majorité favorable à la réduction de la portée du forum privilégié, il y avait deux demandes de report, selon

110 Cf. Site Web G1 : <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2015/06/gilmar-mendes-vai-votar-ainda-em-junho-o-financiamento-de-campanhas.html>>. Consulté le 15 juillet 2019.

111 STF, ADI 4650 / DF, Teneur Intégrale de l'Arrêt, p. 247-248, 252-253 ; vote du Ministre Gilmar Mendes, p. 55-56, 60-61.

112 AP 937 QO / RJ, Rapporteur ministre Roberto Barroso, julg. 5/10/2018, Cour plénière, DJe-265, divulg. 10/12/2018, public. 11/12/2018.

les particularités des ministres respectifs et conditionnées par les circonstances politiques. Premièrement, le ministre Alexandre de Moraes a demandé un délai supplémentaire le 1er juin 2017 et n'a retourné les documents respectifs que le 29 septembre 2017, soit 90 jours après la demande, excluant la période de retrait au mois de juillet. Ensuite, lors de la séance du 23 novembre 2017, Le ministre Dias Toffoli a demandé un délai supplémentaire, ne venant soumettre à nouveau les dossiers que le 27 mars 2018, plus de quatre mois après la demande, bien au-delà de la date limite régimentaire.<sup>113</sup> Lors de la dernière séance de procès, Alexandre de Moraes et Dias Toffoli ont été défaits, ainsi que les ministres Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes et Marco Aurelio, ce qui rend plausible que leurs demandes de délai supplémentaire aient des fins tergiversantes.

Comme je l'ai déjà avancé à la fin de la Section 5.4, il ne fait aucun doute, au milieu de ce chaos juridique que la loi est une question d'incertitude, ce qui est inhérent à un tel droit, c'est un problème qui conduit à une insécurité grave, aux attentes, aux règlements juridiques entourant la Constitution et le droit, pour que la Cour suprême réduise l'effet de surprise (l'incertitude des décisions) dans la chaîne de prise de décision, elle s'élargit et, dans de nombreux cas, l'effet de surprise, de telle sorte qu'il semble que pour chaque décision, une histoire antérieure recommence.

### **5.7. Le problème de l'adéquation sociale : l'illusion de la judiciarisation en tant que réalisation socialement adéquate de la Constitution**

Sous l'aspect de l'adéquation sociale, l'illusion développée, renforcée par les doctrines, les politologues et les sociologues, que la judiciarisation en soi entraîne le respect, l'exécution et la réalisation de la Constitution, ou, en termes de langage juridique Brésilien, l'efficacité de la Constitution. Dans cette perspective, la judiciarisation signifierait l'encadrement des institutions dans le cadre juridique et constitutionnel. Cependant, dans l'affaire Brésilienne postérieure à 1988, la judiciarisation ne signifiait pas une expansion et une intensification du droit, encore moins la constitutionnalisation du droit, comme l'ont fait valoir

113 Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Consulté le 16 juillet 2019.

les juristes du *courant* constitutionnel.<sup>114</sup> La performance du pouvoir judiciaire a favorisé des décisions qui conduisent à des pratiques difficiles à respecter le modèle constitutionnel et qui ne sont pas socialement appropriés, tout comme ils sont inconscients des questions pertinentes.

Même s'il y avait insertion dans des questions juridiques de pertinence morale et sociale<sup>115</sup> indiscutable, celles-ci restaient dans le domaine de la reconnaissance constitutionnellement légitime des groupes, sans incidence pertinente sur la question de l'exclusion constitutionnellement illégitime d'origine principalement économique.<sup>116</sup> Il convient de noter que le contrôle abstrait de la constitutionnalité s'est concentré, dans la grande majorité des cas, sur les intérêts corporatifs des fonctionnaires et non sur les questions de droits fondamentaux.<sup>117</sup>

En ce qui concerne le droit à la santé, les interventions directes du Pouvoir Judiciaire, interprétant les droits sociaux comme des droits civils, ont largement servi les intérêts des couches économiquement privilégiées, dans le but de forcer L'Union, les États et les municipalités à payer des traitements coûteux, au détriment des programmes sociaux engagés pour l'accès universel à la santé conformément à la Constitution. À cet égard, il a été dit que la judiciarisation de la santé

---

114 Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007; Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 352 ss.; Silva, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1<sup>ère</sup> éd. 2<sup>e</sup> impression. São Paulo : Malheiros, 2008.

115 Il convient de noter en particulier l'arrêt qui a défini l'union homoaffective stable comme une entité familiale (STF, ADPF 132 / RJ, Rapporteur Ministre Ayres Britto, julg. 5/5/2011, Cour plénière, DJe-198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011), la décision sur l'anticipation thérapeutique de l'accouchement en cas de fœtus anencéphaliques (STF, ADPF 54 / DF, Rapporteur Ministre Marco Aurélio, julg. 12/4/2012, Cour plénière, DJe-080, divulg. Le 29/4/2013, public. 30/4/2013) et l'arrêt qui a déclaré la constitutionnalité des « actes qui ont institué un système de réservation des postes vacants sur la base de critères ethniques et raciaux (quotas) dans le processus de sélection pour l'entrée dans l'établissement public d'enseignement supérieur » (STF, ADPF 186 / DF, Rapporteur ministre Ricardo Lewadowski, julg. 26/4/2012, Cour plénière, DJe-205, divulg. 17/10/2014, public. 20/10/2014).

116 Pour la distinction entre la reconnaissance entre les personnes et les groupes, d'une part, et l'inclusion dans les systèmes sociaux, d'autre part, voir Neves, Marcelo. « Direitos humanos : inclusão ou reconhecimento? ». In : Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo : Atlas, 2015, p. 3-17.

117 Costa, Alexandre; Benvindo, Juliano. « A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? – o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais », 2014. Disponible en SSRN : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Consulté le 16 juillet 2019.

serait « prendre aux pauvres pour donner aux riches ».<sup>118</sup> La notion de « judiciarisation symbolique »<sup>119</sup> a également pris de l'importance, ce qui s'est présenté avec une nouvelle dimension de constitutionnalisation symbolique.<sup>120</sup> L'articulation du langage constitutionnel par le pouvoir judiciaire n'affecte pas fondamentalement les relations et les pratiques inconstitutionnelles, mais forge plutôt des croyances et des mouvements politiques autour du costume constitutionnel.

Dans ce contexte, il n'est pas observé que l'efficacité constitutionnelle dépend de la performance des autres sphères de l'État, y compris l'exécutif, ainsi que des conditions sociales, sans se limiter à des décisions judiciaires spectaculaires et ponctuelles. La vie quotidienne des institutions de l'état, en particulier de la police et des établissements pénitentiaires (voir notes 126 et 127), mais aussi des autres organes exécutifs, judiciaires et législatifs, se développe dans une large mesure en dehors de la Constitution et de la légalité. Mais il ne s'agit pas simplement d'une incapacité institutionnelle du pouvoir judiciaire, car elle implique une position sélective et discriminatoire qui profite structurellement aux secteurs socialement plus forts au détriment des plus faibles dans la structure de la stratification sociale.

## 5.8. Que peut signifier la « judiciarisation » des politiques dans ce contexte ?

Premièrement, il ne faut pas confondre le problème de la judiciarisation de la politique avec la caractéristique de l'état de droit démocratique, selon laquelle il existe deux dimensions partielles de la Constitution, l'une concernant la « Constitution en tant que politisation du droit », l'autre concernant

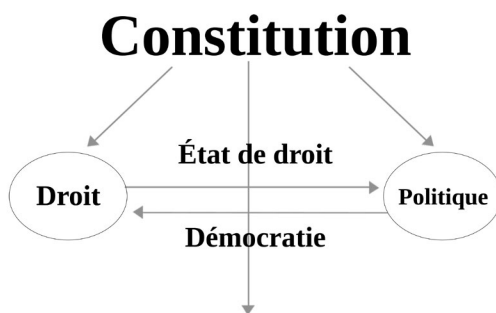
118 Silva, Virgílio Afonso da. « Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights », 2007. Disponible en : <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>, consulté le 16 juillet 2019. Voir Aussi Lima, Fernando Rister de Sousa. *Saúde e Supremo Tribunal Federal*. 2<sup>e</sup> éd. Curitiba : Juruá, 2018.

119 Carneiro, Walber. « A cidadania tutelada e a tutela da cidadania : o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional ». In : Souza, Wilson Alves de; Carneiro, Wálber Araújo; Hirsch, Fábio Periandro de Almeida (orgs.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica : uma abordagem multidisciplinar*. Salvador : Editora Dois de Julho, 2013, p. 131-152. Cf., com referência específica ao STF e ao direito à saúde, Lima, op. cit. (na nota 118), p. 171 ss; *idem*, *Simbolismo da atuação do STF em direito à saúde*. Curitiba : Juruá, 2017.

120 Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3<sup>e</sup> éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2011.

la « Constitution en tant que juridification de la Politique »<sup>121</sup> (voir Figure 1). Ces deux dimensions se rapportent à la « Constitution comme couplage structurel entre politique et droit »<sup>122</sup> ou comme rationalité transversale entre ces systèmes sociaux.<sup>123</sup> Autrement dit, au constitutionnalisme démocratique sont inhérentes la juridification de la Politique et la politisation du droit dans une relation réciproque.

**Figure 1 – Constitutionnalisme démocratique : juridicisation du politique et politisation du droit**



Source : élaboration personnelle.

Dans les États constitutionnels hégémoniques dans la société mondiale, la notion de judiciarisation de la politique était associée à une expansion du droit au détriment de la politique démocratique.<sup>124</sup> Dans les pays du Centre, par conséquent, lorsque l'on parle de « judiciarisation », on pointe généralement un excès de signification des variables juridiques, constituant une dimension

121 Möllers, Christoph. « Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung : Begriff der Verfassung in Europa ». In : Bogdandy, Armivon (org.). *Europäisches Verfassungsrecht : Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlin : Springer, p. 1-57, p. 3-18.

122 Luhmann, Niklas, op. cit. (note 76), p. 193 ss.; *idem*, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1993, p. 470 ss.

123 Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009, p. 53 ss., fondée – mais avec d'autres hypothèses et d'autres conséquences – sur le concept de raison transversale de Welsch, Wolfgang. *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2<sup>e</sup> éd. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1996.

124 En Allemagne, cf. par exemple, Loewenstein, op. cit. (note 44), p. 261-265; Maus, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie : Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1994, p. 208-307.

fondamentale de la juridicisation.<sup>125</sup> Le droit serait ainsi renforcée en tant que système social. En ces termes, la judiciarisation de la politique au Brésil a également été conçue.<sup>126</sup> Mais s'agit-il vraiment d'une intensification et d'un élargissement de la loi et de la Constitution, alors que nous sommes confrontés à la soi-disant « judiciarisation de la politique au Brésil ? » Tout indique que non.

Comme il est indiqué à la Section 5.7, la judiciarisation, dans l'affaire Brésilienne postérieure à 1988, ne signifie pas une expansion et une intensification du droit, ni la constitutionnalisation du droit, comme l'ont fait valoir les juristes du *courant* constitutionnel. L'argument est que le caractère principalement symbolique de la Constitution aurait été surmonté, ayant eu son efficacité normativement pertinente dans toutes les branches du droit et de la pratique sociale. Cependant, dans ce cas particulier, l'argument était principalement basé sur la « judiciarisation » de la politique. Il convient de noter qu'au Brésil, ce phénomène est indissociable de la politisation du pouvoir judiciaire, en particulier de la Cour suprême. Cela met en scène l'implication juridiquement incohérente du STF en tant que partie intéressée dans les questions de conflits politiques. Il y a un passage du système judiciaire au centre du système politique.

Ainsi, la judiciarisation de la politique en tant que politisation du pouvoir judiciaire n'a eu aucun impact sur la dé-juridification de la Politique et des relations sociales ni sur la dé-constitutionnalisation du droit en termes de réalisation juridique, mais a servi à les dissimuler. Les pratiques très inconstitutionnelles et illégales dans la vie quotidienne des pouvoirs publics, en particulier le pouvoir judiciaire,<sup>127</sup> indiquent que les intérêts privés et corporatifs prévalent à la merci

125 Cf. Neves, op. cit. (note 60) p. 30-32, 98-99.

126 Voir Vianna, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999; Vianna, Luiz Werneck et al. « Dezessete anos de judicialização da política ». *Tempo Brasileiro* (São Paulo : USP), v. 19, 2007, n° 2, p. 39-85; Machado, Igor Suzano. « A Constituição de 1988 e a judicialização da política: o caso do controle de constitucionalidade exercido pelo STF ». In : Carvalho, Maria Alice Rezende de; Araújo, Cícero; Simões, Júlio Assis (orgs.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo : Hucitec/Anpocs, 2009, p. 202-248.

127 L'un des points mis en évidence est le pourcentage très élevé de magistrats qui, selon les informations des bases de données officielles elles-mêmes, reçoivent une rémunération supérieure au plafond constitutionnel, mais il n'y a pas de mesure des organes de contrôle, en particulier le Conseil National de la Justice. Cf. par exemple, des articles du journal *O Globo*, du 23 octobre 2016 et du 17 décembre 2017, respectivement : <<https://oglobo.globo.com/brasil/mais-de-dez-mil-magistrados-recebem-remuneracoes-superiores-ao-teto-20340033>>, consulté le 17 juillet 2019. <<https://oglobo.globo.com/brasil/com-extras-71-dos-juizes-do-pais-recebem-acima-do-teto-de-33-mil-22201981>>, consulté le 17 juillet 2019.

de l'ordre juridique constitutionnel. Les actions de la Police<sup>128</sup> et le système pénitentiaire<sup>129</sup> restent en dehors de la Constitution. Les élections politiques et les relations particulières entre l'exécutif et le Congrès échappent à tout paramètre constitutionnel.

