



(ORGANIZADORES)
ANDRÉ RAMOS TAVARES
MARINA FARACO LACERDA GAMA

UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL

AUTORES

André Ramos Tavares
Armando Luiz Rovai
Bruno Barbosa Borges
Christiane Mina Falsarella
Eduardo Arruda Alvim
Erick Beyruth de Carvalho
Fabrício Muraro Novais
Felipe Bizinoto Soares de Pádua
Flávia Piovesan

Gianfranco Faggin Mastro Andréa
Guido Timoteo da Costa Zaniolo
Hugo L. Abas Frazão
Jamilé Cruzes Moysés Simão
Luiz Fernando Picorelli
Marco Antônio Moreira da Costa
Marina Faraco Lacerda Gama
Pietro de Jesús Lora Alarcón
Raquel Coelho Dal Rio Silveira

Renato Gugliano Herani
Rennan Thamay
Solange de Oliveira
Tácio Lacerda Gama
Thiago Lopes Matsushita
Valquíria Ortiz Tavares Costa
Vinicius Marinho Minhoto
Wagner Wilson Deiró Gundim

Plano de Incentivo à Pesquisa

PIPEq
PUC-SP



ARRAES
EDITORES

UM CÓDIGO DE
PROCESSO CONSTITUCIONAL
PARA O BRASIL

ANDRÉ RAMOS TAVARES
MARINA FARACO LACERDA GAMA
(ORGANIZADORES)

UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL PARA O BRASIL



Belo Horizonte
2021

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	Kiwonghi Bizawu
Bernardo G. B. Nogueira	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Carlos Henrique Soares	Luiz Manoel Gomes Júnior
Claudia Rosane Roesler	Luiz Moreira
Clèmerson Merlin Clève	Márcio Luís de Oliveira
David França Ribeiro de Carvalho	Maria de Fátima Freire Sá
Dhenis Cruz Madeira	Mário Lúcio Quintão Soares
Dirceo Torrecillas Ramos	Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Edson Ricardo Saleme	Nelson Rosenvald
Eliane M. Octaviano Martins	Renato Caram
Emerson Garcia	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Rodolfo Viana Pereira
Florisbal de Souza Del’Olmo	Rodrigo Almeida Magalhães
Frederico Barbosa Gomes	Rogério Filippetto de Oliveira
Gilberto Bercovici	Rubens Beçak
Gregório Assaga de Almeida	Sergio André Rocha
Gustavo Corgosinho	Sidney Guerra
Gustavo Silveira Siqueira	Vladmir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaina Rigo Santin	William Eduardo Freire
Jean Carlos Fernandes	

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2021.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Imagem de Capa: Leogaleno (Pixabay.com)
Revisão: Responsabilidade do Autor

341.20981 Um código de processo constitucional para o Brasil
C669 / [Organizado por] André Ramos Tavares [e] Marina Faraco
2021 Lacerda Gama. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.
370 p.

ISBN: 978-65-5929-036-9
ISBN: 978-65-5929-037-6 (E-book)
Vários autores.

1. Direito constitucional. 2. Direito processual constitucional. 3. Brasil – Constituição. 4. Brasil – Código de processo constitucional. I. Tavares, André Ramos (Org.). II. Gama, Marina Faraco Lacerda (Org.). III. Título.

CDDir – 341.20981
CDD(23.ed.)– 342.02

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2021

AUTORES

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Professor de Justiça Constitucional e STF dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (www.ibec.inf.br).

ARMANDO LUIZ ROVAI

Doutor em Direito pela Puc/SP, Professor de Direito Comercial da Puc/SP e do Mackenzie. Foi Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo - por 04 mandatos. Foi Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - Ipem/SP. Foi Secretário Nacional do Consumidor - Senacon/MJ. Advogado.

BRUNO BARBOSA BORGES

Advogado. Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos humanos. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direitos Humanos pela UMinho/PT. Especialista em Sistema Interamericano pela UNAM/MEX.

CHRISTIANE MINA FALSARELLA

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora de Direito Constitucional da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Procuradora do Estado de São Paulo. christianefalsarella@gmail.com

EDUARDO ARRUDA ALVIM

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Doutorado, Mestrado,

Especialização e Bacharelado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do curso de Doutorado e Mestrado da FADISP. Acadêmico titular da Cadeira n. 20 da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Processo Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Advogado. E-mail: allvim@uol.com.br.

ERICK BEYRUTH DE CARVALHO

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. beyruth91@gmail.com

FABRÍCIO MURARO NOVAIS

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde – UniRV. Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Foi assessor de Ministro Presidente do STF e de Ministra do STJ. fabriciomuraro@uol.com.br

FELIPE BIZINOTO SOARES DE PÁDUA

Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, todos pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Membro do grupo de pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF”, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), e do grupo de pesquisa “Direito Privado no Século XXI”, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi auxiliar de coordenação no Núcleo de Estudos Permanentes em Arbitragem (NEPA), da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2018). Articulista da edição eletrônica do Jornal Estado de Direito. Advogado. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com.

FLÁVIA PIOVESAN

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015-2019);

Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Visiting Scholar do David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University (2018); foi membro da UN High Level Task force for the implementatiton of the right to development e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021).

GIANFRANCO FAGGIN MASTRO ANDRÉA

Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: professorgianfaggin@gmail.com

GUIDO TIMOTEO DA COSTA ZANIOLO

Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). guido.zaniolo@uol.com.br

HUGO L. ABAS FRAZÃO

Doutorando em Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica na Università di Pisa. Mestre em Direito pela PUC-SP. Juiz Federal.

JAMILE CRUZES MOYSÉS SIMÃO

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Bacharela em Direito (2016) pelo Centro Universitário de Brasília e em Ciências Sociais (2014) pela Universidade de Brasília. E-mail: jamilecms@gmail.com.

LUIZ FERNANDO PICORELLI

Advogado. Mestre em Direito Econômico pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da UNINOVE. E-mail: luizpicorelli@hotmail.com.

MARCO ANTÔNIO MOREIRA DA COSTA

Advogado em São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

MARINA FARACO LACERDA GAMA

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Vice-líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF” (CNPq-PUC/SP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC e da Comissão de Direitos Huma-

nos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo - OAB/SP.
E-mail: marinafaraco@pucsp.br.

PIETRO DE JESÚS LORA ALARCÓN

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP e professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC/SP e do Centro Universitário ITE de Bauru.

RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA

Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti pela Università di Pisa. Ex-Procuradora do Município de Campinas (SP). Juíza Federal.

RENATO GUGLIANO HERANI

Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP, Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Pesquisador da Funadesp. Email: renato@advgh.com.br.

RENNAN THAMAY

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor da pós-graduação (lato sensu) da PUC/SP, do Mackenzie e da EPD - Escola Paulista de Direito. Professor Titular do Estratégia Concursos e do UNASP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP e Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Presidente da Comissão de Processo Constitucional do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado, consultor jurídico, parecerista, árbitro e mediador. www.rennanthamay.com.br. E-mail: rennan.thamay@hotmail.com.

SOLANGE DE OLIVEIRA

Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela

Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB/SP). Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), certificado pela PUC/SP. E-mail: solange.ol@outlook.com.

TÁCIO LACERDA GAMA

Presidente do IAT. Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP e do IBET. Advogado.

THIAGO LOPES MATSUSHITA

Professor Assistente-Doutor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUC/SP. Diretor Acadêmico da Graduação, do Mestrado e do Doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico na UNIALFA. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. E-mail: thiagomatsushita@uol.com.br.

VALQUÍRIA ORTIZ TAVARES COSTA

Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora de Direito. Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq - certificado pela PUC/SP. E-mail: valquiriaortiz@hotmail.com.

VINICIUS MARINHO MINHOTO

Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP/SP) 2019. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). É membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), coordenado pelo Prof. Dr. André Ramos Tavares. Procurador Municipal do município de Taboão da Serra, advogado e professor universitário. E-mail: viniciusminhoto@hotmail.com.

WAGNER WILSON DEIRÓ GUNDIM

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Universidade de São Paulo. E-mail: wagner@gundimadvogados.com.br.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XV
PARTE I	
FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SENTIDO DA CODIFICAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	1
CAPÍTULO 1	
DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: COMO TÉCNICA E COMO PODER	
<i>André Ramos Tavares; Renato Gugliano Herani</i>	3
CAPÍTULO 2	
A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA BASEADA NA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA - SUA APLICAÇÃO REFORÇADA ATRAVÉS DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL	
<i>Armando Luiz Rovai</i>	49
CAPÍTULO 3	
SISTEMA, CÓDIGO E PROCESSO CONSTITUCIONAL	
<i>Felipe Bizinoto Soares de Pádua; Vinicius Marinho Minhoto</i>	61
CAPÍTULO 4	
CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL PARA PREVENIR ABUSOS POR PARTE DO STF: UMA PROPOSTA LEGISLATIVA INSUFICIENTE	
<i>Hugo L. Abas Frazão; Raquel Coelho Dal Rio Silveira</i>	83

<p>CAPÍTULO 5</p> <p>A RELEVÂNCIA DE UMA TEORIA AMPLA DA NULIDADE PARA UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL</p> <p><i>Tácio Lacerda Gama</i>.....</p>	117
<p>CAPÍTULO 6</p> <p>UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: O LEGADO DE PAULO BONAVIDES E A SALVAGUARDA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO</p> <p><i>Thiago Lopes Matsushita</i>.....</p>	131
<p>PARTE II</p> <p>REGULAÇÃO PROCESSUAL DOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE.....</p>	143
<p>CAPÍTULO 7</p> <p>OBRIGATORIEDADE DE FIXAÇÃO EXPRESSA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA TESE JURÍDICA ACOLHIDA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE</p> <p><i>Christiane Mina Falsarella; Fabrício Muraro Novais</i></p>	145
<p>CAPÍTULO 8</p> <p>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO COMO PROCESSO OBJETIVO</p> <p><i>Eduardo Arruda Alvim; Rennan Thamay</i>.....</p>	159
<p>CAPÍTULO 9</p> <p>A CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: UM APORTE TEÓRICO PARA JUSTIFICAR A IMPORTÂNCIA DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL</p> <p><i>Gianfranco Faggin Mastro Andréa; Wagner Wilson Deiró Gundim</i></p>	181
<p>CAPÍTULO 10</p> <p>A ABERTURA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROJETO DA OAB: O QUE PODERIA TER SIDO, MAS NÃO FOI</p> <p><i>Luiz Fernando Picorelli, Jamile Cruzes Moysés Simão</i>.....</p>	203

<p>CAPÍTULO 11</p> <p>A PROPÓSITO DA PROPOSTA DE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL E DO PENSAMENTO DE JEREMY WALDRON: ELEMENTOS DO HISTÓRICO CONTROLE PRÉVIO JURISDICIONAL BRASILEIRO</p> <p><i>Pietro de Jesús Lora Alarcón</i></p>	223
<p>CAPÍTULO 12</p> <p>A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POPULAR PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</p> <p><i>Solange de Oliveira; Valquíria Ortiz Tavares Costa</i></p>	245
<p>PARTE III</p> <p>DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE</p>	269
<p>CAPÍTULO 13</p> <p>O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DESAFIOS DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL</p> <p><i>Bruno Barbosa Borges; Marco Antônio Moreira da Costa</i></p>	271
<p>CAPÍTULO 14</p> <p>LEGITIMIDADE POPULAR NO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL</p> <p><i>Erick Beyruth de Carvalho; Guido Timoteo da Costa Zaniolo</i></p>	287
<p>CAPÍTULO 15</p> <p>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES</p> <p><i>Flávia Piovesan</i></p>	311
<p>CAPÍTULO 16</p> <p>PLURALISMOS JURÍDICOS SOB A PERSPECTIVA DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO PROCESSUAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL</p> <p><i>Marina Faraco Lacerda Gama</i></p>	337

APRESENTAÇÃO

Formado em 2011, o Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF” (CNPq-PUC/SP) constitui espaço de integração e produção científica voltado ao estudo do Poder Judiciário e seus desafios contemporâneos. Desde 2019, suas atividades têm como pauta específica o estudo do Supremo Tribunal Federal (STF) em suas múltiplas dimensões institucionais e de seu papel para a sociedade e a democracia brasileiras.

Para o ano de 2020, que marca o centenário de criação do Tribunal Constitucional da Constituição austríaca de 1920, parâmetro inicial para o mundo, o Grupo elegeu como foco de pesquisa a possível criação de um Código de Processo Constitucional para o Brasil, tendo em vista os projetos já formulados e as pretéritas experiências latino-americanas. A relevância da temática ficou ainda mais evidenciada no final de 2020 com a importante iniciativa da Presidência da Câmara dos Deputados de constituir Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de legislação que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro.

Este livro apresenta o resultado dos estudos de pesquisadores do Grupo e demais docentes da Faculdade de Direito da PUC/SP a respeito das inúmeras questões que a codificação do processo constitucional no Brasil envolve. Trata-se da segunda obra coletiva do Grupo, novamente produzida com o auxílio PIPEq-PUC/SP.

O livro conta com 16 capítulos organizados sob três eixos temáticos. Em sua primeira parte, estão reunidos os artigos que examinam os fundamentos da codificação na sociedade contemporânea e suas implicações para a efetividade da jurisdição constitucional. A segunda parte congrega os estudos acerca dos impactos do Código nas diversas modalidades de Controle de Constitucionalidade, lançando olhares sobre a unificação normativa dessa importante função da justiça constitucional. Por fim, sua terceira parte contém textos que se dedicam ao exame dos diálogos interjurisdicionais e

da regulação processual do controle jurisdicional de convencionalidade enquanto ferramentas essenciais à realização dos direitos humanos no Brasil.

Trata-se de obra que objetiva contribuir para as reflexões teóricas e práticas sobre a construção do Código de Processo Constitucional brasileiro ou da legislação que consolide essas normas, com respeito à sua autonomia. Assim, reunimos e divulgamos, aqui, o resultado dos trabalhos desenvolvidos no ano de 2020 pelo Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF.” (CNPq-PUC/SP).

São Paulo, 6 de janeiro de 2021.

ANDRÉ RAMOS TAVARES

MARINA FARACO LACERDA GAMA

Líderes do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF”

PARTE I

**FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E O SENTIDO
DA CODIFICAÇÃO NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

CAPÍTULO 1

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: COMO TÉCNICA E COMO PODER

André Ramos Tavares
Renato Gugliano Herani

RESUMO: O ensaio dedica-se ao estudo das vocações de ordem técnica e política do Direito Processual Constitucional. Seu propósito centra-se na análise exploratória do caráter bifronte das normas processuais que são criadas para viabilizar a prática da função política de controle jurisdicional de normas. Significa que o direito processual constitucional não é aqui tomado por uma única referência científica, vale dizer, pela visão mais estreita da técnica processual, o considera num contexto mais amplo e informal, tanto quanto indispensável para sua compreensão. Sua temática é tratada como tema central da teoria política e constitucional, considerada, sob esse olhar, por seu potencial de interferir na dinâmica das relações políticas. Sob esse olhar, o ensaio analisa o histórico comportamento do Legislativo e do Judiciário, em especial do STF, para a conformação da normatividade processual constitucional, para, ao final, confrontá-lo com o momento que se pode confirmar altamente benéfico para a democracia brasileira, que é a criação do Código de Processo Constitucional. Essa iniciativa é promissora a uma sociedade de aspirações democráticas centradas no desempenho eficiente da Justiça constitucional. Porém, sua execução só deixa de ser um risco à democracia se pautada por balizas constitucionais bem definidas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual constitucional; técnica processual; política; jurisdição constitucional; código de processo constitucional.

SUMÁRIO: 1. Razões do Ensaio; 2. Sincretismo processual constitucional; 3. Constituição material e Constituição processual; 4. Dimensão política do judicialismo constitucional; 4.1 Crise da representação democrática material; 5. Dinâmica para além dos autos processuais; 5.1 Construtivismo jurisdicional constitucional; 5.2 Chancela das orientações jurisprudenciais; 5.3 Transferência estratégica; 6. Blindagem constitucional contra os movimentos erráticos da política processual constitucional; 6.1 Reserva da Constituição; 6.2 Sistema de freios e contrapesos; 6.2 Controle interorgânico e controle intraorgânico; 6.3 Delegação constitucional; 6.4 Vedação à leitura anticonstitucional do controle de normas; 7. Código de Processo Constitucional: o diálogo dos diálogos; Referências.

1. RAZÕES DO ENSAIO

Peter Häberle, em seu clássico estudo do Direito Processual Constitucional como específico campo do conhecimento jurídico, revela o duplo sentido das normas processuais constitucionais. Observa, muito oportunamente, que

essas normas são em si “direito constitucional concretizado”, assim como são instrumento da Justiça Constitucional para “concretizar a Constituição”¹.

A advertência do jurista alemão nos remete para o caráter bifronte dessas normas. Expressam, de um lado, *técnica jurídica* tanto quanto, de outro, *poder político*. Técnica porque operacionalizam a jurisdição constitucional por sua variante orgânica (controle difuso ou concentrado de constitucionalidade). Como técnica, permite-se que a Justiça Constitucional efetivamente siga seu fluxo por meio de arranjos, instrumentos e atos aptos e adequados. Como *poder* atuam diretamente no núcleo dos Estados constitucionais².

Esse duplo caráter explica a divergência entre doutrinadores sobre a localização enciclopédica do Direito Processual Constitucional. Uns o inserem no campo do Direito Constitucional, outros, no do Direito Processual e alguns poucos, com os quais concordamos, o cultua por sua autonomia disciplinar³. Essa divergência resume, no fundo, diferentes matizes de um segmento jurídico em que a técnica processual está imbricada indissociavelmente à política constitucional.

¹ HÄBERLE, Peter, *El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, p. 15-44.

² Desde Karl Loewenstein e sua visão de Constituição como controle do poder, o controle é visto com autonomia em relação ao poder de ordenação do Estado; presta-se à ação fiscalizadora dos parâmetros jurídicos pelos quais se move o poder de ordenação. Uma das espécies de controle é a fiscalização jurisdicional dos atos normativos dos Poderes (vide *Teoria da Constituição*, Partes II e III), cuja procedimentalização se dá pelas normas processuais constitucionais. Sobre a relação do controle com a Constituição no Estado constitucional, vide Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*. México: UNAM, 2002.

³ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262. O debate sobre a localização do direito processual constitucional bem expõe seu caráter bifronte, e sinaliza, pelo modo como se revelam as tendências entre o tratamento mais constitucional ou processual da matéria, as perspectivas acadêmicas mais dominantes na matéria, ora mais política, ora mais técnica. Percebe-se, nesse particular, que entre os europeus domina o enfoque constitucional da matéria, já entre os brasileiros prioriza-se o enfoque processual, já entre os latino-americanos em geral parece prevalecer a autonomia processual constitucional, com propostas de objeto que vão desde a mais restrita a temas processuais até a mais ampla, que contempla as conexões do processo com a função constitucional de controle das normas (sobre essa variação ampla de visões, vide GARCIA BELAUNDE, Domingo et. al. *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Domingo García Belaunde, 2006). Entretanto, mais especificamente sobre uma análise da autonomia do Direito Processual Constitucional, vide: LUNARDI, Soraya. *Teoria do Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. Ao optar por uma Justiça Constitucional, como em TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147, este autor não estava a tomar posição em uma disputa terminológica, mas apenas a incluir a necessidade de estudos mais amplos, para além do processo ou da jurisdição como mera técnica, de maneira a incluir temas como o da legitimidade democrática do Tribunal, sob a referida denominação.

Entre nós, brasileiros, é visível o domínio de estudos que enaltecem o caráter instrumental do Direito Processual Constitucional, o sentido técnico que aqui referimos. Muitas obras e manuais dedicam-se a dissecar os mais diversos e gerais aspectos processuais das ações constitucionais, desde seu cabimento, objeto, procedimento até minúcias do regime jurídico das decisões e efeitos⁴. A abordagem processual presta relevante análise jurídica, é útil para compreender o direito positivo vigente, para preparar o operador do Direito e, assim, a própria tomada da decisão judicial, por isso é mesmo indispensável para o desempenho eficiente da Justiça Constitucional.

Contudo, tomar o Direito Processual Constitucional por tal única referência é subjugar, pela visão mais estreita da técnica processual, outros fatores menos formais ou jurídicos, porém, por certo, indispensáveis para a sua completa compreensão e alcance social.

O estudioso não deve se render ao desinteresse pelas vicissitudes da cultura constitucional que de longa data têm conduzido à formação e ao desenvolvimento dos sistemas de proteção das Constituições, a ponto de serem hoje peça indispensável da engrenagem estatal. Daí dizer-se que o olhar estritamente processual sobre esses sistemas impõe reducionismo irreal de um campo do direito cujas razões de existência são tanto mais políticas do que propriamente técnicas, razões que, aliás, condicionam as formas processuais (e, por vezes, chegam mesmo a deformá-las, na prática cotidiana do exercício desse enorme poder inerente à Justiça Constitucional). Estamos aqui a tratar, pois, de um campo jurídico que, em si, é tema materialmente constitucional e, tal como é positivado e interpretado, carrega o potencial real de interferir nas relações políticas nacionais e internacionais de um país.

Este introito serve apenas como uma amostra mais direta dos desafios e paradoxos que permeiam qualquer iniciativa ou proposta de criação de um Código de Processo Constitucional. Não se trata de opção simples, nem será meramente técnica, no sentido usualmente atribuído a muitas mudanças, como se fossem neutras do ponto de vista da sociedade e dos direitos materiais. Os resultados positivos que podem ser obtidos com um Código são incentivadores permanentes, mas o excesso de entusiasmo e otimismo pode nos fazer subestimar as implicações políticas de uma proposta que, se é ousada e avançada em termos gerais, apresenta sempre o risco do poder,

⁴ Vide: DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. *Processo constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

falando exclusivamente em termos políticos. É que uma normativa equivocada pode nos conduzir, de um lado, a retrocessos democráticos caso não seja plenamente compreendida em conformidade com seus fins constitucionais, quer pela sociedade, quer sobretudo pela classe política⁵.