## 5.9. Excursus : la « déraison » sans dialogue avec la raison

Le titre de cet excursus fait référence à un passage de L'essai de Jacques Derrida « Rendre justice à Freud », dans lequel il s'oppose aux critiques de Foucault sur la psychanalyse freudienne. Derrida soutient que, contrairement à René Descarte et aux lumières, Sigmund Freud met la raison en « dialogue avec la dérision ». <sup>130</sup> Il est clair qu'il ne s'agit pas d'un dialogue au sens de la théorie

128 La situation d'une police « contre la loi » et « au-dessus de la loi » que Kant de Lima a vérifiée dans la ville de Rio de Janeiro dans les années 1990, la liant correctement aux « pratiques judiciaires en tant que facteur de distorsion de l'idéologie égalitaire constitutionnelle » (Lima, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro : seus dilemas e paradoxos*. 2<sup>e</sup> éd. rev. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 49-53, 99-118, 155-156), ainsi que les « atrocités Brésiliennes » perpétrées par « des tortionnaires et des meurtriers de la police », que Huggins, Haritos-Fatouros et Zimbardo ont présentées au début des années 2000 (Huggins, Martha K.; Haritos-Fatouros, Mika; Zimbardo, Philip G. *Violence Workers: Police Torturers and Murders Reconstruct Brazilian Atrocities*. Berkeley / Los Angeles : University of California Press, 2002), s'étendent à l'ensemble du territoire national et persistent à ce jour en règle générale (l'obéissance à la loi est « l'exception qui confirme la règle » - Lima, op. cit. (dans la présente note), p. 37-45). Cf., par exemple, Carvalho, Sandra (org.) (2003). *Execuções sumárias no Brasil – 1997/2003*. Rio de Janeiro : Centro de Justiça Global/Florianópolis : Núcleo de Estudos Negros (NEN); Misse, Michel *et al.* *Quando a polícia mata: homicídios por « autos de resistência » no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro : Booklink, 2013 ; Misse, Michel *et al.*. « Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011) ». *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* (Rio de Janeiro : UFRJ), 2015, edição especial n° 1, p. 43-71; AI, Anistia Internacional. *Informe 2016/2017: o estado dos direitos humanos no mundo*. Londres : Amnesty International, 2017, p. 82-87.

129 Il suffit de vérifier les enquêtes officielles et les évaluations elles-mêmes: DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento de Informações Penitenciárias – Infopen – Junho de 2014*. Brasília : Ministério da Justiça, 2014; CNMP, Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília : CNMP, 2016. Sur la gravité de la situation actuelle, l'ONU s'est prononcée dans un rapport: United Nations, General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. New York : ONU, 2016. Disponible en : <<https://www.refworld.org/docid/56dfdf3d4.html>>, consulté en 18 juillet 2019). La déclaration de « estado de coisas inconstitucional » do sistema penitenciário brasileiro pelo STF (ADPF 347 MC / DF, Rapporteur ministre Marco Aurélio, julg. 9/9/2015, Cour plénière, DJe-031, divulg. 18/2/2016, public. 19/2/2016) n'a eu qu'un effet symbolique, ne modifiant en rien la situation d'illégalité manifeste et d'inconstitutionnalité des pénitenciers, dominée par la criminalité organisée des prisonniers et les pratiques criminelles systématiques des agents de l'état.

130 Derrida, Jaques. « Être juste avec Freud'. L'histoire de la folie à l'âge de la psychanalyse ». In : Élisabeth Roudinesco *et al.* *Penser la folie* : essais sur Michel Foucault. Paris : Galilée, 1992,

du discours ou de la démocratie délibérative, orienté contre-factuellement vers le consensus ou la recherche du meilleur argument. C'est une reconnaissance de la précarité de la « raison », prête à apprendre de son pendant, l'irrationalité, dans un processus paradoxal de reconstructions ou de résignations permanentes. Dialogue, dans le sens suggéré ici, peut avoir un sens analogue à celui formulé par Paul Feyerabend : « il peut montrer l'effet des arguments sur des étrangers ou sur des experts d'une autre école », ainsi que « démontrer la nature chimérique de ce que nous croyons être les parties les plus solides de notre vie ». <sup>131</sup> Une « raison » sans « dialogue » avec « déraison » serait oppressive et excluante. L'ironie qui se pose est la suivante : et quand la « déraison » est incapable de « dialoguer » avec la « raison » ? La résistance au dialogue empêche, dans ce cas, tout apprentissage, reconstruction ou re-signification transformatrice dans le sens de l'autonomie.

Sur le plan juridique, il me semble que c'est la situation de la Cour Suprême Fédérale. Il est clair qu'ici, avant la référence à « la déraison » ou à la raison au sens large, il est nécessaire de parler d'irrationalité systémique du point de vue juridique, fermée à l'apprentissage avec des arguments de cohérence juridique et d'adéquation sociale du droit. Cette situation importe une performance limitée dans le sens de l'institutionnalisation constitutionnelle, malgré la rhétorique constitutionnaliste excessive des ministres et des « doctinateurs ».

## 5.10. Limites à l'autonomie du droit

Claude Lefort, dans son livre fondateur sur *L'invention démocratique* à l'ère moderne, soutient que la démocratie constitutionnelle implique la « désintrinsication simultanée du principe du pouvoir, du principe de la loi et du principe du savoir », soulignant que « démêler ne signifie pas diviser ». <sup>132</sup> Nous pourrions ajouter que le constitutionnalisme importe la désintrinsication du pouvoir, du droit, du savoir, de la propriété, des médias, de la religion et de l'art, sans

---

p. 139-195, p. 152-154.

<sup>131</sup> « It can show the effect of arguments on outsiders or on experts from a different school », as well as « demonstrate the chimaerical nature of what we believe to be the most solid parts of our lives » (Feyerabend, Paul K. *Three Dialogues on Knowledge*. Oxford : Basil Blackwell, 1991, p. 164-165).

<sup>132</sup> Lefort, Claude. « Droits de l'homme et politique ». In : C. Lefort. *L'invention démocratique : les limites de la domination totalitaire*. Paris : Fayard, 1981, p. 45-83, p. 64.



que cela importe l'isolement ou la scission, mais plutôt des conditionnements réciproques entre des sphères fonctionnellement autonomes de la vie sociale. Dans le langage de la théorie de la différenciation fonctionnelle, le constitutionnalisme présuppose l'autonomie opérationnelle réciproque entre les systèmes politiques et juridiques, ainsi que ces systèmes sociaux avant l'économie, la science, La religion et d'autres systèmes sociaux.<sup>133</sup>

Le cas Brésilien est typiquement un cas de constitutionnalisme périphérique, dans lequel il y a intrication du droit avec la Politique, l'économie et d'autres systèmes sociaux, au détriment de l'autonomie du système juridique.<sup>134</sup> On constate, du point de vue de l'autonomie systémique, que les préférences et impératifs économiques, politiques, médiatiques et relationnels chevauchent *directement* la compétence constitutionnelle, au détriment d'un argument juridico-constitutionnel approprié et cohérent. Dans ce cas, la « corruption » systémique au niveau de la compétence constitutionnelle ne peut être totalement exclue, dans la mesure où des particularités politiques, médiatiques, économiques et relationnelles peuvent être liées à des décisions ancrées dans des arguments rhétoriques *ad hoc* manifestement insoutenables du point de vue juridique et constitutionnel, en faveur de privilèges incompatibles avec la Constitution. Parfois, les injonctions monocratiques accordées à la hâte peuvent être considérées comme des indications de chevauchement de préférences externes (corporatives, médias économiques, partis politiques, relationnels, etc.) aux critères juridiques qui devraient être appliqués, en évitant toute portée raisonnable de l'argument juridique.

Cela veut dire, Il existe différents niveaux de « corruption », qui ne sont pas compris ici dans le sens moral ou strictement pénal, mais plutôt, selon la théorie des systèmes, comme un chevauchement destructeur, bloquant, paralysant un système sur un autre ou sur plusieurs autres systèmes au moyen d'un sabotage de code.<sup>135</sup> C'est une forme d'exploitation d'un système par un autre. Par exemple : « avoir/ne pas avoir » sur « gouvernement / opposition », « gouvernement / opposition » sur « licite / illicite ».

---

133 Luhmann, op.cit. (note 76); *idem*, « Machtkreislauf und Recht in Demokratien ». *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (Opladen : Westdeutscher Verlag), 1981, p. 158-167

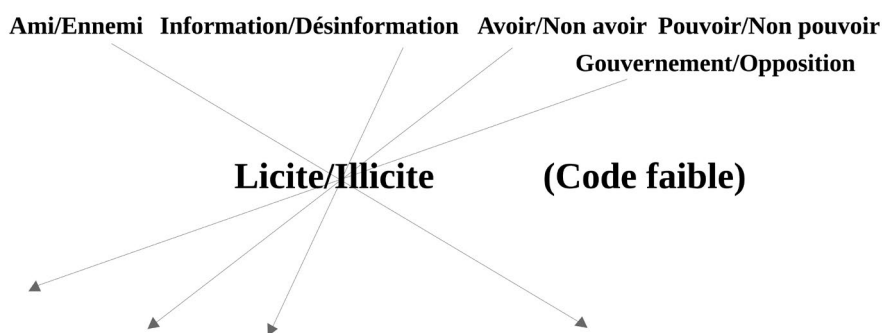
134 Neves, op. cit. (note 60).

135 Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1997, tome 2, p. 1.043.

La « corruption » peut rester au niveau *opérationnel*. Dans ce cas, il est éventuel et non socialement stabilisé. Ce type de « corruption » est présent partout dans le monde y compris dans les démocraties constitutionnelles les plus solides. « La Corruption » peut atteindre le niveau *structurel* des systèmes sociaux. De cette façon, il est socialement stabilisé. Autrement dit, il est soutenu par des attentes stabilisées de comportement. Au niveau structurel, la « corruption » peut rester sectorielle, n'affectant que certaines connexions ou organisations de communication. Mais la « corruption » peut évoluer et donc déclencher une tendance à la généralisation. C'est une « corruption » systémique au sens strict. Il se développe généralement en relation avec un certain état en tant qu'organisation politique territoriale. J'utilise ici la « corruption systémique » dans ce sens.

En ce qui concerne le droit, la « corruption » systémique se produit en particulier par le chevauchement destructeur des codes « avoir/ne pas avoir » (économie), « pouvoir/non-pouvoir » ou « gouvernement/opposition » (politique), « information/désinformation » (médias) et « ami/ennemi » (bonnes relations) sur le code « légal/illicite » (droit). Le code de droit s'avère alors être un code faible (voir figure 2).

**Figure 2 – Corruption systémique du droit**



Source : élaboration personnelle.

On ne peut nier que l'État brésilien est historiquement caractérisé par une « corruption » systémique. C'est un problème de l'État comme une énorme organisation territoriale. Ce n'est pas une supposée société brésilienne, qui n'existe pas strictement. C'est un problème de nombreux états de la société mondiale. À mon avis, cela n'a rien à voir avec l'unicité culturelle. Au contraire, il s'agit

d'un problème structurel de la société mondiale, associé à l'externalisation de l'irrationalité systémique des centres vers les périphéries dans le cadre de l'entreprise coloniale, néocoloniale, impérialiste et post-coloniale. Le « déchet » de la corruption a été et est déplacé et jeté dans les périphéries, ainsi que – dans un lien indissociable – le « déchet » de l'esclavage, de l'invasion, de la guerre, du soutien aux dictatures, de l'exclusion, etc.<sup>136</sup>

### 5.11. De l'exclusion sociale à l'exclusion juridique et politique

La « corruption » systémique au Brésil et dans d'autres pays périphériques (ou, euphémiquement, le Sud mondial) est indissociable de l'exclusion structurelle, qui est une caractéristique de ces pays. Mais que signifie l'exclusion à cet égard avec la « corruption » systémique ?

On ne peut nier qu'il existe une exclusion dans les démocraties constitutionnelles D'Europe et D'Amérique du Nord, mais il s'agit d'une exclusion « secondaire », et non primaire comme dans les pays périphériques<sup>137</sup> En ce qui concerne ceux-ci et en particulier le Brésil, j'ai proposé une approche alternative de l'exclusion structurelle qui clarifie mieux la relation entre l'exclusion sociale et la « corruption » systémique. Je distingue dans des cas tels que la sur-inclusion (ou sur-intégration) et la sous-inclusion (ou sous-intégration) brésiliennes comme deux formes d'exclusion, l'une « au-dessus », l'autre « au-dessous ». Autrement dit : les personnes sur-inclues ont accès aux avantages des systèmes sociaux, mais elles en sont largement indépendantes. Par conséquent, ils ont un excès de liberté envers les systèmes sociaux. En revanche, les sous-inclus n'ont pas accès aux avantages des systèmes sociaux,

136 Neves, Marcelo. From Transconstitutionalism to Transdemocracy. *European Law Journal* (Chichester : Wiley), 2017, v. 23, n. 5, p. 380-394, esp. p. 392.

137 Cf. Müller, Friedrich. *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie* VI. Berlin : Duncker & Humblot, 1997, 20 ss., en attention à mon argument. Il y a sans doute une aggravation de l'exclusion dans les démocraties consolidées dans les centres hégémoniques ces derniers temps, en particulier à cause de la migration massive de réfugiés de l'exclusion dans les périphéries (cf. par exemple, Buckel Sonja. « *Welcome to Europe* » – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts : Juridische Auseinandersetzungen um das « Staatsprojekt Europa ». Bielefeld : Transkript, 2013; Fischer-Lescano, Andreas *et al.* « Border Controls at Sea : Requirements under International Human Rights and Refugee Law ». *International Journal of Refugee Law*, v. 21, 2009, p. 256-296). Alors, on peut observer depuis quelque temps, une tendance à la paradoxale « périphérisation du centre » (Neves, op. cit. [note 136], p. 191-200).