Contudo, o projeto pode revelar-se benéfico para o desempenho do Poder Judiciário na guarda da Constituição se o resultado for o balizamento constitucionalmente de rigor da segurança e da objetividade, via lei do controle jurisdicional constitucional, e assim a reafirmação do vínculo dos Poderes, pelos Poderes, com a Constituição. O efeito positivo da completude e robustez do sistema processual constitucional é mesmo real, mas para alcançá-lo não se pode descurar do caráter bifronte do seu conteúdo normativo e de estudos mais profundos e abrangentes, capazes de oferecerem o mais amplo número de elementos envolvidos no projeto, de maneira a que possamos ter a opção de escolhermos conscientemente, saindo do atual estágio de paralisia e conformismo com os graves problemas que diuturnamente emergem no contexto do STF.

Sob esse pressuposto, a tese que pretendemos aqui expor abre-se para uma ideia central, até de fácil evidência, da qual desdobram outra duas, mais específicas e não tão óbvias. O estudo do direito processual constitucional (*i*) excede o campo processual-formal. Sua conformação implica aceitar sua inserção no “processo do poder”⁶. Como consequência dessa sua dimensão política, o perfil jurídico exige cuidados extras no momento da regulação. Duas diretrizes, nesse sentido, são fundamentais: (*i.i*) tanto é necessário a um sistema de pesos e contrapesos (aplicado para a promoção da estabilidade das instituições políticas) que o órgão controlado não seja o controlador da constitucionalidade (daí a inclinação histórica à atividade jurisdicional, por seu suposto distanciamento, para exercer a proteção da Constituição⁷), como é necessário o controlador não ser ele em si a fonte principal ou, o que é mais grave, a fonte oculta das regras com as quais exerce o controle. Significa

⁵ Sobre um estudo específico dos riscos da codificação processual constitucional nas sociedades de baixa intensidade democráticas, vide: SAGÜÉS, Néstor Pedro. Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina, *Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador*, n. 25, p. 1-13, 2004.

⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*, p. 149.

⁷ Devemos lembrar que o critério do poder neutro restou vencedor no famoso embate entre Hans Kelsen (favorável a tal critério) e Karl Schmitt (que advogava a defesa da Constituição por um poder que representasse a integração constitucional da sociedade, ou seja, o Poder Executivo). Para um estudo a esse respeito, vide: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

dizer, e aqui está o segundo desdobramento da ideia geral e não por acaso o cerne do estudo, que, *(i.ii)* embora a criação e aplicação do marco jurídico processual constitucional sejam momentos suscetíveis às interferências das opções políticas perenes e contingenciais de diferentes *policymakers* (em especial do Judiciário e do Legislativo), não se pode aceitar que essa prática ocorra à margem da Constituição.

Olhando para essas hipóteses, este ensaio explora, em *primeiro lugar*, sob análise dedutiva e analítica, as vocações técnica e política do Direito Processual Constitucional. Sem exaurir as implicações desse caráter bifronte – aliás, bem longe disto –, consideramos, em *segundo lugar*, apenas os estudos que tomam a jurisdicional constitucional por sua expressão política, para assim explorarmos com atenção seus reflexos na conformação da normatividade processual constitucional. Assim o fazemos para, *terceiro*, projetar tal singular condição onde sua evidência é mais perceptível, que é na criação de um Código de Processo Constitucional. Assim o fazemos não para exercitar futurologia sobre o processo político e tão pouco para propor um conteúdo normativo, mas para imprimir um olhar diferente sobre essa iniciativa legislativa. Vamos observá-la desde o seu sentido de opção constitucional mais adequada, que efetivamente representa em si, até o perfil que também assume, mais delicado, de disputa por espaços de controle interpoderes, uma disputa em que convergem múltiplos interesses erráticos e de alta voltagem política. Em *quarto lugar*, chamamos a atenção para o fato certo de que a iniciativa da codificação processual constitucional não deve estar à sorte dos influxos exclusivamente político-ideológicos, ao contrário, como resposta final do estudo, deve orientar-se por propósito único e normatizado, que é a plena realização da materialidade constitucional em um ambiente jurisdicional especial, que propicie a mais ampla e igualitária participação, segurança e previsibilidade a todos envolvidos e interessados.

2. SINCRETISMO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O Direito Processual Constitucional é produto da cultura do constitucionalismo moderno⁸. Só se faz inteligível se abordado for desde a história

⁸ O constitucionalismo, como movimento que pretende assegurar determinada organização do Estado, não surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes, porque encontra suas notas iniciais já na Antiguidade clássica (cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 25; DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*, p. 171). Assim, aqui assumimos a corrente que diferencia o constitucionalismo moderno do constitucionalista histórico, sendo aquele “revolucionário, abstrato, racionalista, proclamatório, codificado, burguês” que se

das relações jurídico-políticas em torno de Constituições, concebidas como documento único e articulado para ser completa a dominação do poder pelo Direito ou, como já disse Manuel Atienza, o “império da força da razão, frente à razão da força”⁹.

Não se quer dizer que o liame histórico do Direito Processual Constitucional principia com o ideal constitucionalista do século XIX. É inegável a importância das revoluções liberais na sedimentação das bases teóricas desta disciplina no transcurso do século XX, como suas raízes advêm de períodos ainda mais remotos, identificados por passagens da história em que as relações jurídico-políticas eram articuladas sob o axioma de um *padrão supremo* a ser respeitado como tal. Esse axioma só em tempos modernos é materializado em Constituições conformadoras de arquétipo normativo destinado a colocar o Poder Político¹⁰ a salvo do arbítrio e, por isso, predeterminada à autopreservação.

O paradigma normativo supremo é a chave do processualismo constitucional. O constitucionalismo moderno firmou-se em “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”¹¹, e, assim, em uma alternativa contra o governo arbitrário. Numa visão mais ampla, constituiu-se em “processo histórico cultural em virtude do qual a relação entre os detentores do poder e aqueles que estão sujeitos ao mesmo se configura como uma relação jurídica, definida, regulada e submetida a regras jurídicas conhecidas”¹², processo que culminou, por assim dizer, na “tradição jurídica baseada na ideia de que o exercício do poder político deve ser limitado por um pacto fundamental entre governantes e governados, salvaguardando os direitos dos últimos e definindo as tarefas e poderes dos primeiros”¹³.

Contudo, não é uma tradição que se fez sem percalços. A história longínqua do constitucionalismo ainda deixa rastro de problemas jurídico-políticos sem respostas consensuais. Ainda assim, é justamente o

contrapões a este, que é “tradicional, organicista, concreto (preocupado com as liberdades efetivas de cada um, e não com as de todos)” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*, p. 117).

⁹ ATIENZA, Manuel. *Argumentación jurídica y estado constitucional*, p. 353-369.

¹⁰ Vocábulo empregado no sentido dado por Cristina Queiroz: “O poder político é essencialmente o ‘poder de governo’, o ‘governo do Estado’, a sua posição de órgão superior, acompanhada do estabelecimento das modalidades relativas ao seu exercício, e, designadamente, os princípios relativos à separação de distribuição das competências de cada órgão e das autoridades que se lhe encontram subordinadas” (*Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, p. 29).

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 51.

¹² SANCHÍZ, Luiz Pedro. *Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley*. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional, p. 27-108.

¹³ CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, p. 106.

intenso esforço para compreendê-los e solucioná-los, perquirindo desde os mais primitivos movimentos de organização da sociedade política, que faz do direito constitucional uma disciplina cada vez mais desafiante. Alberto B. Bianchi lembra que: “O desenvolvimento histórico do direito constitucional, tal como o conhecemos e o praticamos hoje em dia, tem indubitavelmente uma *pré-história* e uma *história*”¹⁴.

É fala de relevância para o estudo aqui proposto, pois a *pré-história* e a *história* do Direito Constitucional e do Direito Processual estão indissociavelmente interligadas. De maneira mais direta, o entroncamento dessas disciplinas perdura por todo o percurso histórico de justificação da supremacia constitucional, ou seja, desde o modo como as sociedades arregimentaram a preservação da Constituição como fundamento de todo o ordenamento jurídico, e demandavam, portanto, procedimento próprio, anunciado nos idos tempos da Carta Magna de 1215¹⁵. Como já disse Aragón Reyes, “o controle é um elemento inseparável do conceito de Constituição”¹⁶. Entretanto, essa evidência nos faz lembrar que, mesmo hoje, em tempos de intensas mutações sociais as Constituições, por mais transformadoras que possam ser, por seu conteúdo substancialmente valorativo, ainda materializam a essência do constitucionalismo mais remoto, sendo uma ordem normativa fundamental de contenção do poder político (divisão de poderes), como de procedimentalização do controle interpoderes (*check and balances*). Certamente, porém, o arranjo entre os poderes, o redimensionamento destes, a chegada de outros atores importantes e, ainda, a evolução das sociedades, mais abertas e atuantes, com as novas tecnologias, exigem novas e constantes engenharias jurídicas.

As sociedades modernas cristalizaram uma técnica de normatização do convívio social cujos alicerces encontram uma dimensão política inequívoca, em essência a *(a) rigidez constitucional* (que, por prever um processo especial de reforma formal da Constituição, permite a que se distingue perfeitamente as normas constitucionais das normas ordinárias), a *(b) superioridade constitucional* (dogma da *lex superior*, em que num contexto normativo conflituoso sempre prevalece a Constituição), e a *(c) eficácia jurídica exigível das normas constitucionais* (ademais de supremas e rígidas, porque não são simples texto), especialmente das contrafáticas (no constitucionalismo do

¹⁴ BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidade*, p. 350.

¹⁵ Cf. TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 33, set./dez., 2015, p. 499-528.

¹⁶ ARAGÓN REYES, Manuel Aragón, *El control como elemento inseparable del concepto de constitución*, p. 15-52.

século XX, que incorporou o conflito social) permitem tomar as Constituições como expressão máxima dos valores jurídicos e políticos de uma sociedade culturalmente localizada, como também aspectos técnico-jurídico de cariz procedimental, que podem ser sintetizados na *(d) exigência de um sistema processual* articulado e moldado para a preservação do paradigma normativo supremo.

É nessa contextura jurídica – de um constitucionalismo em constante evolução – que o Direito Processual Constitucional encontra *ethos* e desenvolvimento histórico, sempre matizado pelas particularidades de cada país¹⁷. Tornou-se, como tal, uma das técnicas mais apuradas e sofisticadas do controle do poder político. A propósito, é preciso pontuar que entendemos aqui por controle tanto o exercício como o resultado de funções específicas destinadas à contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, no quadro constitucional que lhe compete.