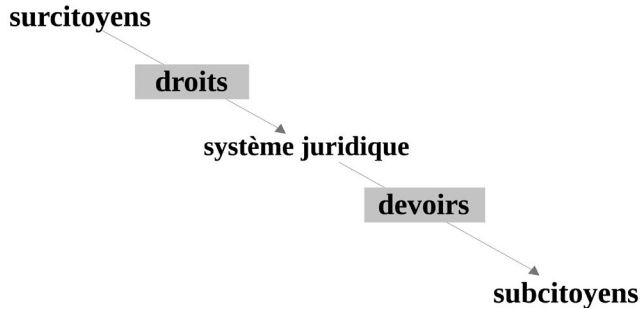
mais ils en dépendent. Bien sûr, il n'y a pas le absolument sur-inclus ou le absolument sous-inclus, mais il y a des individus et des groupes qui sont régulièrement à l'un des pôles des relations de sous-inclusion ou de sur-inclusion.

Dans le domaine du droit, ce sont des Relations de sur-citoyenneté et de sous-citoyenneté (voir Figure 3). Les sur-citoyens sont généralement considérés par le système juridique comme des détenteurs de droits, mais pas comme des sujets de devoirs, de responsabilités, de sanctions et d'autres charges juridiques. Le système juridique a une capacité d'imputation très limitée en ce qui concerne les sur-citoyens. Pour eux, il existe une sorte de garantie informelle d'impunité. Les sous-citoyens, au contraire, bien que strictement soumis aux devoirs, responsabilités, sanctions et pénalités dans le système juridique, ont un accès minimal aux droits. António Hespanha a déclaré que les sur-citoyens sont des nanocitoyens et que les sous-citoyens sont des hypercitoyens.<sup>138</sup> Je dirais que les super-citoyens sont surhumains devant le système juridique, les sous-citoyens sont traités par le droit comme des sous-humains. Les premiers sont intégrés dans le système juridique « d'en haut », ces derniers sont intégrés dans le système juridique « d'en bas ».<sup>139</sup>

138 Hespanha, António Manuel. « As culturas jurídicas dos mundos emergentes : caso brasileiro ». *Revista da Faculdade de Direito* (Curitiba : UFPR), n. 56, 2012, p. 13-21, p. 17.

139 Sur la sous-inclusion (sous-integration) et sous-citoyenneté *versus* sur-citoyenneté (sur-integration) et sur-recitoyenneté comme formes d'exclusion « ci-dessous » et « au-dessus », respectivement, dans la modernité périphérique, voir Neves, *op. cit.* (note 60), p. 78-79 et 94-95 bras., p. 109-110, 132-133]; *idem*, « Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente ». *DADOS – Revista de Ciências Sociais* (Rio de Janeiro : IUPERJ), v. 37, 1994, n° 2, p. 253-276; *idem*, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008, p. 248 ss.

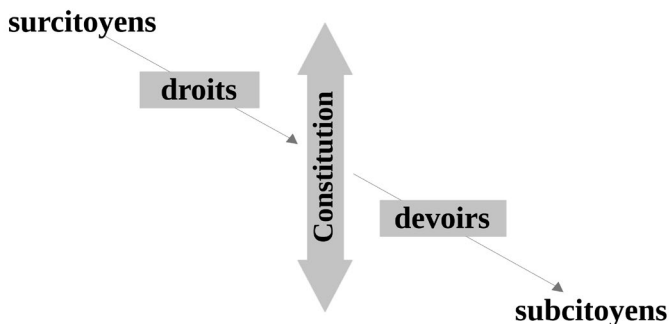
**Figure 3 – Deux formes d'exclusion juridico-politique : rapports de surcitoyenneté et subcitoyenneté**



Source : élaboration personnelle.

Au niveau constitutionnel, les positions asymétriques conduisent à l'implosion de la Constitution en tant qu'horizon d'action politique et juridique et d'expérience selon les termes de l'État constitutionnel. Pour les sur-citoyens, la Constitution est avant tout un instrument de pouvoir, pas un horizon de leur conduite et de leurs attentes. Pour les sous-citoyens la Constitution est quelque chose d'étrange ou, par rapport à eux, elle agit presque uniquement pour limiter leur champ d'action. Les sur-citoyens sont au-dessus de la Constitution, qu'ils utilisent, abusent ou désuettent selon leur constellation d'intérêts. À leur tour, les sous-citoyens ne sont pas inclus dans un public limité qui peut se défendre de manière critique et efficace contre la pratique inconstitutionnelle des sur-citoyens. Ils doivent répondre spécifiquement à leurs besoins vitaux (voir figure 4).

**Figure 4 – Exclusion constitutionnelle comme problème primaire dans le cas brésilien**



Source : élaboration personnelle.

Le lien entre la « corruption » systémique et l'exclusion structurelle avec des secteurs privilégiés « au-dessus » de la Constitution et de grandes parties de la Constitution en dessous de la Constitution peut servir de clé explicative générale de l'incohérence juridico-constitutionnelle et du caractère sélectif et discriminatoire des pratiques du STF et du pouvoir judiciaire dans le contrôle de constitutionnalité au Brésil.

## 5.12. Observations finales : incidences de la politisation du système judiciaire et du STF dans le contexte brésilien actuel

Depuis la procédure controversée d'*impeachment* de la présidente Dilma Rousseff et sa destitution en 2016,<sup>140</sup> la différence considérée comme constitutive de la politique dans la conception de Carl Schmitt, « ami/ennemi »,<sup>141</sup> a pris une signification particulière. Un de ses disciples, Otto Kirchheimer a été péremptoire à cet égard : « Chaque régime politique a ses ennemis ou en temps voulu les crée ». <sup>142</sup>

En divergeant du modèle Schmittien, je comprends que la différence « ami/ennemi » est typique des régimes autocratiques ou des régimes « d'exception ». En démocratie, la différence « ami/ennemi » cède la place à la différence « allié/adversaire ». Cette situation résulte de l'institutionnalisation de l'opposition, qui conduit à la « scission du sommet du système politique ». <sup>143</sup> Les opposants sont alors considérés comme des opposants fondamentaux à l'affirmation du pluralisme démocratique. Ils ne sont pas considérés comme indignes d'une coexistence politique dans les paramètres de l'ordre démocratique.

140 Les documents du processus qui a commencé à partir de la DCR (plainte pour Crime de responsabilité) 1/2015, de la Chambre des députés, sont disponibles sur le site d'information suivant du Sénat fédéral (plainte n. 1/2016-SF) : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/22/veja-os-principais-documentos-do-processo-de-impeachment-de-dilma-rousseff>. Consulté le 18 juillet 2019.

141 Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 6<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker und Humblot, 1996, p. 26.

142 « Every political regime has its foe or in due time creates them » (Kirchheimer, Otto. *Political Justice* : The Use of Legal Procedure for Political Ends. New Jersey : Princeton Legacy Library, 1961, p. 3).

143 Luhmann, Niklas. « Die Zukunft der Demokratie ». In : Luhmann, N. *Soziologische Aufklärung 4* : Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987 p. 126-132, p. 127.

Cependant, l'un des aspects les plus graves de la récente rupture constitutionnelle au Brésil est le fait que le pouvoir judiciaire lui-même a pris *instrumentalement* le contrôle de la différence « ami/ennemi ». La posture typique de la Politique autocratique et d'exception dans laquelle certains politiciens et secteurs sociaux sont considérés comme des amis et donc dignes de respect, tandis que d'autres méritent le mépris moral d'être définis comme des ennemis est adoptée par une partie importante du Judiciaire, du Ministère public et de la Police.

Les tribunaux et les juges en sont venus à agir, dans une large mesure, comme s'ils étaient au-dessus des lois et de la Constitution. Les magistrats assument désormais la position de sur-citoyens, non subordonnés à la loi ou à la Constitution, agissant non seulement de manière sélective contre les sous-citoyens, mais aussi contre leurs représentants dans la politique des partis et les mouvements sociaux, désormais également traités comme des sous-citoyens méprisables, en marge de la loi et de la Constitution. Il y a un cas typique de ministre STF partisan, d'agir ouvertement, en dehors et dans leurs fonctions, selon la différence « ami/ennemi », en dehors des préceptes juridiques et constitutionnels.<sup>144</sup> Il y a aussi le rôle emblématique du juge partiel, qui se comporte à la manière de l'ennemi du défendeur, affirmant ainsi publiquement sa proximité et sa sympathie pour les secteurs des groupes politiques des élites traditionnelles.<sup>145</sup>

144 C'est le cas visible du Ministre Gilmar Mendes. À ce sujet, cf. Hartmann, Ivar. « Gilmar Mendes é contraexemplo da descrição esperada do Judiciário ». *Folha de S. Paulo*, le 27 mai 2017. Disponible sur : <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/05/1887640-para-preservar-a-imparcialidade-juizes-precisam-cultivar-a-discricao.shtml>>, consulté le 15 juillet 2019. Mendes, Conrado Hübner. « O inimigo do Supremo ». *Jota*, le 5 de juin de 2017. Disponible en : <<https://jota.info/colunas/supra/o-inimigo-do-supremo-05062017>>, consulté le 15 juillet 2019. Voir également la Denúncia n° 12/2016-SF (13/9/2016) et la Denúncia n° 06/2017-SF (14/6/2017), dans laquelle les crimes de responsabilité sont attribués au ministre. Les deux ont été déposés par les présidents du Sénat Renan Calheiros (accusé de crime de droit commun dans le STF) et Eunício de Oliveira (criminellement enquêté dans le STF), respectivement. Contre ces dépôts ont été déposés devant le STF le Mandado de Segurança n° 34.560/DF et le Mandado de Segurança n° 35.377 / DF, toujours en cours. La demande d'autorisation administrative en vertu du protocole n. 0033394-STF (14/6/2017), sans aucun mouvement depuis sa présentation, est également pertinente.

145 C'est le cas typique de L'ancien juge Sérgio Moro dans les affaires de la soi-disant « operação Lava Jato » (prétendument destinée à lutter contre la corruption), en particulier dans celles contre l'ancien président Luiz Inacio Lula da Silva. Le tribunal fédéral régional de la 4ème région a rejeté la plainte disciplinaire contre le juge Sérgio Moro de l'époque, affirmant qu'il s'agissait d'une situation d'exception. Cf. Neves, Marcelo. « Parcialidade de magistrados, ofensa a direitos humanos e transconstitucionalismo: por que é legítima a reclamação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas? ». In : Martins, C. Z.; Martins, V. T. Z.; Valim R. (coords.). *O caso Lula: a luta pelos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo : Contra corrente, 2017, p. 269-289, p. 273-284. Critique sur le processus qui a conduit à la condamnation de l'ancien président Lula da Silva, voir Proner, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru : Canal 6, 2017. Il n'y a pas eu jusqu'à aujourd'hui (25 juillet 2019) de réaction conséquente de la Cour supérieure de Justice ou de la Cour Suprême

Dans aucun de ces cas, les mécanismes de contrôle constitutionnels et juridiques n'ont fonctionné.

La première conséquence est la tendance à passer de la constitutionnalisation symbolique à la dégradation de la Constitution. Le « décalage entre norme et réalité » ne semble plus être associé à la formule « fiction devenant réalité et réalité fiction », <sup>146</sup> pour devenir un mépris manifeste de la Constitution et du droit. D'une part, le cynisme des élites prévaut. D'autre part, l'indifférence du public s'approfondit. En contradiction avec cela, les mouvements sociaux ont une propension à se radicaliser faute de voies institutionnelles pour leurs revendications et, en conséquence, « l'État de répression policière » trouve le prétexte pour prendre les devants.

Une telle situation peut être associée à deux *déficits* réflexifs. D'une part, le soi-disant « néo-constitutionnalisme », <sup>147</sup> en surestimant l'utilisation des prin-

---

Fédérale à la performance partielle de l'ancien juge Sérgio Moro. (Note : Après la conclusion de cet article, le STF a déclaré le juge Sérgio Moro suspect et a annulé l'un des procès dans lesquels il avait condamné l'ancien président Lula à une peine d'emprisonnement – STF, 2ème Chambre, HC no 164493, jugement 23/3/2021, publi. 6/4/2021 –, cette décision ayant été confirmée par la Plénière ; le 24/6/2021, le ministre Gilmar Mendes a étendu la décision à d'autres actions dans lesquelles le juge Moro a agi en poursuivant pénalement Lula). La gravité de la situation est devenue évidente et scandaleuse à partir des publications en série, depuis le 9 juillet 2019, par l'agence de presse « The Intercept Brasil », de conversations divulguées entre le juge Sérgio Moro (actuellement ministre de la Justice du gouvernement de Jair Bolsonaro) et le procureur fédéral en chef de la soi-disant « Força Tarefa da Operação Lava Jato », Deltan Dallagnol, ainsi qu'entre celui-ci et les autres membres de cette « Força Tarefa » et d'autres membres du Parquet fédéral. Cf. <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>, consulté le 5 août 2019.

146 Dans les mots de Carvalho, José Murilo. *Teatro de sombras: a política imperial*. São Paulo : Vértice, RT/Rio de Janeiro : Iuperj, 1988, p. 130 et 164 (cf. Neves, *op. cit.* [note 60], p. 121). Dans ce contexte, Carvalho s'éloigne – il me semble à juste titre – de la compréhension optimiste de Ramos, Alberto Guerreiro (*Administração e estratégia do desenvolvimento: elementos de uma sociologia especial da administração*. Rio de Janeiro : FGV, 1966, p. 331) concernant le soi-disant « formalisme » (« a discrepância entre a conduta concreta e a norma prescrita » – p. 333), lié à la « transplantation » d'institutions étrangères (Ramos, Alberto Guerreiros. « O tema da transplantação na sociologia brasileira. Enteléquias da interpretação ». In : Ramos, A. G. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro : UFRJ, esp. p. 273) como « estratégia para mudança social » « a serviço da construção nacional » (Ramos, *Administração e estratégia do desenvolvimento*, esp. p. 387 ss.).

147 Quaresma, Regina *et al.* (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro : Forense, 2009; Maia, Antônio Cavalcanti. « As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo ». *Revista de Direito do Estado* (Rio de Janeiro : Renovar), ano 2, 2007, n° 5, p. 243-265; *idem*, « Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ». In : Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel; Binenbojm; Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 117-168; Barroso, Luís Roberto. « Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional ». In : Lima, Martônio Mont'Alverne Barreto; Albuquerque, Paulo Antônio Menezes de (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis : Conceito Editorial, 2006, p. 481-492; *idem*, « Neoconstitucionalismo e constitucionalização do



cipes comme panacée pour la réalisation constitutionnelle a surestimé le rôle du pouvoir judiciaire au détriment du législatif et de l'exécutif. Cette situation a conduit à l'abus de principes à l'inclusion du pouvoir judiciaire dans la politique des partis et à la judiciarisation symbolique au détriment de la réalisation juridique de la Constitution.<sup>148</sup> Avec un principe *ad hoc*, la flexibilité constitutionnelle a atteint des extrêmes, facilitant l'entrée de toutes sortes d'intérêts privés dans le droit. D'autre part, la notion de « Constitution au pouvoir »<sup>149</sup> a renforcé la prétention des juges et des tribunaux d'assumer un rôle de domestication constitutionnelle de la société. Le résultat ne pouvait être que désastreux. Tout d'abord, parce que l'idée de la « Constitution au pouvoir » (ou « constitution gouvernante ») de la société est une impossibilité épistémologique. La société est beaucoup plus complexe que la Constitution. La revendication idéologique de la « Constitution au pouvoir » n'aurait eu de sens que dans une expérience totalitaire. La Constitution de l'État constitutionnel prend de la distance avec la réalité afin de pouvoir exercer sa fonction normative.<sup>150</sup> Deuxièmement, l'idée d'une « Constitution au pouvoir » nécessite un pouvoir judiciaire qui agit comme l'avant-garde de la domestication constitutionnelle de la réalité. De cette façon, l'espace politique que la Constitution laisse ouvert à la lutte

---

direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) ». In : Souza Neto; Sarmento, *op. cit.* (note 114), p. 203-249; Sarmento, Daniel. « O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades ». In : Sarmento, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 113-146; Streck, Lenio Luiz. « A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo ». In : Souza Neto; Sarmento; Binenbojm (coords.), *op. cit.* (dans la présente note), p. 203-228. Em posição crítica, cf. Dimoulis, Dimitri. « Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico ». In : Sarmento (coord.), *op. cit.* (dans la présente note), p. 213-227.

148 Cf. Neves, *op. cit.* (na nota 87), p. 171 ss.

149 A partir de Canotilho, J. J. Gomes (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 1994), qui a cherché le concept dans Lerche, Peter (*Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Cologne / Berlin / Munich / Bonn : Carl Heymanns Verlag 1961, p. 61 et suivants.), voir Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005; Bercovici, Gilberto. « A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro ». *Revista de Informação Legislativa* (Brasília : Senado Federal), ano 36, 1999, n° 142, p. 35-51; *idem*, « A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição ». In : Souza Neto, C. Pereira de (org.). *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003, p. 114-120. Déjà avec une certaine distance critique, voir Bercovici, Gilberto; Massonetto, Luís Fernando. « A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica ». *Boletim de Ciências Econômicas* (Coimbra : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), v. XLIX, 2006, p. 57-77.

150 Grimm, Dieter. « Verfassung ». *Staatslexikon: Recht · Wirtschaft · Gesellschaft*. Org. Die Görres-Gesellschaft (Fribourg, Br./Bâle/Vienne : Herder). 7<sup>e</sup> éd., v. 5, 1989, col. 633-643.

politique est obscurci et les juges et les tribunaux, en particulier dans leur fonction juridico-constitutionnelle, deviennent le centre de la Politique, paradoxalement, l'étouffant en tant qu'espace de luttes entre diverses forces sociales.

Dans ces circonstances se développe un décisionnisme *ad hoc* de la Cour suprême fédérale, marqué par un fort contenu d'irrationalité. Ce décisionnisme est d'autant plus fort que la doctrine juridique ne se présente pas comme un contrepoint critique pertinent. Il n'y a pas d'irritations à la Cour suprême fédérale pour la doctrine juridique. Occupées pour la plupart par des avocats, des magistrats et des membres du Ministère public régulièrement impliqués dans des litiges judiciaires de nature constitutionnelle, les facultés de droit ont tendance à reproduire les décisions du STF dans une sorte de dogmatique naïve, transformée en « casuistique » à la Brésilienne : la somme des décisions sans analyse de la chaîne décisionnelle, comme s'il y avait une rationalité évidente dans la solution des affaires. La construction d'une doctrine juridique plus critique concernant la performance de la Cour suprême fédérale ne conduira pas à surmonter les irrationalités décisionnelles historiquement sédimentées, mais elle peut servir d'irritation qui oblige, dans une certaine mesure, l'ouverture de « l'irrationalité » à la raison.

Cependant, étant donné qu'il existe des hypothèses non constitutionnelles de constitutionnalisme,<sup>151</sup> il convient de noter que, sans certaines conditions sociales minimales, un modèle textuel de Constitution a peu de pertinence pratique. En ce sens, s'il y a une large exclusion sociale, des relations généralisées de sous-inclusion et de sur-inclusion, la force normative de la Constitution et le contrôle cohérent de la constitutionnalité deviennent peu probables. À cette fin, des transformations structurelles de la société brésilienne sont nécessaires, qui dépendent de variables qui vont bien au-delà du droit constitutionnel.

C'est pourquoi il est nécessaire de réfléchir en termes paradoxaux si, contrairement à un concept juridique de révolution dans les termes de la tradition kelsenienne qui implique le remplacement factuel d'une Constitution par une autre Constitution,<sup>152</sup> la concrétisation et la réalisation satisfaisantes du modèle

151 Ici, il convient de rappeler l'accent mis par Durkheim sur les conditions non contractuelles du contrat (Durkheim, Emile. *De la division du travail social*. Paris : Presses Universitaires de France, 1986, p. 183 ss. [1<sup>er</sup> éd. Paris, 1893]).

152 Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2<sup>e</sup> éd. Vienne : Franz Deuticke, 1960, p. 51, p. 212-213, p. 279-280; Vilanova, Lourival. « Teoria jurídica da revolução – Anotações à margem de Kelsen ». Separata do *Anuário do Mestrado* (Recife: Faculdade de Direito do Recife/UFPE), 1979, n. 2 e 3.

textuel de la Constitution de 1988 n'impliqueraient pas une rupture structurelle de la société dans le cadre de l'état Brésilien, ce qui impliquerait une « révolution » sociale. Une telle réflexion ne signifie pas admettre que cette situation résulterait nécessairement, en termes classiques d'un moment héroïque de prédominance de la violence physique contre le *statu quo*, mais plutôt d'un processus conflictuel de recherche d'un projet hégémonique durable de nature démocratique et, par conséquent, inclusive.

## Références bibliographiques

ALENCAR, Ana Valdez A. N. de; RANGEL, Leyla Castello Branco [orgs.]. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*. Brasília : Senado Federal, 1986, v. 1.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Quando a busca pela eficiência paralisa o Judiciário. *Conjur*, 2013. Disponible en : <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-28/fabio-portela-quando-busca-eficiencia-paralisa-poder-judiciario>>. Consulté le 14 juillet 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2016/2017: o estado dos direitos humanos no mundo*. Londres : Amnesty International, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Bushatsky, 1980.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público* [São Paulo : RT], année I, 1968, n<sup>o</sup> 4.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Org. par Homero Pires. São Paulo : Livraria Acadêmica/Saraiva, v. III, 1933.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de 1891 (Obras Completas, v. XVII, 1)*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1946.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional. In : LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio Menezes de (orgs.). *Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis : Conceito Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In : SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Saraiva, 2010.

BASTOS, Aureliano Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife : Editora Nacional, 1937 (1<sup>ère</sup> éd. Rio de Janeiro, 1870).

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília : Senado Federal), année 36, 1999, n° 142.

\_\_\_\_\_. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In : SOUZA NETO, C. Pereira de (org.). *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XLIX, 2006.

BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le “forme di Stato” e le “forme di governo”, le Costituzioni moderne*. 3<sup>e</sup> éd. Milan : Giuffrè, 1974.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2<sup>e</sup> éd. Rio de Janeiro : Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antonio Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília : [Senado Federal]/[Rio de Janeiro :] Paz e Terra, 1989.

BUCKEL, Sonja. *Welcome to Europe – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts: Juridische Auseinandersetzungen um das “Staatsprojekt Europa”*. Bielefeld : Transkript, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5<sup>e</sup> éd. Coimbra : Almedina, 1991.

CARNEIRO, Walber A. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In : SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Walber Araújo; HIRSCH, Fábio Perianandro de Almeida (orgs.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador : Editora Dois de Julho, 2013.

CARONE, Edgard. *A República Velha (Evolução política)*. São Paulo : Difel 1971.

CARVALHO, José Murilo. *Teatro de sombras: a política imperial*. São Paulo : Vértice, RT/Rio de Janeiro : Iuperj, 1988.

CARVALHO, Sandra (org.) *Execuções sumárias no Brasil – 1997/2003*. Rio de Janeiro : Centro de Justiça Global/Florianópolis : Núcleo de Estudos Negros (NEN), 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gestezespositivistischen Textmodells. In : MÜLLER, Fredrich (org.). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin : Duncker & Humblot, 1989.

\_\_\_\_\_. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12<sup>e</sup> éd. Heidelberg/Karlsruhe : Müller, 1980.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo C. N. 1.336/71). *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Rio de Janeiro : OAB-CF), v. III, 1971, n<sup>o</sup> 6.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais, 2014. Disponible en : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Consulté le 16 juillet 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

DERRIDA, Jaques. Être juste avec Freud. L'histoire de la folie à l'âge de la psychanalyse. In: ROUDINESCO et al. *Penser la folie: essais sur Michel Foucault*. Paris : Galilée, 1992.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 11<sup>e</sup> éd. Salvador : Editora JusPODIVM, v. 3, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In : SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Paris : Presses Universitaires de France, 1986 [1<sup>ère</sup> éd. Paris, 1893].

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2014. Disponible en : <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Consulté le 15 juillet 2019.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : Ed. Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo. Faoro, 1976.

\_\_\_\_\_. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 6<sup>e</sup> éd. Porto Alegre : Globo, v. 1, 1984; v. 2, 1985.

FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford : Basil Blackwell, 1991.

FISCHER-LESCANO, Andreas et al. Border controls at sea: requirements under international human rights and refugee law. *International Journal of Refugee Law*, v. 21, 2009.

FREIRE, Felisbelo de Oliveira. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília : UnB, 1983 [1<sup>ère</sup> éd. 1894].

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. *Journal of Comparative Economics*, v. 35, 2007.

GRIMM, Dieter. *Verfassung. Staatslexikon: Recht Wirtschaft Gesellschaft*. Org. par Die Görres-Gesellschaft (Fribourg, Br./Bâle/Vienne : Herder). 7<sup>e</sup> éd., v. 5, 1989.

HARTMANN, Ivar. Gilmar Mendes é contraexemplo da discrição esperada do Judiciário. *Folha de S. Paulo*, le 27 mai 2017. Disponible en : <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/05/1887640-para-preservar-a-imparcialidade-juizes-precisam-cultivar-a-discricao.shtml>>. Consulté le 15 juillet 2019.

HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung. In : HESSE, Konrad. *Ausgewählte Schriften*. Org. par P. Häberle et A. Hollerbach. Heidelberg : Müller, 1984.

HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito* (Curitiba : UFPR), n° 56, 2012.

HUGGINS, Martha K.; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. *Violence workers: police torturers and murders reconstruct brazilian atrocities*. Berkeley/Los Angeles : University of California Press, 2002.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2<sup>e</sup> éd. Vienne : Franz Deuticke, 1960.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. New Jersey : Princeton Legacy Library, 1961.

LEAL, Aurelino. *Historia Constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1915.

LEFORT, Claude. Droits de l'homme et politique. In : C. Lefort. *L'invention démocratique: les limites de la domination totalitaire*. Paris : Fayard, 1981.

LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Cologne/Berlin/Munich/Bonn : Carl Heymanns Verlag, 1961.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Simbolismo da atuação do STF em direito à saúde*. Curitiba : Juruá, 2017.

\_\_\_\_\_. *Saúde e Supremo Tribunal Federal*. 2<sup>e</sup> éd. Curitiba : Juruá, 2018.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2<sup>e</sup> éd. rév. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

LÖBSACK-FÜLLGRAF, Lilli. *Verfassung und Alltag: Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien*. Sankt Augustin : Liberal, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3<sup>e</sup> éd. Tübingen : Mohr, 1975.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart : Kohlhammer, 1974.

\_\_\_\_\_. *Machtkreislauf und Recht in Demokratien. Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (Opladen : Westdeutscher Verlag), 1981.

\_\_\_\_\_. *Die Zukunft der Demokratie. In : Luhmann, N. Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987.

\_\_\_\_\_. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. Rechtshistorisches Journal* 9 (1990) (Frankfurt am Main : Löwenklau).

\_\_\_\_\_. *Zur Einführung. In : Neves, Marcelo. Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne : eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin : Duncker & Humblot, 1992.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1993.

\_\_\_\_\_. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1997, tome 2.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro : UERJ, v. 5, 2012, n° 2.



MACHADO, Igor Suzano. A Constituição de 1988 e a judicialização da política: o caso do controle de constitucionalidade exercido pelo STF. In : CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (orgs.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo : Hucitec/Anpocs, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro : Renovar, ano 2, 2007, n. 5.

MARTINS FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Max Limonad, 1954.

MAUS, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts - und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4<sup>e</sup> éd. Rio de Janeiro/São Paulo : Freitas Bastos, 1948, v. I.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II: *Formação constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1960.