Assim, se a norma processual constitucional é dada a instrumentalizar o controle jurisdicional da produção do Direito, como aqui procuramos demonstrar, constitui-se, por isso, “técnica” de contenção do poder político, de tal modo que é deveras importante definir os contornos da competência legislativa nessa matéria, antes de se legitimar alguma sorte de direito judicial processual constitucional. Apesar disso, pensar a esse respeito implica considerar algumas balizas, é bom dizer, decorrentes da essência do controle jurisdicional de normas.

É de se atentar a tal evidência, pois, em um olhar mais centrado nas bases justificativas do Direito Processual Constitucional, que só se sustentam num contexto de Estado Democrático de Direito, observa-se que sua solidificação se deu em dado estágio do constitucionalismo. Referimo-nos ao momento em que a Constituição assume o *caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa*, dotada, pois, de *supremacia*. Raciocínio seguinte, um corolário lógico, foi a necessidade de prestar a esse corpo normativo *garantia e segurança imediata* como uma das tarefas centrais da certeza da preservação dos valores centrais de um Estado democrático constitucional.

Mesmo sem espaço para detalhar a aproximação do processo ao constitucional, implicada na visão tradicional de “apenas” defesa da Constituição, pode-se decretar, com as considerações aqui realizadas, que restou

¹⁷ Em alusão à lição de J. J. Gomes Canotilho lembra que “*não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos*” e, por isso, é preferível dizer que “*existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural*” (*Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 51).

o processo constitucional construído, primeiro, sob os “códigos linguísticos” diretos do Direito Constitucional, quando sedimentou-se a função de controle ou garantia no marco do constitucionalismo moderno, em meio ao surgimento, difusão e consolidação das matrizes clássicas da jurisdição constitucional de linhagem europeia-kelseniana (Tribunal Constitucional) e a norte-americana (Supremas Cortes)¹⁸. Só num segundo momento é que o controle de constitucionalidade encontrou suas bases funcionais no Direito Processual. Neste estágio, o processualismo emprestou à Justiça Constitucional, enquanto instituição fundamental, operacionalidade (ações específicas, procedimentos e jurisdição), e então caminhamos para a formação do Direito Processual Constitucional.

Desde então se fez polêmico o debate, como já referido, sobre a localização enciclopédica desse segmento jurídico. Entretanto, sua consistência perdeu muito por ser no fundo um diálogo de surdos entre processualistas e constitucionalistas que ainda defendem o paralelismo entre o processual e o constitucional sobre os assuntos relacionados aos sistemas jurisdicionais de proteção da Constituição. O discurso unilateral não permite descortinar a irrefutável evidência de que processualistas e constitucionalistas oferecem, juntos, aportes metodológicos que permitem visões diferentes, mas complementares sobre o mesmo objeto de estudo. Essa ideia resta bem retratada ao se jogar luzes à Constituição para, ao modo de uma classificação funcional de suas normas, distingui-la entre Constituição material e Constituição processual.

3. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Por ser o Direito Processual Constitucional a expressão máxima de uma marca indelével do constitucionalismo recente, pensar em Constituição implica projetá-la por dois espectros indissociáveis: *Constituição material* e *Constituição processual*¹⁹. Esta serve à garantia técnica daquela, por normas de caráter procedimental, para lhe prestar auxílio de subsistência, mas não apenas em uma conotação técnica e asséptica, pois funciona também como meio político para a sua concretização material.

¹⁸ Para uma análise mais apurada das origens dos modelos e da inovação titularizada não pela Europa, mas sim pela América Latina, cf. TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional – Originalidades Históricas e tipicidade latino-americana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 29, maio/ago. 2014, pp. 245-262.

¹⁹ Não estamos nos referindo, aqui, à Constituição como processo em uma posição tipicamente “procedimentalista”.

É uma simbiose de alusão à recorrente afirmação do caráter instrumental das normas processuais²⁰. Estão condicionadas ao influxo do correspondente direito material. A estrita relação da Constituição processual com a Constituição material significa, como diz César Astudillo, que “sua reconstrução dogmática não pode deixar de observar de que forma as normas constitucionais condicionam sua dinâmica processual”²¹. Outra não é a percepção de J. J. Gomes Canotilho quando afirma: “Tal como acontece com o direito processual em geral, o direito processual constitucional não é um fim em si mesmo. Serve para a realização do direito constitucional material”²².

Nesses pontos sublinhados pelos autores nada há de diferente se compararmos o Direito Processual Constitucional com a clássica teoria processual e suas aplicações, digamos, “setoriais”. Há muito Niceto Alcalá-Zamora²³ já ensinava que cada tipo de processo tem suas formas e estruturas amoldadas ao correspondente direito material. Assim é o processo civil com o direito civil material, como também o processo penal com o direito penal, nessas correlações, as formas seguem certa subserviência jurídica à matéria, no sentido de que aquelas são o instrumento desta, e até, por isso, cada qual forma um corpo normativo distinto (códigos).

A diferença da correlação processual-material no campo constitucional está no fato certo de que as normas adjetivas e as normas materiais encerram, juntas, a própria *unidade normativa da Constituição*. Porque protege o direito material supremo, o direito processual vocacionado a sua defesa é igualmente superior, no sentido hierárquico e de contenção do poder (presumindo-se seu funcionamento adequado). Síntese inevitável a nos conduzir a certas advertências e aporias, como a de que “a norma que estabelece a via ou o mecanismo concreto para operar a tutela constitucional dificilmente pode compartilhar da natureza ou da força jurídica dos atos ou leis objeto do ajuizamento; pelo contrário, para a sua devida eficácia necessita participar da preponderância da matéria jurídica a salvaguardar”²⁴. Portanto, há uma imbricação altamente singular.

²⁰ Não é uma expressão alusiva à antiga visão sincrética que se tinha do direito processual, própria de tempos remotos em que era apenas apêndice do direito material privado, desprovido, pois, de predicados autônomos de cientificidade. Seu emprego é no sentido mais atual de instrumentalidade, vale dizer, de normas que propicia meios adequados (procedimentos e ações) à realização de determinado fim ou finalidade.

²¹ REYES ASTUDILLO, César. *Doce tesis en torno al Derecho procesal constitucional*, p. 41-87.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 969.

²³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y defensa: contribución al estudio de los fines del proceso*, p. 214.

²⁴ REYES ASTUDILLO, César. *Doce tesis en torno al Derecho procesal constitucional*, p. 41-87.

O que pode parecer redundância revela, mais corretamente, a singularidade do direito processual constitucional. A matriz fundamental da sua ordem jurídica encerra-se na própria Constituição. É condição ímpar em relação a outros ramos processuais em que, como dito, o direito processual não está confinado no corpo normativo do respectivo direito material. Nessa evidência está a difícil sustentação da autonomia plena do processo em relação ao direito material, mas isso apenas enquanto sistema normativo.

A Constituição não só fundamenta em geral o processo, como em especial o organiza²⁵. É bom lembrar que sem o processo a lhe servir de proteção, a Constituição não alcança plena efetividade. César Astudillo sugere um *equilíbrio constitucional* quando se refere à interdependência do processo com a Constituição: “enquanto o processo serve à efetividade da Constituição, a Constituição serve como garantia do processo”²⁶. Não por outra razão, ainda com César Astudillo e na esteira daquelas lições de Peter Häberle: “a importância de que as normas processuais constitucionais tenham um tratamento especificamente constitucional por constituir uma espécie de ‘direito constitucional concretizado’ e por servir às jurisdições constitucionais para concretizar a Constituição”²⁷.

Essas ponderações têm de importante o registro que não pode ser ignorado por quem pretende aprofundar-se no estudo do direito processual constitucional. Não encerra substrato jurídico cujo acesso se dá conhecendo em plano abstrato ou especulativo um emaranhado de normas processuais, ou, o que seria ainda mais grave, descrevendo uma coletânea de ações judiciais. Ao contrário, quem ao tema dedica-se perquire um objeto jurídico de raízes históricas e afetação cultural que o torna indissociável de outros saberes do conhecimento, principalmente, da Ciência Política e Direito Constitucional. Essas áreas do conhecimento enxergam o processo constitucional antes como um *instrumento, mas da política*, e, como dissemos, um mecanismo muito poderoso, por seu potencial de alterar a dinâmica da relação entre os poderes, quer no momento de sua criação, quer ainda mais na aplicação, para não dizer em ambos, como nas situações em que o STF atua como agente político, no sentido de que cria regras enquanto participa do jogo jurisdicional constitucional.

Elementos assim conjugados que, para a sequência do estudo, desvelam o verdadeiro significado do judicialismo constitucional²⁸ em ambiente de

²⁵ Essa distinção é a base da diferenciação, respectivamente, do direito constitucional processual do direito processual constitucional

²⁶ REYES ASTUDILLO, César. *Doce tesis en torno al Derecho procesal constitucional*, p. 41-87.

²⁷ REYES ASTUDILLO, César. *Doce tesis en torno al Derecho procesal constitucional*, p. 41-87.

²⁸ A expressão “judicialismo constitucional” é aqui utilizada no sentido de “paradigmas atuais de atuação do juiz constitucional”, em que se considera um contexto de “atuação própria e bem identificada, que merece ser amplamente conhecida e discutida em suas bases, efeitos e

adversidades e contradições políticas, como é o Brasil. Já se tornou costume propugnar pela urgência de respostas jurídicas imediatas, tanto para socorrer a política, como para erradicar a ineficácia dos direitos fundamentais, apoiando-se em categorias do processual constitucional. Processualistas e constitucionalistas se encontram, nesse âmbito, para explorar por ângulos diferentes e complementares conteúdo normativo que encerra, por tal amálgama, uma *zona de confluência* da técnica do processo com a função política do controle da conformidade constitucional do comportamento e atuação normativa dos Poderes.

4. DIMENSÃO POLÍTICA DO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

O conceito de Constituição Processual tal como aqui trabalhado afasta a visão ingênua de que sua operacionalização implica o exercício estrito e neutro da tradicional jurisdição. As discussões de constitucionalidade estão longe de envolver a pura e simples determinação do direito aplicável ao caso concreto. O poder de invalidar normas, quando não de construir normatividade constitucional e mesmo de definir sentido das leis, ainda que circunscrito a cada situação concreta, tem sempre nele implicado *direcionamentos políticos*. Característica aqui afirmada no sentido de que a Justiça Constitucional, por suas decisões, acaba por ditar os rumos constitucionais do Estado (sejam eles traduzidos, ou não, pela vontade das ruas), e, para tanto, suas decisões estão suscetíveis aos influxos da política extrajudicial (de grupos sociais, organizações de interesses, partidos políticos, posturas populistas, ataques em redes sociais digitais e etc.).

Isso tudo faz do processo constitucional uma seara de conflito de interesses de diversos atores, todos buscando ou defendendo espaços de influência na expressão do poder do Estado. Essa percepção é tão certa quanto é pouco investigada.