MENDES, Conrado Hübner. O inimigo do Supremo. *Jota*, 5 de junho de 2017. Disponible en : <<https://jota.info/colunas/supra/o-inimigo-do-supremo-05062017>>. Consulté le 15 juillet 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. VI, 1960.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2<sup>e</sup> éd. 2<sup>e</sup> impression. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, v. III, 1973.

MISSE, Michel *et al.* *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro : Booklink, 2013.

\_\_\_\_\_. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011). *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* (Rio de Janeiro : UFRJ), 2015, édition spéciale n. 1.

MÖLLERS, Christoph. Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung: Begriff der Verfassung in Europa. In : BOGDANDY, Armivon (org.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlin : Springer, 2009.

MOLTMANN, Bernhard. Konstitutionsbedingungen des Staates im Brasilien des 19. Jahrhunderts. In : HANISCH, Rolf; TETZLAFF, Rainer (orgs.), avec la collaboration de Siebold, Thomas. *Historische Konstitutionsbedingungen des Staates in Entwicklungsländern*. Frankfurt am Main : Metzner, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin : Duncker & Humblot, 1984.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik*. 6<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker & Humblot, 1995.

\_\_\_\_\_. *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker & Humblot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. par Ralph Christensen. Berlin : Duncker & Humblot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI*. Berlin : Duncker & Humblot, 1997.

NEVES, Marcelo. Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Berlin : Duncker & Humblot, 1992.

\_\_\_\_\_. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais* (Rio de Janeiro : Iuperj), 1994, v. 37, no 2.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2<sup>e</sup> éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. 3ª éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In : FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo : Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. From transconstitutionalism to transdemocracy. *European Law Journal*. Chichester : Willey, 2017, v. 23, nº 5.

\_\_\_\_\_. Parcialidade de magistrados, ofensa a direitos humanos e transconstitucionalismo: por que é legítima a reclamação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas? In : MARTINS, C. Z.; MARTINS, V. T. Z.; VALIM, R. (coords.). *O caso Lula: a luta pelos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo : Contracorrente, 2017.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3ª éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2019.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Forense, 1943.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro/ São Paulo : Freitas Bastos, v. I, 1958.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Villeneuve, 1857.

PRONER, Carol et al. (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru : Canal 6, 2017.

QUARESMA, Regina et al. (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In : SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

RAMOS, Alberto Guerreiro. O tema da transplantação na sociologia brasileira. Enteléquias da interpretação. In : RAMOS, A. G. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro : UFRJ, 1957.

\_\_\_\_\_. *Administração e estratégia do desenvolvimento*: elementos de uma sociologia especial da administração. Rio de Janeiro : FGV, 1966.

RODRIGUES, José Carlos. *Constituição política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro : Laemmert, 1863.

ROTUNDA, Ronaldo D. The fall of *seriatim* opinions and the rise of the Supreme Court. Verdict: Legal Analysis and Comments from Justitia, 17/10/2017. Disponible en : <<https://verdict.justia.com/2017/10/09/fall-seriatim-opinions-rise-supreme-court>>. Consulté le 18 juillet 2019.

ROURE, Agenor de. *Formação constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro : Jornal do Commercio, 1914.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In : SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 6<sup>e</sup> éd. Berlin : Duncker und Humblot, 1996.

SEABRA FAGUNDES, M. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife : OAB-PE, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights, 2007. Disponible en : <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>>. Consulté le 16 juillet 2019.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1<sup>ère</sup> éd. 2<sup>e</sup> impression. São Paulo : Malheiros, 2008.

SOARES DE SOUZA, Francisco Belisário. *O sistema eleitoral no Império (com apêndice contendo a legislação eleitoral no período 1821-1889)*. Brasília : Senado Federal, 1979 [1<sup>ère</sup> éd. 1872].

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In : SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Representações por inconstitucionalidade: dispositivos de constituições estaduais*. Brasília : STF/ Senado Federal, v. I e II, 1976; v. III, 1984.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Brasileiro* (São Paulo : USP), v. 19, 2007, nº 2.

VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução – Anotações à margem de Kelsen. Extrait du *Anuário do Mestrado*. Recife : Faculdade de Direito do Recife (UFPE), 1979, n<sup>os</sup> 2 e 3.

## 6. Représentation (et juridiction) en tant que pouvoir de décision

Márcio Nuno Rabat<sup>153</sup>

### 6.1. Introduction : droit et sociologie politique

L'approche qui est prévue dans cet article au sujet des relations entre représentation et juridiction peut sembler – et possiblement il est – plus liée à l'histoire politique ou à la sociologie politique qu'au droit constitutionnel. En ce sens, l'article se situe dans une position quelque peu périphérique vis-à-vis du noyau thématique de ce livre et du Colloque dont il a été inspiré. On s'attend cependant à ce que les notes suivantes – sur la formation de l'état moderne et sur la séparation des pouvoirs – ne soient pas sans rapport avec la contextualisation de l'analyse juridico-constitutionnelle exposée dans les autres articles. Après tout, l'étude du droit ne dispense pas de la réflexion sur l'environnement socio-politique dans lequel les relations juridiques se conforment et évoluent.

### 6.2. Représentation politique, dynamique institutionnelle et corrélation des forces

La représentation politique est comprise ici comme le « pouvoir de prendre des décisions qui lient toutes les personnes (ou la population) sur lesquelles ils se concentrent ». Ce n'est pas une définition originale. Il est vrai que, de nos jours, lorsqu'on aborde la relation entre représentants et représentés, l'accent est plus souvent mis sur la « *légitimité* (des représentants) à décider (par les représentés) », mais l'accent mis sur le « *pouvoir* (des représentants) à décider (par les représentés) » a une longue histoire dans la théorie politique et juridique. Il ne s'agit pas non plus d'une définition exhaustive. D'autres perspectives peuvent et doivent être ajoutées dans des analyses plus approfondies du phénomène. Mais c'est une définition adaptée à nos fins, car elle met en évidence le thème, de nature politique, du « pouvoir ».

---

153 Administrateur de la Chambre des députés. Docteur en science politique par l'Université fédérale fluminense (UFF).

L'approche proposée établit également un dénominateur commun entre la juridiction et les diverses (autres) formes de représentation politique. Dans tous les cas, représenter signifie avoir le pouvoir de prendre des décisions collectivement contraignantes. Maintenant, une décision est imposée au collectif, que ce soit par voie législative, administrative, juridictionnelle ou autre,<sup>154</sup> à la suite de l'interaction des forces présentes dans le contexte dans lequel elle est prise. Il vient donc au premier plan le thème de la corrélation des forces. Deux observations doivent toutefois être faites pour éviter les malentendus.

Il convient de noter, tout d'abord, que l'accent mis sur la corrélation des forces n'exclut pas le souci de la légitimité des décisions prises. En fait, les avocats de décisions contradictoires les défendent ou les attaquent presque toujours sur la base de leur légitimité plus ou moins grande. Lorsque la représentation démocratique est valorisée,<sup>155</sup> par exemple, il vient bientôt à l'esprit, comme critère d'évaluation du bien-fondé de décisions collectivement contraignantes, la remise en question du degré de participation et d'influence, dans le processus décisionnel, des sujets liés par la décision. C'est la participation égale (autant que possible) au processus décisionnel qui les légitime du point de vue de la démocratie. Il est rare que quelqu'un soutienne qu'une décision est démocratiquement plus légitime parce qu'elle a plus de pouvoir ou plus de forces pour la soutenir.

Deuxièmement, une compréhension simpliste de la corrélation des forces dans les processus sociaux devrait être évitée, en particulier lorsque des décisions collectivement contraignantes résultent du fonctionnement d'arrangements institutionnels complexes. Le point, aussi important, sera développé, dans le sujet A, à partir d'un cas historique concret - ou, du moins, de l'interprétation d'un cas historique concret, c'est-à-dire l'interprétation proposée par Norbert Elias, dans le deuxième volume du livre *Le processus civilisateur*, pour le processus de formation de l'État moderne.

154 Une analyse qui prend toutes les conséquences de la définition de la représentation politique proposée dans le texte devra faire face à des cas dans lesquels des entités de droit privé sont objectivement capables (et, dans la plupart des cas, légalement légitimées) de prendre des décisions qui affectent l'ensemble de la population vivant sur un territoire donné. C'est sans équivoque le cas de nombreuses entreprises privées et conglomérats d'entreprises de nos jours.

155 Comme dans le colloque qui a donné naissance à ce livre : « La démocratie : entre représentation et juridiction » ou « A democracia entre representação e jurisdição » en portugais.

Un dernier enregistrement. Le risque toujours présent de traiter les concepts (et en particulier les concepts juridiques) comme intemporels et délocalisés dans l'espace diminue lorsque les processus sociopolitiques auxquels ils se réfèrent sont tenus en vue. Étant donné que des cadres juridiques similaires peuvent se chevaucher avec des configurations sociales très différentes – et des corrélations de forces sous-jacentes – il est important, pour comprendre une situation concrète, que l'attention ne soit pas uniquement portée sur le format institutionnel incarné, par exemple, dans les constitutions écrites ou même dans les lois infra-constitutionnelles et les décisions judiciaires. La prudence face à un tel risque est particulièrement pertinente lorsque l'analyse s'articule autour de deux pays aux histoires différentes, situés sur des continents différents, mais qui ne manquent pas de partager des institutions formellement similaires.

### **6.2.1. La corrélation des forces en tant qu'élément structurant des institutions. Un exemple pour éviter la simplification**

L'approche des processus décisionnels collectifs basés sur l'évaluation de la corrélation des forces entre les agents sociaux et politiques – ou le pouvoir de certains de décider pour d'autres – est immédiatement exposée au risque de simplification. Il est facile de penser qu'il ne s'agit que d'identifier, dans la relation entre deux ou plusieurs agents, lequel ou lesquels sont les plus puissants, c'est à eux de décider le moins puissant. Mais ce n'est pas la ligne d'enquête qui est proposée ici. Il s'agit, en fait, de souligner que la configuration sociale globale et les arrangements institutionnels dans lesquels elle s'exprime apportent une corrélation sociopolitique des forces qui s'avère déterminante pour l'issue de processus décisionnels concrets. Ainsi, par exemple, la manière dont le principe de séparation des pouvoirs est conformé dans un État donné (sujet B) dépendra de la corrélation des forces dans la société et, de plus, affectera les décisions collectivement contraignantes qui y sont prises.

Dans ce sujet A, nous traiterons de la conformation des institutions politiques modernes et contemporaines à partir des problèmes explorés dans le deuxième volume du livre *Le processus civilisateur*, de Norbert Elias, dans l'espoir qu'il ouvre une perspective plus globale pour la compréhension du thème complexe de la relation entre la dynamique institutionnelle et la corrélation sociale des forces. Après avoir exposé les facteurs qui, à son avis, soutenaient la fragmentation



du pouvoir politique dans l'Europe médiévale, Elias a présenté sa version du processus de concentration des pouvoirs qui conduirait à l'émergence de l'État moderne. La description n'a pas manqué de prendre en compte des facteurs socio-économiques, tels que la croissance et la monétarisation des échanges, mais ce qui nous intéresse, c'est principalement le processus corrélé de concentration progressive du pouvoir politique, d'abord dans quelques maisons seigneuriales, puis dans ce qui dominera tous les autres, devenant ainsi effectivement une maison royale.

L'appareil institutionnel créé autour de la maison royale, après s'être imposé aux autres foyers du pouvoir politique sur le territoire sous sa domination, se dépouillerait encore des éléments du pouvoir privé qui le caractérisaient (comme institution aristocratique qu'il était) pour se présenter, enfin, comme chose publique, comme état impersonnel ou État lui-même (comme institution bourgeoise qu'il est devenu). Pour Norbert Elias, cependant, avant même que ce point ne soit atteint, le processus qui conduirait à l'émergence de l'institutionnalité politique contemporaine avait déjà commencé, par la conjugaison de deux phénomènes apparemment opposés : l'état moderne, tout en étant constitué, intégrait des fonctions précédemment diffusées par divers organes sociopolitiques, mais, pour l'accomplissement de tant de fonctions, la collaboration de nombreux acteurs sociaux, dans un réseau étroit d'interdépendances, devenait de plus en plus indispensable.<sup>156</sup> Cette interdépendance est un élément objectif important pour stimuler et soutenir l'idée que le pouvoir de l'état émane du peuple. Elias lui-même, en passant, déclare que ce processus serait la base de ce que nous appelons un régime démocratique.

L'argumentation de Norbert Elias illustre bien la thèse selon laquelle les arrangements institutionnels complexes, tels que ceux communément couverts par le mot démocratie, peuvent être étudiés en fonction de changements de grande ampleur dans la corrélation sociale des forces, changements qui fournissent les balises objectives pour la mise en forme et l'institutionnalisation de mécanis-

---

156 Comme un stimulant à la réflexion sur le sujet, peut-être rapprocher cette expérience historique d'un phénomène contemporain ne soit pas exagéré : à l'interconnexion croissante entre les personnes, facilitée par les innovations technologiques, du réseau mondial d'ordinateurs est un exemple frappant, mais pas le seul, mais aussi, simultanément, dans (i) la diffusion du pouvoir de participer aux processus de discussion et de prise de décision à grande échelle et dans (ii) la concentration du pouvoir dans les mains des personnes et des institutions qui sont situés dans le centre (ou les centres) du réseau d'interconnexions.

mes décisionnels dont les résultats (les décisions) ne peuvent manquer d'exprimer, d'une manière ou d'une autre, cette corrélation.