A literatura nacional tem descurado dos influxos da relação entre o STF e os demais Poderes e agentes sociais, e seus impactos no momento da criação e interpretação das formas processuais constitucionais, bem como seus impactos na intensidade dessas formas processuais assim elaboradas. Pelo processo legislativo, o legislador controla, ainda que limitadamente, os limites do poder jurisdicional de constitucionalidade. Assim também pelo processo judicial é o STF que retoma as rédeas da posição controladora,

limites, intimamente vinculada à proposição de uma supremacia constitucional eficaz e efetiva” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, p. 13).

e constrói, com o suporte da interpretação das suas regras de atuação (ao modo do processo de *decision-making*), o próprio perfil de guardião da Constituição que pretende projetar na sociedade brasileira.

A reação a tal construtivismo jurisdicional tem se originado do Legislativo, por sinais dos mais sutis aos mais evidentes, desde a resistência e superação (por exemplo, com *backlash*), passando também pela convivência com certos arranjos formados a partir de posicionamentos empíricos da Corte. Forma-se, assim, uma rede de relações, de poder e contrapoder, de avanços e retrocessos, que só reforçam a ideia de que o direito processual constitucional é mesmo *peça-chave* no debate sobre as teorias modernas do controle do poder político e de tantos outros temas constitucionais sensíveis à sociedade de hoje.

Essas considerações nos permitem concluir que as garantias processuais da Constituição se recolhem ao campo do processo tanto quanto ao campo da política, e, como disse com todo acerto Gustavo Zagrebelsky, “não pertencem à política, mas têm uma função política”²⁹. São, pois, “elemento da estrutura de um ordenamento jurídico”³⁰, e como tal formam substrato normativo-procedimental aplicado na verificação da legitimidade do Poder Político. O processo constitucional é, por essência, jurisdicional, como é na prática o exercício de poder no sentido montesquiano de freio e contrapeso³¹.

Não por outra razão, antes mesmo de chamar a atenção do processualismo, o controle jurisdicional de normas converteu-se, como já mencionamos, em tema central do constitucionalismo mundial. Desde os lineamentos teóricos de Hans Kelsen (do tempo da Constituinte austríaca de 1920) ou, até antes, a experiência do controle jurisdicional da constitucionalidade, sem exagero nos dizeres de John Ferejohn e Pasquale Pasquino, tem-se revolucionado as estruturas políticas do Estado³², e assim do Direito Político³³. Mostra-nos que sua conformação positiva redesenhou

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo *apud* REYES ASTUDILLO, César. *Doce tesis en torno al Derecho procesal constitucional*, p. 41-87.

³⁰ BARACHO, J. A. de O. *Processo Constitucional*, p. 347.

³¹ SÁCHICA, Luiz Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, p. 35.

³² John Ferejohn e Pasquale Pasquino associam a uma “revolução institucional” o movimento mundial de recepção dos modelos clássicos de jurisdição constitucional pelos países (*Constitutional Courts as Deliberative Institutions: towards an institutional theory of Constitutional Justice*, p. 21-36).

³³ A expressão “Direito Político” está aqui empregada para nos remeter a tempos mais remotos em que o Direito Político e o Direito Constitucional identificavam, sinonimamente, “o Direito que rege e limita o Poder político consta da Constituição e esta é o sistema de normas que estatuem sobre os órgãos do poder político, suas atribuições, seus limites, suas relações entre si” (CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política*, p. 40). Porém, não a utilizamos nesse

as estruturas do Estado, e não sem amplas e agudas intersecções e imbricações na dinâmica da política, a ponto de não raramente deflagrarem sérias situações de crise institucional.

Com efeito, as categorias processuais do controle jurisdicional de normas antes de se revelarem formas específicas de uma técnica jurídica (de solução de conflitos), apresentam-se como estruturas políticas do Estado, por isso diversos são os temas da ciência política que são afetados pelo judicialismo constitucional³⁴. Insere-se nesse universo, entre outros temas, a já mencionada divisão de poderes (por ser um mecanismo de *checks and balances*), a legitimidade democrática (pela força contramajoritária da invalidação de normas)³⁵ e, é claro, a interpretação constitucional.

No dia a dia da sociedade, a dimensão política da jurisdição constitucional é perceptível por tensões no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, a cada decisão polêmica tomada em controle de constitucionalidade. Em geral, nesse campo, as decisões do STF são altamente criativas em termos de normatividade constitucional, quer material, quer processual, e por isso alimentam reações contrárias e conflituosas da sociedade e da classe política. Aguçam uma espécie de “quebra de confiança” ou descontentamento do juiz constitucional por usurpar os espaços políticos, mesmo se o propósito é agir contra evidente inércia legislativa para fazer valer a Constituição material e processual³⁶.

Questionamentos voltam-se contra o STF enquanto agente decisivo – para não dizer final – dos rumos e transformações constitucionais da sociedade brasileira. Somam-se críticas desde seu *desenho institucional* (com intensos debates sobre seu redesenho orgânico, o modo de nomeação dos Ministros e seu tempo de cargo), passando por sua *tomada de decisão* (questiona-se sua argumentação segundo os limites democráticos da função contramajoritária no estabelecimento de escolhas valorativas), até seu *modelo*

sentido porque acreditamos nesse pensamento antigo, em que não se estabeleciam as fronteiras científicas entre a Ciência Política e o Direito Constitucional, mas porque buscamos enfatizar o caráter bifronte do direito processual constitucional, distinguindo a dimensão política da dimensão técnico-operacional de suas normas.

³⁴ Para um aprofundamento do tema, vide os estudos em: TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁵ Lembramos da “*dificuldade contramajoritária*” reportada por Alexander M. Bickel em alusão ao problema de se controlar decisões majoritárias (como a exclusão de leis inconstitucionais) numa sociedade cujos parâmetros democráticos, além da tradicional representação política, apontam cada vez mais a participação popular no processo político decisório. Para um estudo mais aprofundado, vide: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. Nova Iorque: Yale University Press, 1986.

³⁶ Cf. TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 60.

procedimental, para o que aqui chamamos a atenção neste estudo. Ao modo de um ativista processual constitucional, o STF não hesita em atuar pela reformulação (quando não, pela inovação mesmo) das regras processuais constitucionais, e nesse movimento aguça ainda mais as críticas a sua punção no jogo político brasileiro.

Daí termos dito que o regime jurídico processual constitucional, quer o atual, quer o ideal, não se completa com a mera e tradicional compreensão estática de suas formas (afeta ao chamado “formalismo jurídico”). Sua aplicação revela uma dinâmica além dos autos processuais, pois ultrapassa o domínio da relação processual instalada para, num *continuum* transpessoal, desidentificar-se com o sujeito concreto e conectar-se ao processo político. Por isso, a criação e aplicação das normas processuais constitucionais revelam-se, à vista da sociedade, como um momento decisivo nas disputas interpoderes pela afirmação de posições políticas.

Por tal perspectiva de análise, a jurisdição constitucional abre-se para investigações sobre seu papel político. Avolumam-se estudos com o interesse especial por compreender o desempenho do STF desde os autos judiciais e para além deles³⁷. E comungam a opinião comum de que, desde a Constituição de 1988, tem-se a centralização do STF no cenário político. Sua conversão em ator decisivo no processo decisório nacional é de evidência irrefutável, e bastaria verificar sua atuação nas chamadas “*political questions*”, questões que *grosso modo* são de governo ou de soberania, logo, de livre decisão dos poderes eleitos e, portanto, impróprias para a jurisdição³⁸.

Também é consensual que o fenômeno de transferência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário (que, a propósito, não é singularidade brasileira³⁹) não se revela nem por conclusões simplistas e apresadas nem por causa única. Muitas são as razões já conhecidas dessa expansão funcional das Cortes e Tribunais Constitucionais nas sociedades democráticas. Essas razões advêm quer do seio desses órgãos (endógenas) e ligadas às opções político-institucionais da Corte (ou mesmo individuais dos magistrados), quer de fora para dentro desses órgãos (exógenas), decorrentes do modelo

³⁷ Por exemplo: TAYLOR, Marthew. *Judging policy – Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press, 2008; ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil, *Novos Estudos*, n. 54, 1999, p. 27-41.

³⁸ Cf. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula*, p. 89-115.

³⁹ Vide: DALY, Tom Gerald. *The alchemists: questioning our faith in courts as democracy-builders*. New York: Oxford University Press, 2005; HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. United States of America: Harvard University Press, 2004.

organizacional-procedimental como é dado pela decisão política (constituinte) ou mesmo de forças externas que direcionam as decisões judiciais a um consequentialismo político-jurídico. Com efeito, é tarefa árdua mapear causas e efeitos da expansão das estruturas jurisdicionais constitucionais no processo decisório político dos países. Estamos diante de um fenômeno que é mesmo de infundáveis contornos.

É sob esse olhar para o judicialismo constitucional — mais político do que jurídico — que afirmamos que o processo está no centro das análises não por seu teor técnico-formal, mas por seus efeitos extrajudiciais poderosos. Tanto o STF não está a salvo de influências político-ideológicas na tomada de decisões (internas ou externas), como os resultados decisórios e os efeitos que deles decorrem serão muito diversos e até mesmo díspares, a depender do modelo processual constitucional praticado.

Em um panorama geral, essa conexão política-processo, desde a Constituição de 1988 colhida em seu cotidiano, revela que as formas processuais constitucionais têm sido moldadas ao perfil de atuação que se quer ao STF, mormente aquele desejado pelo próprio STF. Não por acaso, desde os interesses dessa Corte, seu perfil tem transitado do mais restritivo ao mais extensivo na tarefa de concretizar a Constituição, enquanto que, desde o Legislativo, mostra-se um tanto quanto indefinido ou turvado por interesses políticos erráticos, mas no geral favorável à mera consolidação das práticas e das pretensões do STF. São afirmações que requerem uma explicação mais detalhada, que, quando inserida no contexto de análise de uma possível codificação processual constitucional, poderá estar relacionada diretamente ao problema da crise da representação democrática material.

4.1. Crise da representação democrática material

A se avançar na análise da dinâmica extra-autos do processo constitucional, chegaremos a um dos fatores mais anunciados e analisados para explicar a pungência do STF nas últimas décadas, que é *a crise da representação democrática material*⁴⁰. Desde o ponto de vista do direito e o da ciência política, tem-se a evidência de que é uma problemática aguda e de múltiplos

⁴⁰ Utilizamos a mesma expressão empregada por J. J. Gomes Canotilho para referir, com este jurista lusitano, ao “*momento referencial substancial*” de caráter normativo da representação envolvendo a *atuação, disposição e processo dialético* dos representantes em relação aos representados no processo de realização dos “*interesses universalizáveis do povo* e existentes no povo”, e assim aludirmos a uma crise como decorrência da ineficácia da classe político no cumprimento dessas três ideias básicas da representação democrática (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 294).

efeitos. Um desses efeitos é a aludida transferência do centro decisório sobre certas questões constitucionais cruciais à sociedade dos agentes políticos eleitos para as Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais. É muito anunciado e assimilado desde a doutrina mais afeita ao controle de constitucionalidade forte àquela mais crítica a tal intensidade⁴¹.

Não é nosso propósito avançar nessa análise. Mencionamos a crise de representação apenas para enfatizar um aspecto que ainda é pouco explorado, que é sua conexão com o processo constitucional. O que pretendemos assinalar é que o modelo procedimental da jurisdição constitucional no Brasil, por sua conformação atual ou mesmo pretérita, não tem sido fruto propriamente de uma ampla e planejada mobilização da classe política. Desde a Constituinte de 1987, talvez o momento mais próximo de formulação de uma política processual constitucional⁴², muitas leis foram criadas, mas não resultaram de uma vocação genuína, consciente e atenta do Congresso Nacional para disciplinar o modelo de atuação que se pretende para o STF, enquanto guardião da Constituição.

É o sentido de abdicação da reserva da lei, incrustado nessa política congressual, que chamamos a atenção. Todavia, o fazemos para afirmar que, ao contrário do que se propala, os impulsos criativos do STF sobre seu instrumental de atuação são mais parte da causa do que propriamente um dos efeitos da crise da representação democrática. É uma afirmação que se sustenta na observação de um fenômeno pouco explorado, mas de muita relevância quando se pensa na codificação do processo constitucional. Referimo-nos à percepção de sinais indicativos de que *em medida importante*

⁴¹ A ideia de um controle de constitucionalidade mais fraco mostra, sob essa expressão, afinidade com as críticas de autores como Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade mais forte. Para esse autor, por mais procedente que possa ser a crítica atual à democracia representativa, não se justifica nem a substituir nem a retaliar pela atuação intensa do juiz constitucional (vide, WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*, p. 1.346-1.406). Parece-nos, porém, que invocar a atuação congressual no ponto indicado no texto não exige nem requer que nos alinhemos aos mesmos pressupostos e conclusões extremistas de Waldron acerca da “dignidade” da legislação.

⁴² É de se lembrar que, na Constituinte de 1987, vivemos um período em que a classe política debateu a proposta de criação de um Tribunal Constitucional. A discussão foi ampla, e tinha um nítido direcionamento sobre o cerne desse debate, que era o de avançarmos com um redesenho completo do STF. Naufragou a ideia de converter este órgão num Tribunal Constitucional, porém a ele restaram agregadas, ampliadas e consolidadas funções típicas deste último Tribunal, resultando em ampliação funcional vista em nossa História, do controle do Congresso Nacional. Por detrás dessas modificações havia, sem dúvida, uma proposta constituinte renovadora para o STF enquanto guardião da Constituição, só possível porque houve, para tanto, uma política processual constitucional, que teve como resultado inúmeros dispositivos inseridos na Constituições sobre esse tema.

o Legislativo tem renunciado a sua posição de fonte autônoma das regras atinentes a seu controle, se não (a) por ele mesmo fomentar com a inércia legislativa o ativismo processual constitucional do STF, (b) por consentir em ser mero chancelador das orientações jurisprudenciais, cristalizando-as, de maneira subserviente, em leis ou ainda (c) por adotar, para assim não enfrentar o hiato que o separa dos anseios universais populares, a estratégia da transferência do debate político para a seara jurisdicional constitucional. É o caso de se analisar cada um desses movimentos.

5. DINÂMICA PARA ALÉM DOS AUTOS PROCESSUAIS

5.1. Construtivismo jurisdicional processual

Historicamente, o Brasil disciplina o direito processual constitucional por leis esparsas e tanto quanto lacônicas. Ao tempo da Constituição de 1946, a legislação processual constitucional resumia-se à Lei n. 4.337/64⁴³, que dispunha sobre a declaração judicial de inconstitucionalidade. Era claramente insuficiente e, por isso, contava com o reforço do Regimento Interno do STF, uma configuração que permaneceria no tempo até os dias atuais.

Com a Constituição de 1988, foram instituídas ações diversificadas em controle de constitucionalidade. Porém, sua regulamentação só surgiu uma década depois, com as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 e, ainda assim, subservientes à jurisprudência anterior da Corte e insuficientes.

A mesma carência normativa há em relação aos remédios constitucionais. Basta recordarmos que a regulamentação do *habeas data* só surgiu em 1997 (e acha-se distante de tempos atuais de incontrolável fluxo de informações pessoais em ambiente digital) e a do mandado de injunção muito tempo depois, apenas em 2016. Hoje, todos os remédios constitucionais estão regulamentados, porém não estão umbilicados por uma diretriz geral e sistematizante. As leis são esparsas e, em muitos aspectos, desatualizadas, provocando desgaste contínuo dos parâmetros legislativos (e da própria concepção tradicional sobre as fontes do Direito nesse setor). Daí dizer que é do costume brasileiro a morosidade, para não dizer a abstenção legislativa para lidar com as incompletudes e as deficiências que obrigam o STF a lançar-se à frente da lei, por vezes contra, pela via interpretativa, por vezes meramente criativa, mas com o justo e nobre fim de aprimorar o sistema processual constitucional.

⁴³ Aprovado em 15.10.1980, o RISTF só reforça a participação do STF na criação do regime processual constitucional.

A leniência e a passividade histórica do legislador em não se dedicar à completude desse sistema (diferentemente do que fez em relação aos demais subsistemas processuais, promovendo sua codificação e a renovando em tempos recentes, como se viu com os Códigos Civil e Processual Civil) estimulam o ativismo processual do STF. A “lógica” é simples. Quanto menos se legisla, mais espaço delega-se ao construtivismo jurisdicional. Esse movimento oferece, ainda, a evidência de que o direito processual constitucional categoriza formas necessárias ao desempenho da Justiça Constitucional, logo, por sua vocação de servir ao poder, não comporta espaços vazios. Onde o legislador não atua, o STF, invocando a via da interpretação e, por vezes, da proibição de negar jurisdição constitucional (por vezes apenas amparado na sua posição de defensor constitucional), entra em cena, e passa a ser ele o criador das regras do jogo.

É uma realidade que se confirma há muito tempo no Brasil, considerando que é crescente e gradual a autocriação de normas processuais constitucionais pelo STF⁴⁴. Por suas decisões iluminadas pela concretude dos casos, o STF tem completado, quando não inovado, muitos dos aspectos do processo constitucional não regulamentados por lei⁴⁵.

Daí muitos autores inserir a jurisprudência do STF entre as fontes do direito processual constitucional, confirmando a lição de J. J. Gomes Canotilho: “Ao ‘criar’ normas sobre dimensões processuais constitucionais (exemplo: regras jurisprudenciais sobre modelação das sentenças e respectivos efeitos), o Tribunal Constitucional desenvolve criativamente o regime jurídico do processo constitucional”⁴⁶. É de se reconhecer que a discussão não é mesmo nova na doutrina brasileira⁴⁷.

⁴⁴ São infindáveis os institutos recepcionados no sistema brasileiro pela interpretação criativa do STF. Exemplo: pertinência temática; modalidade coletiva de remédios constitucionais previstos apenas na modalidade individual (ex., mandado de injunção); modulação dos efeitos das decisões de constitucionalidade; acordo na ação direta de inconstitucionalidade; norma provisória regulamentadora do controle de omissões; liminares individuais fora do período de recesso em controle concentrado entre tantos outros. Muitos desses institutos já estão previstos em leis depois de terem sido criados pelo STF.

⁴⁵ Na expressão utilizada por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, as fontes jurisprudenciais são “fontes concretas” (*Teoria geral do processo*, p. 92) em referência às fontes constitucionais e legislativas que efetivamente atuam no Brasil como normas de disciplina jurídica do processo. O projeto que defendemos tensiona essa expressão porque insere uma nova fonte não emanada dos Poderes legiferantes, mas sim da prática jurisdicional constitucional, com perfil de abstração (equiparação legislativa, inclusive pelos famosos efeitos *erga omnes*, que nada mais são do que os típicos efeitos das leis).

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 698.

⁴⁷ Vide: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*, p. 249; HERANI, Renato Gugliano, Ativismo processual constitucional, *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 125, abr./jun., 2015, p. 31-48.

Assim, ao mesmo tempo em que as decisões do STF resolvem contradições e inconsistências normativas paralisando a vigência de uma lei ou ato normativo, servem à interpretação autêntica e última da Constituição, reproduzindo ou mesmo complementando seus dispositivos, com comando decisório vinculante. Essas características fazem com que tais decisões sejam recolhidas à força da supremacia constitucional, o que lhes capacita a resistir à derrogação contra leis ou outro ato normativo e até mesmo contra certas decisões constituintes.

A afirmação é contundente, pois nos coloca diante de inúmeros problemas que merecem ser investigados. Um em especial chama a atenção neste estudo. Desde a perspectiva do juiz constitucional, a prática do direito processual constitucional não é, por seu conteúdo e propósitos, tarefa estritamente de técnica jurisdicional, no sentido limitado de determinação do direito aplicável, pois tem ela, em seu exercício, divisas políticas. Já dissemos isso, porém aqui complementamos a ideia, acerca de um direcionamento político, que assim se consubstancia não apenas porque as decisões são criativas em termos materiais (ou ideológicos, para usar um termo que se tornou mais inteligível), mas também porque remodelam as regras processuais, em geral, ao sabor das conjunturas políticas de cada caso e em cada período constitucional⁴⁸, quando não em razão das reações pontuais e quase impulsivas a certos eventos políticos, até comezinhos⁴⁹.

⁴⁸ De um STF de contenção na definição dos limites da sua atuação processual constitucional, passou, desde 1988, a um STF mais ativo, com sua empreitada de fortalecimento gradual das decisões colegiadas ao que, hoje, Arguelhes e Ribeiro chamam de “*individual judicial review*”. Assim denominam, como se em alusão ao último estágio possível de um ativismo processual constitucional, o exercício das concessões monocráticas de liminares no controle concentrado para além dos limites da lei, ao modo criativo de um monocratismo capaz de até mesmo afastar por liminar a nomeação de Ministros de Estado, como o STF tem feito em certas ADI’s. Esse uso exacerbado de liminares é um bom exemplo da expressão política do direito processual constitucional, e faz lembrar a percepção jornalística de Felipe Recondo e Luiz Weber: “a política desaguou no Supremo, e cada grande caso parece embutir um subtexto, um homem público em julgamento. A presença de ‘inimigos públicos’ nas lides, mesmo que ocultos, passou a hiperbolizar o interesse pelas decisões” (*Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*, 83). E o processo constitucional é peça-chave para a constitucionalização das questões políticas.

⁴⁹ Desde a implementação das sessões plenárias ao vivo, houve uma transformação significativa na postura dos Ministros do STF na tomada de suas decisões, isto porque passaram a estar expostos ao julgamento público, e isto gera o inevitável risco de que tal situação interfira no modo como os ministros interpretam o próprio direito processual constitucional, porque as formas determinarão o alcance das próprias decisões. As formas processuais acabam por adaptarem-se segundo o cenário do momento em que “os ministros são atraídos ou repelidos pela opinião pública ao sabor dos campos de força que se formam em torno do assunto em debate” (*Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*, 83). Se o momento percebido é de recusa popular à nomeação de

O problema da superação da doutrina tradicional das fontes não está propriamente em reconhecer a decisão judicial, tecnicamente, como fonte de direito, mas em saber, como alude Canotilho, até onde é aceitável em termos políticos a extensão do direito de criação judicial⁵⁰. É certo não haver mais espaço para a natureza mecânica e passiva da atividade judicial, pois sua criatividade normativa é inevitável, mas também não é crível imaginar a superação completa da prevalência da lei, a total gestão das formas em prol de certos conteúdos, manejando poderes em excesso e tornando menos transparente a decisão de mérito em si, posto que embutida, muitas vezes, em “meras” decisões processuais. Daí a consideração de Mauro Cappelletti de que a discussão passa a ser sobre a “gradação *quantitativa* do grau de criatividade”⁵¹, como reflexo, trazendo a expressão de J. J. Canotilho, da “relativização do princípio da prevalência da lei”⁵², ocasionada, como aponta o jurista lusitano, pelo princípio da constitucionalidade.