Pour nos besoins, il est important de se rappeler qu'un phénomène similaire à celui décrit par Norbert Elias n'était pas en cours au Brésil, même au XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque le pays était déjà devenu autonome de la métropole portugaise. Le régime impérial brésilien, en vigueur jusqu'en 1889, fonctionnait plus comme un parapluie sous lequel les pouvoirs locaux étaient abrités que comme un État centralisé (sans parler d'un État impersonnel).<sup>157</sup> La portée très territoriale du régime semblait correspondre essentiellement à la nécessité d'assurer politiquement le fonctionnement d'un vaste marché aux esclaves, à tel point que la décentralisation politique a émergé immédiatement après l'abolition de l'esclavage, qui a emporté « notre » monarchie. Or, s'il n'y avait pas d'État centralisé, il n'y avait pas d'interdépendance politique directe entre le centre politique et les citoyens dans leur ensemble. Et ce que nous appelons le « régime démocratique » était donc encore plus éloigné de la réalité concrète que dans l'Europe absolutiste.

### 6.2.2. La séparation des pouvoirs et la corrélation des forces. Le lieu de la juridiction

La solidité de la conception moderne de la séparation des pouvoirs a des fondements variés, parmi lesquels figure sans doute la qualité de l'argumentation qui, dans l'abstrait, l'a soutenu et la soutient. Quoi de plus convaincant, par exemple, que de défendre la nécessité de l'autonomie du pouvoir législatif (qui produit des lois générales et abstraites) et du pouvoir judiciaire (qui applique uniformément les lois) pour que les deux tâches ne se laissent pas contaminer par le souci quotidien du pouvoir exécutif avec de situations administratives et d'affrontements politiques concrets ?

Cependant, des arguments abstraits et bien construits n'auraient pas suffi à soutenir des principes et des arrangements institutionnels qui ont été socialement enracinés et résistés – à la fois sur le plan pratique et idéologique – pendant plus de deux siècles. Ils devraient également être compatibles avec la configuration

---

157 Le livre de Nestor Duarte, *A ordem privada e a organização política nacional*, de 1939, contrairement à ce qui peut sembler à première vue, ne nie pas, en vertu de la prédominance de l'ordre privé, que le pouvoir au Brésil était concentré dans quelques mains, mais nie, déjà avancé au XX<sup>e</sup> siècle, que ce pouvoir était impersonnel. Or, s'il n'y a pas d'impersonnalité l'État n'existe pas.

sociale dominante à l'échelle mondiale et la corrélation des forces qui y sont intégrées. Dans cette ligne de raisonnement, on peut comprendre la séparation des pouvoirs comme l'un des principaux mécanismes institutionnels de soutien aux relations politiques et juridiques impersonnelles (égalité de tous devant la loi) qui caractérisent l'état de droit. Or, l'impersonnalité au niveau juridique et politique est combinée à l'impersonnalité au niveau socio-économique, dans laquelle toutes les relations se produisent, en principe, à travers le contrat entre des personnes libres et égales, même si l'égalité au niveau juridique et politique est parfaitement compatible avec l'inégalité économique et sociale extrême. La somme de ces deux « impersonnalités » serait au cœur du projet sociopolitique moderne.

Il n'est pas difficile de voir que ce type de raisonnement finit par articuler le principe de la séparation des pouvoirs avec la manière dont le pouvoir et la richesse ont été structurés et distribués au cours des derniers siècles. Prendre l'analyse sur cette voie mettrait cependant en lumière la discussion, très large et complexe, sur la structure intime de la société moderne et contemporaine, à laquelle s'ajouterait également le problème des différentes formes avec lesquelles cette structure s'est développée « au centre et à la périphérie », discussion qui ne rentre pas dans cet article. Dans cette perspective, nous poursuivrons la réflexion proposée ici, en nous référant à un aspect plus spécifique de l'histoire de la séparation moderne des pouvoirs.

La force initiale du principe de séparation des pouvoirs a été attribuée plus d'une fois au fait que, tandis que le principe émergeait et s'installait en Europe, deux classes, l'aristocratie et la bourgeoisie, se disputaient la domination du continent, chacune s'appuyant sur l'un des trois pouvoirs de l'état (représenté, dans ce cas, par la couronne et le parlement). La défense des prérogatives du législatif et de l'exécutif n'a pas seulement véhiculé des convictions théoriques sur l'importance de la séparation des pouvoirs en tant que cadre institutionnel approprié à l'État moderne et contemporain. De profonds conflits d'intérêts et de valeurs ont été exprimés dans la défense des prérogatives de chacun des deux pouvoirs « cruciaux ». Pendant de nombreuses années, comme nous l'avons appris lors du colloque qui a donné lieu à ce livre, la position du pouvoir judiciaire dans ce jeu était secondaire. La Révolution française elle-même aurait été faite, dans une bonne mesure, contre les juges (ou du moins pour restreindre leur champ d'action). L'impersonnalité de l'état, dans la perspective

alors dominante, impliquerait la réduction de la compétence au rôle de « bouche de la loi ». Le pouvoir judiciaire était, presque par définition, le pouvoir politiquement neutre.<sup>158</sup>

Fait intéressant au Brésil à partir d'une structure sociale très différente, l'opposition entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif a également exprimé, au XIX<sup>e</sup> siècle, d'importants conflits d'intérêts, qui, à leur tour, auront facilité l'adhésion à la doctrine de la division des pouvoirs, en vigueur dans les « pays de référence » de nos doctrines. Le conflit entre les deux pôles institutionnels du pouvoir (et, bien sûr, entre les forces sociales qui les soutenaient) n'a jamais été simple, ni l'issue prévisible.<sup>159</sup> Nous ne nous attarderons toutefois pas sur ce différend, car nous nous intéressons plus directement ici à une autre coïncidence avec l'expérience européenne, notamment française : La relative sécularisation du pouvoir judiciaire dans le partage tripartite des pouvoirs.

Le manque d'efficacité de l'une des principales décisions de la première constitution républicaine illustre bien à quel point, chez nous du moins, le rôle secondaire du pouvoir judiciaire n'était pas exactement un choix. Le format de notre fédéralisme et de notre division des pouvoirs a été largement ancré dans la Constitution américaine.<sup>160</sup> Rui Barbosa, le principal rédacteur de la Constitution de 1891, s'attendait particulièrement au rôle politique éminent que le pouvoir judiciaire jouerait dans le système de freins et de contrepoids. Il a passé les nombreuses années de sa vie contre les juges – et en particulier contre la Cour suprême fédérale – parce qu'ils n'ont pas répondu à ses attentes. Mais il n'est pas difficile d'expliquer pourquoi cela s'est passé. Il n'y avait absolument aucune base sociale pour justifier ces attentes. Quelles forces sociales, quels intérêts soutiendraient leur action autonome ? Pendant des décennies, malgré l'aura d'importance qui a toujours entouré le droit parmi nous, et la qualité doctrinale du travail de beaucoup de nos principaux juristes (dont Rui Barbosa lui-même est un exemple exponentiel), l'autonomie politique du pouvoir judiciaire

---

158 Cette caractéristique – pour ainsi dire génétique – est si pertinente pour le pouvoir judiciaire qu'il tend encore aujourd'hui à se présenter (et à se justifier) comme politiquement neutre, même dans les cas où il ne l'est pas le plus clairement.

159 De la chute du premier empereur en 1831 aux obstacles des présidents de la république au cours des dernières décennies, le pouvoir exécutif s'est avéré plus d'une fois le moins fort dans ces différends, contredisant peut-être l'évaluation prédominante de la population.

160 Cela ne signifie pas que les constitutionnalistes Brésiliens étaient inattentifs à la réalité du pays. L'Interdiction des élections successives pour le chef de l'exécutif, à l'encontre de l'exemple Américain, illustre l'attention portée à ces particularités.

au Brésil a été réduite, ce qui s'est exprimé, même, dans les conditions matérielles dans lesquelles les juges travaillaient et vivaient.

La situation a changé rapidement au cours des deux dernières décennies.<sup>161</sup> L'influence croissante du pouvoir judiciaire sur l'histoire politique du Brésil saute aux yeux. Selon les paramètres d'analyse fixe dans cet article, l'explication de la modification doit être recherchée non seulement dans les innovations doctrinales, mais aussi dans la modification de la configuration sociale dans son ensemble et, en particulier, dans la nouvelle corrélation de forces sous-jacentes. Un bon indice de l'enquête sur les déterminations objectives d'un changement structurel aussi complexe se trouve dans l'histoire du pays qui a inspiré le constitutionnaliste brésilien de 1891.

Tout au long de la période au cours de laquelle, au Brésil et en France, le pouvoir judiciaire a joué un rôle relativement secondaire dans la séparation des pouvoirs, la configuration institutionnelle qui allait bientôt placer le pouvoir judiciaire – et en particulier la Cour suprême – dans une position d'importance et d'influence particulière s'est conformée aux États-Unis. L'Innovation n'était pas correctement prévue dans la Constitution des États-Unis, et il ne semble pas non plus raisonnable de supposer qu'elle était dans l'esprit des constituants. Le fait qu'il soit issu de la pratique sociale et politique renforce l'idée que le processus est basé sur la corrélation des forces sous-jacentes à l'histoire du pays.

Deux caractéristiques de la société américaine du XIXe siècle méritent d'être soulignées ici. Premièrement, c'était une société bourgeoise précoce. On ne s'attendrait donc pas à ce que la séparation des pouvoirs soit basée sur le contraste entre l'aristocratie et la bourgeoisie. Peut-être que le système tripartite classique de pouvoirs, bien qu'il semble si intrinsèque au régime politique en vigueur aux États-Unis, n'y joue même pas un rôle primordial, étant plutôt l'une des manifestations du pluralisme politique qui est dans l'âme de ce régime. De ce point de vue, la tripartition n'aurait été, dès le début, qu'une ex-

---

161 Les hypothèses qui guident l'évaluation faite dans cet article suggèrent que le processus d'autonomie de la magistrature doit avoir été en cours depuis que l'expansion du droit de suffrage s'est intensifiée et est devenue constante, au Brésil, dans la seconde moitié des années 1940. Cependant, la concentration du pouvoir décisionnel qui s'est produite après le coup d'état de 1964, dont l'épicentre était le pouvoir exécutif, a peut-être retardé le processus ou rendu difficile sa perception. Quoi qu'il en soit, il y a un saut qualitatif sans ambiguïté au cours des dernières décennies.

pression de plus du système de freins et de contrepoids.<sup>162</sup> Deuxièmement, les États-Unis étaient, bien sûr, le fer de lance de la démocratie contemporaine. Le célèbre livre n'a pas été appelé *La démocratie en Amérique* par hasard.

Eh bien, au moins au Brésil, nous ne pouvons manquer de noter que le poids croissant du pouvoir judiciaire coïncide avec la période où le mode de vie bourgeois envahit plus largement la vie quotidienne des gens et où la démocratie politique – en ce qui concerne l'expansion du suffrage et la liberté d'organisation des partis, mais pas seulement – atteint une ampleur sans précédent. Il y a probablement plus qu'une simple coïncidence avec le cas Américain. L'élargissement du pouvoir de représentation du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire de son pouvoir de prendre des décisions contraignantes sur ce que seraient les fondements du collectif et sur les orientations qu'il devrait suivre, accompagné de la réarticulation institutionnelle qui rend légitime ce pouvoir élargi, peut-être lié à la nécessité de garder le pouvoir de la majorité sous surveillance. Et cela signifie non seulement soutenir les droits et les garanties individuels, ou protéger les minorités,<sup>163</sup> mais aussi contenir le pouvoir populaire potentiellement croissant dans certaines limites. Enfin, il semble y avoir des forces sociales pertinentes intéressées à soutenir le fonctionnement autonome du système judiciaire au Brésil.

### 6.3. Conclusion

La manière dont les relations entre la juridiction et la représentation (élective) sont structurées et fonctionnent fait partie du problème global de la séparation des pouvoirs et du problème encore plus global de la conformation des états de droit démocratiques modernes. Le principal objectif de cet article est de rappeler que, dans chacun de ces trois niveaux de portée, l'analyse des configurations institutionnelles alternatives ne se réduit pas à la définition de la plus appropriée au bien public, ou la plus légitime dans le cadre constitutionnel actuel, mais renvoie également à sa place dans la configuration sociale globale et à la corrélation sociopolitique des forces que les arrangements

---

162 Quelque chose de similaire se serait produit au fil du temps en Europe. Dans la mesure où le substrat discriminatoire de l'opposition entre pouvoir exécutif et législatif s'est estompé, l'opposition elle-même a perdu en intensité.

163 Des tâches par excellence, dans le cadre de l'état de droit, d'un pouvoir judiciaire autonome.

institutionnels expriment irrémédiablement. En d'autres termes, il y a toujours une question de pouvoir en jeu, exigeant l'attention de l'analyste.

Le changement de rôle de la juridiction, en cours tant en France qu'au Brésil, mérite d'être observé dans cette perspective. La simultanéité, dans les deux pays, de l'effort visant à produire une plus grande intervention juridictionnelle dans les processus décisionnels collectifs ne doit pas cacher le fait qu'il s'agit de contextes sociopolitiques distincts.<sup>164</sup> Il est estimé, toutefois, que dans les deux contextes et l'utilisation des paramètres généraux de l'évaluation proposée ici, rend difficile de ne pas verser de dividendes sur la situation : le renforcement du rôle d'une juridiction peut soit être destiné à la protection des droits et garanties fondamentaux qui sont décisives pour leur participation à la vie politique égalitaire, aussi que la restriction de la portée des décisions collectifs directement influencés par la majorité des personnes (ou les deux).

En tout état de cause, il ne faut pas sous-estimer le caractère central du fondement électoral de la légitimité démocratique des régimes politiques contemporains. Le processus électoral fournit non seulement, au moment du vote, une situation rare d'égalité entre citoyens/électeurs (une personne, une voix) mais crée la sphère privilégiée dans laquelle les gens ordinaires peuvent s'organiser (dans les partis politiques, mais pas seulement) pour apporter à leurs concitoyens le programme qu'ils défendent pour la société dans laquelle ils vivent. En principe, le passage de cette fondation à une position moins centrale peut, bien sûr, coïncider avec des innovations institutionnelles<sup>165</sup> qui assurent l'avancement de la société dans le sens de mécanismes encore plus égalitaires de participation politique. Mais il n'est pas moins certain que ce déplacement puisse aussi entraîner (et être destiné à) la simple réduction de l'influence du gros de la population sur les orientations de la collectivité.