Sinal claro de agravamento da transferência da política processual constitucional ao STF está na evidência de que, se antes o construtivismo judicial era colegiado, hoje é monocrático. Estudos apontam os Ministros “como agentes do processo de construção e transformação do poder do tribunal”⁵³, revelando esse olhar cirúrgico para os movimentos individuais de autocontrole das normas processuais constitucionais. A esse respeito, são certas as impressões de Werneck Arguelhes: “Em alguns aspectos-chave da estrutura do controle de constitucionalidade, a trajetória do Supremo Tribunal Federal na transição brasileira à democracia, da Assembleia Constituinte até o início dos anos 90, mostra como a interpretação constitucional pode estar a serviço da *restrição* estrutural de poderes do tribunal”⁵⁴.

Essa ponderação está atenta ao fato político de que, como nunca antes, o processo constitucional é um mecanismo decisivo de expansão e restrição

certo indicado a Ministério, então a liminar monocrática é medida possível. Aparentemente, os julgamentos ao vivo parecem ter sido decisivos para a opinião pública assumir uma influência jamais vista sobre o STF, e sua implementação não ocorreu após maduro planejamento, mas após “discussão forte entre os Ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa”, no julgamento do Caso Siegfried Ellwanger, que levou este último, quando Presidente do STF, a determinar o julgamento ao vivo de todos os casos (vide o interessante relato em: RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*, 93).

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*, p. 1498.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano*, p. 9-33.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 723.

⁵³ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, *Universitas*, n. 1, 2014, p. 25-45.

⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, *Universitas*, n. 1, 2014, p. 25-45.

do poder judicial. Mesmo quando o STF propôs limites a sua participação no processo decisório político (desde os períodos de autocontenção até os momentos atuais de maior avanço de suas peças no tabuleiro político brasileiro), assim o fez imprimindo interpretação altamente criativa do direito processual constitucional, um paradoxo compreensível na medida em que o construtivismo constitucional-processual não é, como temos afirmado, mera formalidade. A experiência revela que a Corte tem exercitado com vigor o poder de dizer a Constituição tanto material, como processual, demonstrando atitude, neste particular, linear e progressiva. Caminha da autocontenção ao ativismo, sem a hesitação de substituir o legislador em direção a seus objetivos político-sociais estratégicos⁵⁵.

É preciso entender de uma vez por todas que o crescente construtivismo jurisdicional constitucional não tem propósitos apenas técnicos (para dar eficiência operacional), antes deles e subjacente a eles, há escolhas políticas implicadas. Jogos de poder e de legitimidade são imediatamente acionados. Afinal, em se tratando de Justiça Constitucional, sua “instrumentalização não é neutra ou isenta de opções”⁵⁶, e ressaltamos, de nenhum dos polos do poder.

Por isso, como em nenhuma outra seara jurídica, em se tratando de direito processual constitucional, é preciso assegurar o equilíbrio das forças políticas, mas o que temos é uma realidade oculta do domínio do STF sobre as regras processuais constitucionais que, ao invés do equilíbrio, inverte a perspectiva estruturante da Constituição.

A regulação dos institutos e categorias processuais constitucionais no que a Constituição não tratou diretamente deve ser antes de domínio legislativo (art. 22, I, CB). É certo que algum espaço criativo judicial é inevitável (do ponto de vista conceitual) e necessário (do ponto de vista da autonomia

⁵⁵ Esse trajeto de progressivo fortalecimento político impulsionado pelas formas processuais pode ser narrado por inúmeras passagens do construtivismo jurisdicional constitucional. Poderíamos citar, como próprio do período de maior contenção do STF, verificado logo após a promulgação da Constituição de 1988, a fixação dos seguintes entendimentos: (a) vedação ao controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais; (b) criação da pertinência temática como mecanismos de limitação do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade; (c) o caráter eficaz meramente declaratório da decisão em mandado de injunção; (d) vedação ao controle das omissões inconstitucionais parciais, entre outros. Já próprio de um período mais recente do STF de maior expansão funcional impulsionada pelas formas processuais, temos, entre tantos outros, (a) concepção concretista das decisões em mandado de injunção; (b) releitura da pertinência temática, (c) uso ampliativo das liminares monocráticas; (d) modulação dos efeitos decisórios em controle difuso; (e) causa de pedir aberta do recurso extraordinário para fins de controle difuso.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 161.

para o bom funcionamento das engrenagens gerais de poder em Brasília). Porém, a alusão de Peter Häberle ao “direito processual concretizado” como sendo aquele que é reconstruído e reelaborado à luz do comportamento jurisdicional orientado pela Constituição como um “*law in action*”, vale dizer, exercitada na vivência social e na solução prática dos mais diversos e relevantes problemas concretos do preenchimento dos vazios legislativos, parece ser hoje a regra⁵⁷.

Dentro de seu espaço estruturalmente concebido como tal, o STF deve poder desempenhar com plena autonomia e liberdade seus poderes. O que estamos aqui a discutir, porém, são os contornos mais precisos desse quadro de poder, desse espaço, que não pode ser elástico a ponto de se alongar e se retrair ao sabor das opções de momento dos componentes de uma Corte. Esse tipo de cenário chega a ser contrário ao próprio pressuposto de independência dos magistrados e de dever de julgar conforme a Constituição, porque é capaz de escamotear opções negacionistas desses pressupostos, sem anunciá-las abertamente.

5.2. Chancela das orientações jurisprudenciais

Lei processual boa é aquela que ratifica posições jurisprudenciais. Não é uma orientação de todo equivocada, mas passa a ser um problema, e um problema sério, se convertida em dogma, isso porque, na prática, implica a transferência inconstitucional de espaços autonômicos da lei ao Poder Judiciário. Não estamos propriamente assinalando a declinação da exigência da lei formal (afinal, a competência está esculpida no art. 21, inc. I, da CB), mas, mais especificamente, do poder deliberativo do Parlamento. É uma diferença sutil, mas significativa, que resta bem evidente nas situações de pura e simples “ratificação” da lei das orientações jurisprudenciais.

Quando o legislador adota apenas o referencial jurisprudencial do STF, reconhecendo ser o certo e inevitável a se fazer diante de matéria supostamente muito técnica (como é o processo constitucional) ou altamente dependente da experiência cotidiana (como também é o caso), o resultado que se tem é, ainda, o seu juízo político, mas um que, ao contrário de ser autônomo, acaba sendo substituído pelo juízo do STF, cujos interesses e estratégias refletidos no modo como interpreta o direito processual constitucional são inevitavelmente diversos daqueles que são próprios do legislador. Basta dizer que a autocriação jurisdicional já contém, em si, a expressão de

⁵⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, p. 15-44.

uma “resistência” à lei, ou seja, a afirmação do domínio da jurisdição contra a omissão ou atuação inconsistente do Parlamento⁵⁸.

As consequências da renúncia do legislador às deliberações autonômicas sobre o processo constitucional pela mera positivação das orientações jurisprudenciais a longo prazo não são salutares ao regime democrático, nem respeitam o referido art. 22. A aceitação de que o STF, somente ele, é a única fonte a ser considerada de suas próprias regras de atuação, e não como deveria ser, o destinatário da fonte política só agrava – em prejuízo à democracia – a disfuncionalidade já preocupante do Legislativo, como também só intensifica as tensões entre o Direito e a Política por movimentos cada vez mais frequentes de mútuo atrito entre os Poderes Legislativo e Judiciário fora dos padrões constitucionais.

A exigência da lei funciona, no campo aqui de análise, como um importante mecanismo de controle político da Justiça Constitucional, em que seus agentes, os legisladores, estão autorizados pela Constituição a exercê-lo pela regulação dos procedimentos processuais constitucionais e, através desta mediação, acabam por contornar os limites funcionais do STF.

Embora a “ratificação” das posições jurisprudenciais pode ser em muitos momentos e sob vários aspectos sinal positivo de deferência do Legislativo ao Judiciário ou mesmo bom diálogo interpoderes, a reiteração da sua prática certamente será deletéria à legitimidade do Estado, porque transmite a mensagem de comodismo e abdicação da autonomia constitucional de legislar sobre temática fundamental para o equilíbrio entre as forças políticas do Estado, e por certo essa não é uma mensagem assimilada pela sociedade sem repercussões. Aliás, em uma delas certamente está a percepção ainda mais problemática de que a inércia legislativa esconde uma estratégia disfarçada, que é a transferência de competência para a preservação de capital político, para a prática ampla de um populismo desenfreado e deletério às bases democráticas do país.

5.3. Transferência estratégica

Toda sorte de disposição da Justiça Constitucional ao ativismo não está, assim sabemos, a salvo de respostas do sistema político. A disposição do STF pode fomentar no seio da classe política resistência à Justiça Constitucional

⁵⁸ A esse respeito, é interessante inserir essa problemática no âmbito da pesquisa desenvolvida por ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeitos: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

(*backlash*) ou conivência com o ativismo judicial, neste último caso, mais precisamente, a já dita transferência conveniente do polo decisório sobre temas sensíveis (como são as questões relativas à implementação dos direitos sociais) do político para o jurídico. Para tanto, nesta última hipótese, o processo constitucional é a matéria a ser legislada que possibilitará com maior eficiência a efetivação dessa transferência estratégica.

Observou-se no Brasil que, a certa altura, o STF enfrentou a encruzilhada diante da intensificação da problemática sobre omissão legislativa, em especial envolvendo a falta de regulamentação do exercício dos direitos fundamentais. Tinha, de um lado, a materialidade constitucional e, de outro, a exigência da lei em sentido formal. Em reforço desse sentido formal tinha, ainda, sua própria e reiterada jurisprudência. Ainda assim, em determinado momento optou por lançar-se à defesa da supremacia constitucional com o aprimoramento da eficácia dos mecanismos processuais de combate das omissões inconstitucionais. Ainda que o gesto possa ser compreendido como acertado, assim o fez sob o risco de gerar, como de fato gerou em muitos momentos, o efeito desafiador que Dieter Nohlen reconhece por *caráter circular* das decisões de constitucionalidade.

Em interessante análise, Nohlen diz que as decisões da Justiça Constitucional são interpretadas pelos atores político-sociais em democracias consolidadas como “estimulantes”, e nas democracias em consolidação como “perturbadoras”. Explica este último efeito afirmando que a zelosa defesa jurisdicional constitucional aos direitos humanos tem o potencial de reverberar tensões políticas e sociais, e assim deflagrar, no extremo, a mais séria crise institucional.