164 L'attention portée à ce fait permet de percevoir des différences difficiles à saisir au niveau juridique et constitutionnel. Mais elle peut également mettre en lumière la pertinence structurelle de toute coïncidence détectable dans le processus historique en cours dans les deux pays.

165 Il est toutefois peu probable que ces innovations se traduisent par un renforcement du rôle du pouvoir judiciaire, bien que la propagation du soutien à ce renforcement puisse exprimer le désir socialement diffus d'un approfondissement de la démocratie.

## 7. Le Conseil constitutionnel : un interprète constitutionnel tout-puissant ?

Pascal Jan<sup>166</sup>

Quel étrange titre ! Est-ce à dire que le juge constitutionnel français a le dernier mot sur les lois ? Qu'il s'attribue de la sorte un quasi pouvoir législatif par son pouvoir d'interprétation des normes constitutionnelles ? L'intitulé réjouit déjà ceux qui n'ont cessé de dénoncer la toute-puissance de la juridiction constitutionnelle. Il désespère ceux qui, depuis des décennies, s'évertuent à légitimer le Conseil constitutionnel en estimant l'objectif atteint.

Les séparations du pouvoir étatique s'organisent autour de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, au sein desquels on retrouve la séparation des pouvoirs de Montesquieu et de ses disciples entre la puissance exécutive, la puissance législative et la puissance de juger, même diminuée. La première séparation est prédominante. D'elle découle toute la logique de l'Etat de droit constitutionnel. Cependant cette logique froide ne tient nullement compte de la complexité du processus normatif et de la concurrence des pouvoirs.

Aussi, la réflexion présente porte sur les conditions qui permettent au juge français de la constitutionnalité de la loi d'obtenir le dernier mot dans le processus législatif, étant précisé que ce « dernier mot » **n'est que provisoire**. Car les choses étant bien faites et la logique démocratique l'emportant dans tous les cas, **une décision du Conseil constitutionnel ne saurait jamais être incontestable**. L'article **62 de la Constitution** qui énonce que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ne vaut que pour les autorités nationales, pouvoirs publics, autorités juridictionnelles et administratives. Le constituant se situe à l'écart de cette autorité de la chose jugée. A cette unique condition, l'Etat de droit rencontre l'Etat démocratique.

Mais en intervenant, le constituant redonne au Conseil constitutionnel la faculté de lire de nouveau la disposition constitutionnelle, de nature à soulever une réaction constituante si l'interprétation du juge s'écarte de nouveau de la sienne.

---

166 Professeur de droit Public à l'Institut d'Etudes Politiques Bordeaux.



Cette hypothèse extraordinaire ne doit pas arriver mais rien ne garantit le contraire. Dans tous les cas, ce schéma ou ce parcours de l'interprétation illustre un principe que j'appelle *la constitutionnalité circulaire*. Il y a, de ce point de vue, entremêlement des interprètes.

Le règne du droit connaît des limites politiques exprimées par le pouvoir suprême dans l'Etat démocratique. La démocratie continue ne se situe pas au même niveau que la démocratie constitutionnelle, si l'on peut dire. Autrement dit, le pouvoir de révision de la Constitution peut consister en un pouvoir de validation de dispositifs législatifs censurés ou interprétés dans un sens contraignant par le juge constitutionnel ou dont le filtre de constitutionnalité apparaît comme un réel obstacle à leur promulgation. Ces validations par le constituant, que l'on qualifiera de validations constituantes, ont donc pour effet de surmonter les conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel (invalidation ou réserve d'interprétation) ou une censure annoncée. Ces validations immédiates ou différées entraînent une modification du texte constitutionnel qui rend possible par la suite la mise en œuvre ou la reprise du dispositif source d'interprétation divergente entre le juge et le constituant dans sa conformité à la Constitution.

En matière législative, il est exact de considérer qu'au regard du nombre de décisions du Conseil constitutionnel invalidantes ou interprétatives rapporté à l'objet des amendements constitutionnels effectivement consacrés dans le texte suprême (et non ceux arrêtés au stade des propositions parlementaires), le juge constitutionnel impose son interprétation des principes et des règles constitutionnels. Cela étant dit, et passé le premier effroi, force est d'admettre que la position de force du juge constitutionnel ne le conduit pas à accaparer le dernier mot, lui-même contribuant par son interprétation de ses compétences à cette réalité.

### **7.1. La lecture constitutionnelle de la loi imposée par Conseil constitutionnel : un dernier mot provisoire**

Les décisions du juge constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités juridictionnelles et administratives en application de l'article 62 de la Constitution. Ce « dernier mot » n'est pourtant que provisoire. Le constituant peut à tout moment défaire une jurisprudence constitutionnelle.

« À tout moment », là est toute la nuance. Tant que le pouvoir de révision constitutionnelle n'intervient pas, c'est l'interprétation du juge qui prévaut sur toute autre interprétation. Or si les réactions aux décisions invalidantes ou neutralisantes ne sont pas toujours silencieuses, elles s'arrêtent généralement au verbe. Ni le pouvoir politique, Parlement ou Président, ni même les juges n'entrent dans une spirale de la résistance, ce qui n'empêche pas ici ou là des actes d'une telle nature. Donc pas de résistance... Ce dernier point ne souffre pas de difficultés. Le chef de l'Etat et les parlementaires ont pourtant la capacité de déclencher la procédure de révision constitutionnelle. Les autorités juridictionnelles en sont privées. Elles s'inscrivent dans une autre logique, celle du dialogue des juges, de leur concours ou de leur concurrence pour une plus grande sécurité juridique des justiciables ; attitude qui assure aux décisions du Conseil constitutionnel une suite conforme aux prescriptions constitutionnelles. Néanmoins, par leur pouvoir d'interprétation, les juges peuvent provoquer une interprétation divergente de nature à introduire une véritable insécurité juridique obligeant le pouvoir de révision constitutionnelle à intervenir pour trancher entre les positions des uns et des autres. La modification du statut pénal du chef de l'Etat en février 2007 est particulièrement topique.

Le juge constitutionnel cherche le plus souvent à « sauver » les dispositions législatives litigieuses. A la brutalité de la sanction, il préfère la douceur de l'interprétation, même neutralisante voire constructive. Cette méthode est salutaire pour le juge qui ne contredit pas frontalement l'acte de la représentation nationale. Elle renforce sa capacité à imposer sans recours possible son interprétation des dispositions constitutionnelles aux pouvoirs publics et aux autorités juridictionnelles chargées d'appliquer les dispositions législatives concernées. Le Conseil impose son interprétation. C'est à la fois logique et problématique. Logique, parce que toutes les interprétations du juge constitutionnel ne sauraient donner lieu systématiquement à contestation, à une hostilité sérieuse, à une désapprobation unanime, à une résistance menaçante des autorités destinataires de la décision. La vie politique ne saurait se réduire à un bras de fer permanent et lassant entre le Conseil constitutionnel et le constituant. *La fièvre constitutionnelle n'est pas l'amie de l'Etat de droit.* Problématique car, par la technique de réserves d'interprétation sophistiquées, le juge constitutionnel s'octroie un véritable dernier mot. Il s'assure une tranquillité inconsciente en neutralisant un éventuel désaveu du pouvoir suprême. De la sorte, il apparaît

comme le garant ultime, le garant légitime des principes constitutionnels tels qu'il les interprète au nom du peuple.

Les réactions constituanes aux décisions du Conseil constitutionnel portent quasi exclusivement sur des décisions d'invalidation. Très rarement, elles intéressent des réserves d'interprétation alors même que celles-ci se multiplient et ont ceci en commun de valider, sous conditions adressées aux autorités qui les exécutent, les dispositions d'une loi. L'interprétation sous réserve est fondamentalement une attitude positive du juge. Elle sauve la disposition. Sur le terrain de l'analyse politique, elle accrédite le bien-fondé de la mesure voulue par le Gouvernement soutenu aveuglément par sa majorité législative, en la forme du moins.

En vidant la loi de son venin, le Conseil se montre habile. Il valide la loi et désamorce du même coup toute réaction constituante. A l'instar des autres juges suprêmes en charge de la constitutionnalité de la loi, la juridiction constitutionnelle a donc parfaitement saisi tout l'intérêt et toute la puissance des réserves d'interprétation. Et depuis longtemps. La censure directe d'un dispositif législatif n'est pas toujours du meilleur effet. On en convient. Mais sous réserve de sauver une ou plusieurs dispositions législatives, convient-il d'approuver systématiquement cette technique de la censure ciblée et proportionnée ? Chacun en jugera. L'appréciation est certainement liée aux espèces et aux contextes. Néanmoins la doctrine juridique ne peut totalement éluder la question des suites à donner aux réserves. La sophistication du raisonnement juridictionnel lui accorde, en effet et de fait, l'ultime jugement. La méthode du juge constitutionnel n'est pourtant pas critiquée, encore moins dénoncée en soi. Il serait irresponsable d'invalidier systématiquement des dispositions litigieuses et réduire à néant le pouvoir d'interprétation juridictionnel.

Le dernier mot se réalise par l'inertie du constituant, privé dans les faits « d'un droit de réponse » aux réserves d'interprétation. C'est qu'en effet, *la dimension politique se mêle aux questions juridiques pures*. Si le juge constitutionnel essuie parfois des critiques sévères, il sait aussi pouvoir compter sur un contexte politique favorable : l'absence de majorité pour défaire ses interprétations de la Constitution ou ses invalidations ciblées. Aussi a-t-il tout intérêt à cultiver des raisonnements efficaces, juridiquement indiscutables et politiquement acceptables. Cette stratégie de ménagement du pouvoir politique désarme ses adversaires potentiels. Du même coup, la réunion d'une majorité hostile à ses

lectures de la Constitution qui réclamerait une révision constitutionnelle pour faire prévaloir une interprétation constitutionnelle différente est reléguée au stade de l'hypothèse d'école.

L'un des verrous qui protège les interprétations du Conseil constitutionnel tient, en effet et aussi, aux conditions de révision de la Constitution. Deux critères sont à prendre en considération : les modalités de la procédure et l'objet de la révision.

Plus complexe est la procédure, plus les raisonnements du juge constitutionnel prolongent leurs effets dans le temps et le positionne en régulateur des sujets de société voire en une instance qui fixe définitivement (sauf revirement de jurisprudence) l'orientation de la société. L'exemple de la Cour suprême américaine est très significatif. L'enjeu de la nomination de ses juges n'en est que plus exacerbé. La question du gouvernement des juges est clairement posée.

Juridiquement, le Conseil n'a certes pas le dernier mot. Le pouvoir constituant le détient. Mais politiquement, les pouvoirs publics ne peuvent le lui contester sérieusement. La « banalisation » de la procédure de révision constitutionnelle ne doit pas, de ce point de vue, faire illusion. La multiplication des révisions depuis 1992 est en partie motivée par la volonté des autorités nationales de s'engager dans la construction européenne. Les amendements constitutionnels permettent également à la France de se lier à des obligations internationales orientées dans l'approfondissement d'une société de droit. Il a toujours existé une très large majorité de nos représentants favorable à ces évolutions. Pour le reste des révisions, hormis celle de 2003 sur l'acte II de la décentralisation et celle de 2008 sur la modernisation des institutions, il s'agit de révisions au laser, chirurgicales qui ne bouleversent en rien les grands équilibres institutionnels. Dans ces conditions, réunir une majorité qualifiée est plus aisé. En revanche, dès lors qu'il s'agit de modifier une architecture d'ensemble et les subtils équilibres initiaux, la situation est radicalement différente. Sans compter que le processus constitutionnel est engagé lorsque le décideur sait pouvoir aboutir dans des conditions satisfaisantes. Le gain politique d'une révision constitutionnelle est un élément décisif de la prise de décision. La maturation des esprits est également une donnée essentielle. La précipitation et l'absence de dialogue préalable construit et discret sont annonciatrices de difficultés sérieuses. Le processus constitutionnel de 2008 le prouve de manière éclatante. Aussi convient-il de nuancer les propos qui consistent à dire et à répéter à qui veut bien l'entendre que l'article 89 est une disposition attestant de la faiblesse des conditions de

révision et par-delà de la fragilité de la Constitution. Ce jugement est excessif. Cette appréciation repose sur une analyse simplement statistique expurgée de tout regard sur la situation politique et les rapports de force entre majorité et opposition, pourtant déterminants en l'occurrence.

Il y a également une évidence : le juge est d'autant plus intouchable lorsque sont en causes des dispositions législatives sur lesquelles pèsent des réserves d'interprétation. Le législateur n'est pas sanctionné dans le principe. Il est contraint d'accepter une copie remaniée de son dispositif pour ses modalités d'application. Dans ces conditions, comment justifier une révision constitutionnelle ? Cela s'apparenterait à une micro révision sans réel intérêt quand bien même une majorité se dégagerait pour approuver un amendement à la Constitution.

Enfin le facteur temps s'invite dans ces considérations explicatives de l'autorité durable des interprétations de la Constitution par le Conseil constitutionnel. La République ne saurait être en *perpétuelle campagne constitutionnelle*. Ce n'est donc qu'à l'occasion d'une révision globale de la Constitution que les interprétations juridictionnelles litigieuses peuvent être défaites. On est proche de la *jurie constitutionnaire* de Sieyès qui proposait une révision constitutionnelle tous les dix ans pour confronter ses interprétations à celles du constituant. La réforme institutionnelle engagée en 2008, la dernière à ce jour, et celle de 2003 concernant les collectivités territoriales sont les seules d'une relative ampleur qui contiennent nombre de dispositions destinées à surmonter les obstacles dressés par le Conseil constitutionnel ou qui le seraient inévitablement s'il était saisi d'un projet de loi ou d'un règlement parlementaire. A ces occasions, le constituant déploie toute sa majesté et son autorité qui ne connaît aucune concurrence dans l'Etat. Pas même le juge constitutionnel.

## **7.2. La lecture constitutionnelle de la loi imposée au Conseil constitutionnel : le mot définitif du constituant**

Le Conseil constitutionnel, juge de la loi, impose son interprétation de la Constitution dans la seule limite de l'intervention du constituant. Fondamentalement, les validations constituantes sont conflictuelles. Elles traduisent un conflit d'interprétation de la Constitution qui nécessite une clarification. Selon les circonstances, le moment et les espèces, ce conflit est frontal ou diffus. La validation-sanction manifeste un désaccord immédiat et violent entre le pouvoir

majoritaire et le juge. La validation-correction s'inscrit dans un schéma d'une réflexion politique de fond où l'obstacle de la jurisprudence constitutionnelle est clairement établi. Son franchissement par un acte de révision est identifié au préalable.

Les validations-sanction constitutives sont rares. Elles modifient le texte constitutionnel dans la foulée d'une décision du juge fortement contestée. Si les circonstances politiques ne sont pas réunies et si l'enjeu politique immédiat est faible (objet de la disposition législative litigieuse), elles sont différées. La détermination est intacte dans les deux espèces : faire « sauter » l'interprétation juridictionnelle de dispositions constitutionnelles. Au moins deux révisions constitutionnelles entrent dans la première catégorie, et une dans la seconde.

La loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 relative au droit d'asile est la réponse du constituant au Conseil constitutionnel dont l'interprétation de la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France contrariait les objectifs du gouvernement. Dans cette espèce, le juge se prononçait sur un texte fixant les conditions d'admission en France des étrangers, notamment demandeurs d'asile. Ces demandes ne pouvaient être refusées par l'autorité préfectorale, seul compétente, sous réserve de la compétence exclusive d'un autre Etat en application d'engagements internationaux (accords de Schengen de 1985 et de Dublin de 1990). Le juge estima que cette compétence exclusive du représentant de l'Etat était contraire à la Constitution en privant l'OFPRA d'intervenir dans le mécanisme de la demande d'asile, droit constitutionnellement protégé. De surcroît, la loi faisait fi d'une réserve de souveraineté contenue dans la convention Schengen qui autorise tout Etat à accorder le droit d'asile à toute personne, indépendamment de toute décision étatique antérieure. Le Gouvernement et sa majorité parlementaire, en s'appuyant sur la convention Schengen, voulaient en réalité se délier de cette obligation d'examen des demandes d'asile et de l'accueil provisoire de la personne qui se disait persécutée sur son territoire. A la suite d'un avis du Conseil d'Etat sollicité par le chef du gouvernement, le processus constituant fut engagé pour permettre à l'Etat d'appliquer scrupuleusement ses obligations internationales. L'article 53-1 constitutionnalise la réserve de constitutionnalité mais surtout ouvre l'examen facultatif des demandes d'asile : « Les autorités de la République ont toujours le droit... de donner asile à tout étranger persécuté... ».

Réaction constituante moins frontale, fut la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 inscrivant dans la Constitution la parité dans l'exercice des fonctions et mandats électifs. En 1982, le juge constitutionnel sanctionna le projet de loi relatif aux élections municipales au motif que la disposition précisant qu'une liste ne pouvait comporter plus de 75 % d'électeurs du même sexe violait l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme. Ce respect du principe d'égalité fut de nouveau opposé à un projet de loi instituant des quotas pour les élections régionales. Pour lever l'obstacle, la majorité parlementaire, avec l'accord du président de la République, décidait de lever le verrou que constituait cette jurisprudence en modifiant les articles 3 et 4 de la Constitution. Les débats parlementaires furent passionnés. Mais l'essentiel est ailleurs : la discrimination positive en matière de candidatures aux élections politiques ne peut plus se briser sur l'interprétation de la Constitution retenue par le Conseil constitutionnel.

Autre validation constituante passionnée mais qui a donné lieu à une révision tardive, celle relative à la Nouvelle Calédonie. Pour faire droit à un accord politique majeur, le pouvoir politique décide de réviser la Constitution en 1998 en le visant dans la Constitution, lui conférant de facto une valeur constitutionnelle. A la suite de la révision du 28 juillet 1998, le législateur organique pouvait préciser, sans crainte de censure du juge constitutionnel, les modalités du nouveau statut de la Nouvelle Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles les électeurs sont amenés à se prononcer sur le devenir de leur collectivité à partir de 2013. Saisi obligatoirement des lois organiques, le Conseil interpréta l'article 77 de la Constitution dans un sens prétendument contraire aux auteurs de l'accord de Nouméa. Plus précisément, l'interprétation litigieuse concernait la définition du corps électoral, entendu de façon extensive par le juge. La révision immédiate réclamée par les responsables politiques de Nouvelle Calédonie ne rencontrait pas un écho favorable en métropole. Il a fallu donc attendre la révision du 23 février 2007 pour que l'accord politique sur les conditions du gel du corps électoral néo calédonien trouve une consécration constitutionnelle indiscutable.

Au nombre des validations-corrrection constituantes, figure la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, ouvrant la phase dite de l'acte II de la décentralisation. Cette loi constitutionnelle s'explique assez largement par un projet politique clair et fort d'intensifier et d'approfondir la décentralisation commencée vingt ans plus tôt. Ce projet politique ne pouvait toutefois aboutir dans

le cadre constitutionnel du moment. Non pas que les dispositions constitutionnelles y soient toutes expressément contraires mais les interprétations qu'en ont fait le Conseil constitutionnel depuis 1982 réduisaient considérablement la portée de la réforme imaginée. La révision était par conséquent inévitable. L'article 72, alinéa 4 de la Constitution, par exemple, permet désormais aux collectivités territoriales de déroger aux lois et règlements à titre expérimental. Une loi organique du 1er août 2003 en fixe les modalités. Le Conseil constitutionnel s'était, à plusieurs reprises et par touches successives, attaché à définir un droit à l'expérimentation, comme le Conseil d'Etat d'ailleurs. Mais malgré cela, des limites étaient posées au législateur. Ainsi dans sa décision du 17 janvier 2002, si le juge ne s'oppose pas à un droit à l'expérimentation de la collectivité de Corse pour l'adaptation de la réglementation aux réalités insulaires, il rejette toute idée d'admettre un tel droit pour procéder à des expérimentations comportant, le cas échéant, des dérogations aux dispositions législatives en vigueur. Il considéra en l'espèce qu'en « ouvrant au législateur, fut-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre de mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui relève de la Constitution ». Le principe de libre administration des collectivités territoriales cède devant ceux de l'indivisibilité et de l'unité normative.

Autre validation-correction : la révision du 22 février 1996 sur les lois de financement de la sécurité sociale. Les parlementaires ont de longue date revendiqué un vrai droit de regard sur les finances sociales. Ils ont pris des initiatives législatives en ce sens, dont une loi organique imposant au Gouvernement le dépôt chaque année d'un projet de loi de financement de la sécurité sociale. Cette proposition initiée en 1987 s'appuyait sur l'article 34 de la Constitution qui confie au Parlement la détermination « [d]es principes fondamentaux ... de la sécurité sociale ». Cette initiative échoua sur le terrain de la constitutionnalité, le Conseil jugeant que l'objet de la loi concernait la procédure législative non explicitement visée par la disposition constitutionnelle précitée. A la faveur d'un projet de loi constitutionnelle renforçant les droits du Parlement, il fut décidé d'amender la Constitution pour autoriser le Parlement à intervenir clairement dans le domaine des finances sociales.

Est particulièrement topique de ce point de vue la présentation de deux dispositions d'un projet de loi constitutionnelle déposée sur le bureau de l'Assemblée



nationale en 2018. Tout d'abord, relativement au transfert de compétences entre les collectivités territoriales, il est indiqué que « la jurisprudence constitutionnelle admet déjà que la loi procède à de tels transferts au bénéfice d'une collectivité territoriale, mais exige une caractérisation de l'intérêt général venant justifier une telle dérogation. En inscrivant le principe de ces transferts dans la Constitution, le projet de loi conduira le Conseil constitutionnel à assouplir son contrôle sur le fondement du principe d'égalité, de sorte qu'il soit plus facile au législateur de procéder à l'avenir ». D'autre part, à propos des pouvoirs des organes parlementaires, on trouve écrit que « la jurisprudence constitutionnelle a cependant limité l'extension des pouvoirs d'évaluation au-delà du champ des commissions d'enquête et du contrôle de l'exécution des lois financières. Le Conseil constitutionnel s'est notamment opposé à ce que le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques bénéficie du pouvoir de convoquer devant lui les responsables administratifs. En conséquence, l'amendement insère à l'article 51-2 de la Constitution une disposition généralisant l'attribution des pouvoirs de convocation, d'accès aux données publiques et de communication de documents à l'intégralité des instances chargées, au sein de chaque assemblée, des missions de contrôle et d'évaluation. »

Ces validations constitutives sont-elles pour autant des révisions dérogatoires ou neutralisantes ? Toutes dérogent à une décision du Conseil constitutionnel revêtue de la force que lui accorde l'article 62 de la Constitution. Mais la dérogation n'est pas le terme approprié car il implique, qu'on le veuille ou non, un jugement subjectif qui accrédite la thèse selon laquelle la bonne interprétation est celle du juge mais celle-ci, en application de la hiérarchie des pouvoirs, s'efface nécessairement (à regret ?) devant celle du constituant. Aussi l'expression « révision dérogatoire » est-elle très discutable. Quant à la notion de « révision neutralisante », elle relève du même schéma de raisonnement en reléguant le constituant à un pouvoir négatif, contrariant l'interprétation juridictionnelle, nécessairement équilibrée et objective. Ces deux approches inversent l'ordre des choses, la perception donnée de la hiérarchie des organes. Le constituant décide et non neutralise ; le constituant fixe le droit commun et n'y déroge pas. C'est le juge qui neutralise par ses interprétations les dispositions constitutionnelles (exemple article 27 de la constitution française) ; c'est le juge qui déroge à la Constitution en interprétant faussement l'intention constitutive. Non seulement le juge constitutionnel s'efface nécessairement devant le constituant mais il décline toute compétence pour contrôler les lois de révision constitutionnelle, bor-

nant ainsi son pouvoir à la mission pour laquelle il est destiné et légitimement investi : déterminer ce qui relève de la Constitution et du domaine de la loi.

Par décision du 28 mars 2003, le Conseil constitutionnel a décliné fort heureusement et logiquement sa compétence pour contrôler une loi de révision constitutionnelle. Outre les arguments de forme et de fond de valeur inégale, cette décision s'inscrit dans une suite de précédents qui, depuis la décision du 14 septembre 1961, indiquait clairement que le Conseil, en application de l'article 61 de la Constitution, avait seulement pour « mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ». Les lois constitutionnelles, référendaires comme parlementaires, échappent à toute forme de contrôle de constitutionnalité. Ce faisant, le Conseil constitutionnel interprète strictement sa compétence conformément à la volonté des constituants qui n'ont jamais voulu l'ériger en une instance arbitrale entre le constituant et les pouvoirs constitués. Le raisonnement du juge est de surcroît cohérent au regard de son incompétence pour examiner la constitutionnalité d'une loi expression directe de la souveraineté nationale.

La position du juge constitutionnel est des plus respectables : qui contrôlerait le Conseil s'il s'arrogeait le droit de porter un jugement sur une révision pouvant le conduire à l'invalidité ? Quelle seraient les normes de référence du contrôle ? Des normes supra constitutionnelles ? Mais lesquelles ? Les conventions internationales ? Elles ont une valeur infra constitutionnelle et le contrôle de conventionnalité (qui n'est autre qu'un contrôle de constitutionnalité réduit et spécifique) des lois constitutionnelles a été rejeté par les deux plus hautes juridictions suprêmes. Et dans l'hypothèse où des normes supraconstitutionnelles existeraient, qui les révélerait ?

Sans attendre un hypothétique revirement de jurisprudence, il est en revanche envisageable d'amender le texte constitutionnel pour élargir la compétence du Conseil afin qu'il apprécie la conformité de la procédure de révision aux exigences constitutionnelles retenues en la matière. Souverain mais pas discrétionnaire, telle devrait être la nature du constituant. On ne peut que souscrire aux observations de Robert Badinter qui écrivait dans les mélanges du professeur Jacques Robert : « Si le peuple est souverain, rien ne peut lui interdire de remplacer la République par un autre régime même odieux. L'histoire a connu de tels exemples. Dans la réalité, si les forces politiques souhaitant l'établissement

d'un pouvoir totalitaire l'emportaient, ce ne serait pas les barrières juridiques élevées par une juridiction constitutionnelle au nom de la supra constitutionnalité qui pourrait arrêter leur entreprise. A ce niveau de violence politique, le constitutionnalisme n'a plus guère se place... ». Dans un Etat de droit, le dernier mot appartient au constituant et dans les situations extrêmes le dernier mot prend la dimension d'un droit : droit de résistance à l'oppression.

Finalement, la loi lue par le Conseil constitutionnel lui confère un véritable dernier mot. Mais jamais il n'en a abusé à ce jour. L'auto contrôle du juge est assez remarquable, comme s'il connaissait les limites à ne pas franchir. Rien n'empêche cependant le constituant de réagir à une décision du Conseil si les circonstances politiques le permettent. C'est même un devoir des responsables politiques de procéder à une révision dès lors qu'elle conditionne la réalisation d'actions et de politiques publiques validées par le peuple à l'occasion de la désignation de ses représentants. L'intangibilité de la Constitution ne saurait être érigée en une raison exonératoire de l'inertie des décideurs politiques. L'échec d'une révision ce n'est ni plus ni moins une décision de rejet du constituant de modifier les règles et principes fondamentaux qui gouvernent notre Etat. Encore faut-il qu'il soit en mesure de s'exprimer.