É que as decisões que deveriam ser estimulantes – pelo que promovem em termos de realização material da Constituição, como nos casos das decisões que combatiam a terrível omissão parlamentar inconstitucional – têm, ao contrário, efeito irritante em governos e partidos políticos, que se veem compelidos a adotá-las para modificar o estado de desrespeito denunciado, e assim a reação contrária do sistema político às decisões da Justiça Constitucional acaba por vir na forma de pressões para compensar ou impedir seu avanço funcional⁵⁹. Essa dinâmica está mesmo bem retratada, como dito, em muitas passagens da nossa histórica luta contra o problema das omissões inconstitucionais.

⁵⁹ É o que se observa, no Brasil, na proposta de emenda constitucional, PEC n. 33, criada para ser, segundo o seu autor, “uma vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal” (FONTELES, Nazareno, Contra o despotismo legislativo do STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04 mai. 2013), e mesmo controle subjaz na EC 88/15, com a imposição de nova sabatina dos Ministros após 70 anos de idade (suspensa por liminar na ADI 5.316/DF).

Contudo, não é verdade que a resistência é movimento único possível nesse contexto. O comportamento reativo do legislador brasileiro ao modo de tratamento do STF ao problema das omissões não foi nem linear nem uniforme, ao contrário, revelou-se tanto quanto inconstante e, para o que chamamos a atenção, de conveniente delegação de competência.

Lembramos que o STF salvou o mandado de injunção de naufragar na consecução de seu fim de viabilizar a concretização da Constituição de 1988, ao ousar com a interpretação evolutiva do alcance eficaz das decisões proferidas no âmbito dessa medida. Até 2016, o mandado de injunção sofria do mal para o qual fora concebido para combater, qual seja, a falta de lei regulamentadora, o que levou o STF à autocriação do regime jurídico desse remédio constitucional⁶⁰.

Nos primeiros anos da Constituição vigente, o STF alimentou o estado de impotência eficaz do mandado de injunção. Seu primeiro entendimento foi claramente de viés de autocontenção, ao fixar o caráter meramente declaratório da decisão de reconhecimento da omissão inconstitucional apenas autorizador da mora legislativa. Em um segundo momento, quando o STF não mais receava avançar com seu papel transformador da realidade brasileira pela máxima concretização da Constituição, e assim se “aproveitou” do que seria o bloqueio de sua atividade, quer dizer, a falta da lei regulamentadora do mandado de injunção para, por um impulso ativista, revisar progressivamente o caráter eficaz das decisões de mérito em mandado de injunção e de suas respectivas normas processuais. O STF foi de um extremo ao outro, e a cada novo entendimento a respeito, sendo cada vez mais invasivo ao campo político, o controle das omissões inconstitucionais convertia-se cada vez mais em tema central da tensão entre o Direito e a Política.

Nesse percurso, o STF sempre se mostrou linear e progressivo, caminhando da autocontenção ao ativismo, com a leitura concretista das decisões do mandado de injunção, que depois foi transportada para as ações de inconstitucionalidade por omissão. Já o Legislativo, ao contrário, sempre foi errático.

Interessante analisar mais de perto este último aspecto. Percebe-se que, em meio a reações contrárias aos avanços do STF na regulamentação da eficácia decisória da ordem injuntiva (o que confirmaria o efeito perturbador das decisões do STF), algo de muito diferente e até intrigante ocorreu. Para

⁶⁰ Sobre os vários ciclos de interpretação das omissões inconstitucionais no Brasil, vide: ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 47, out./dez. 2010, p. 69-91.

entendê-lo, é preciso perguntar: se o ato de legislar sobre certos dispositivos da Constituição (dado seu caráter normativo incompleto ou insuficiente para fins de efetiva eficácia) é a maior expressão do poder constitucional, como então explicar a renúncia tácita legislativa (por sua inércia) ao exercício dessa prerrogativa?

Uma evidência se impõe diante dessa pergunta. A inação de quem detém o poder da lei não se explica por si. Ao contrário, instiga a perquirição por justificativas. Não é condição corriqueira nas democracias avançadas que o legislador se abstenha deliberadamente da dominação social pela produção de leis, mormente se o que está em jogo é de ordem constitucional. Essa provocação nos faz reiterar o questionamento acima: Por que o legislador brasileiro ainda se omite em seu dever de regulamentar dispositivos da Constituição Federal, abdicando, pois, de pautas constitucionais que lhes renderiam grande popularidade, como a implementação de direitos sociais? Somente a construção de um quadro determinado por fatores históricos e sociais devidamente avaliados por um marco teórico jurídico-político poderia explicar a lógica oculta desse sensacionalismo omissivo do legislador. Adiantamos sob tal recorte que a abdicação da autoridade democrática não se reduz ao argumento simplista ou incompleto da falta de vontade política ou do “tempo” político das decisões do Parlamento. A questão é mais complexa, e está relacionada ao próprio jogo da sobrevivência política dos tempos atuais, cujos contornos pertinentes parecem mesmo confirmar o que Ran Hirschl tem investigado e chamado de “judicialização da megapolítica ou da política pura”⁶¹, em referência ao que tem detectado pela experiência jurisdicional constitucional comparada.

Essa percepção enfatiza bem o enfoque aqui analisado. O modelo de controle da omissão inconstitucional, entre as abstenções e os ímpetus em torno da sua regulamentação, suscita problemas para além da técnica jurídica, posto que se converte, utilizando-se novamente da expressão, em um *instrumento de poder*. Sob essa ótica, a inércia legislativa parece entrincheirar o Judiciário e assim blindar o próprio Legislativo e Executivo de decidir sobre questões demasiadamente sensíveis da sociedade, especialmente as que podem gerar grandes divisões morais na sociedade e assim perda de capital político. Se assim é, então transferir o dever de regulamentar certos direitos pelas leis para o labor jurisprudencial constitui forma perversa de autopreservação do Legislativo e Executivo, que só denuncia, em mais um evidente sinal, as disfuncionalidades do Estado brasileiro.

⁶¹ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 139-177.

Lembramo-nos, como o fez Ran Hirschl em relação a inúmeros países da Europa, África e Ásia, de episódios brasileiros em que houve inquestionável e direta transferência decisória do poder típico do Legislativo ao STF, sobre temas dos mais sensíveis: a interrupção da gravidez de feto anencefálico; a demarcação de terras indígenas; o direito de greve no setor público; a criminalização da homofobia e transfobia; descriminalização do uso de drogas; o casamento e a união estável homoafetiva, o tratamento da questão prisional, entre outros temas que objetivamente foram despejados convenientemente no STF para uma solução que a classe política não teve, pode-se dizer assim, destemor “político” de tomar por qualquer que fosse o resultado⁶².

Daí dizer que a judicialização da política tem se revelado um fenômeno de muitos tentáculos, ao mesmo tempo em que certas decisões da Justiça Constitucional podem ser perturbadoras aos demais poderes, por vezes são, contraditoriamente, estimuladas pela própria Política. A classe política provoca, lembrando mais uma vez das ponderações de Ran Hirschl, “a transferência para os tribunais de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras”⁶³.

A se tomar tal movimento como certo, descortina-se outra perspectiva sobre a disposição legislativa de enfim regulamentar o mandado de injunção, em especial o regime eficaz de suas decisões. Veio a Lei n. 13.300/16 e – é interessante observar depois das considerações acima – o Legislativo não resistiu ao que tanto lhe incomodava, pois chancelou a intervenção do Poder Judiciário em seu campo de atuação. Ratificou a legitimidade de o Poder Judiciário intervir no espaço próprio do Legislador e do Executivo para, mais do que forçar a produção de leis, também, e é para esse ponto que mais chamamos a atenção, suprir provisoriamente sua ausência. Com isso, revelou à sociedade um consenso político sobre matéria antes tão polemizada.

O curioso é que a trégua ocorreu em um dos momentos mais sensíveis da política brasileira e, ironicamente, em bons termos técnicos, considerando as soluções valiosas ofertadas ao problema do controle da omissão inconstitucional. Nem mesmo alguns dos mais experientes analistas da ciência política brasileira acreditaram que seria mesmo plausível a ratificação

⁶² Não é argumento contra a renúncia legislativa dizer que o silêncio do legislador sobre certos assuntos é uma solução política aceitável, pelo simples fato de que muitos dos temas aqui mencionados como, por exemplo, a criminalização da homofobia chegou ao STF por partidos políticos.

⁶³ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*, p. 139-177.

legislativa do ativismo processual constitucional do STF, tantas vezes e apaixonadamente combatido por legisladores.

Isso porque é justificável pensar que o momento de criação da Lei n. 13.300/16 foi um risco à Democracia. Toda a tensão antes da legislação renunciava a postura defensiva do Legislativo. Ao invés do incremento desse instituto, poderia ter priorizado seus espaços de atuação ressuscitando o passado de pouca efetividade do mandado de injunção, o que seria um claro retrocesso na defesa dos direitos fundamentais. Porém, o que se viu foi o contrário, o Legislativo ratificou a força regulamentar do STF, fazendo soar, sobre um tema historicamente conflituoso, um consenso político que, sob uma análise mais cuidadosa, pode ocultar na verdade uma reação manipulativa do legislador.

Não estamos aqui analisando propriamente o mérito da lei, até porque qualquer que sejam as motivações políticas fato é que, e sem exageros, a Lei n. 13.300/16 é uma das notáveis novidades que se aportou ao sistema jurídico brasileiro. Trouxe incremento à jurisdição constitucional da liberdade, se não por todos específicos aspectos da regulamentação do mandado de injunção, pela boa mensagem política transmitida no final à sociedade. Legislador e Judiciário, juntos, alcançaram o êxito de assentar em lei a máxima constitucional de que não há Poder irresponsável perante os deveres constitucionais, estando todos sujeitos a sanções não só por seus atos comissivos, mas também por atos omissivos contrários à soberania da Constituição. Esse é um quadro que parece demonstrar maturidade democrática. Legislativo e Executivo dialogando com o Judiciário, especialmente quando se observa que a lei contemplou em grande medida o legado jurisprudencial do STF. O que restou legislado estaria a sinalizar, pois, integração institucional positiva entre os Poderes, e tanto melhor que estivesse a ocorrer justamente, embora com grande surpresa, em torno de assuntos tão sensíveis e polêmicos da democracia contemporânea (como é o poder atípico de o juiz criar normas provisórias regulamentadoras de direitos constitucionais à luz dos casos concretos, com possível modulação dos efeitos subjetivos)⁶⁴.

Contudo, é preciso chamar a atenção para a presença de motivações legislativas anacrônicas e negacionistas da Democracia como a concebemos. A delegação de competência regulamentar ao STF não foi fruto de

⁶⁴ A disposição de legislar em linha com a jurisprudência restou dito, inclusive, nas justificativas do respectivo Projeto de Lei apresentado pelo Dep. Flávio Dino: “Esse é o objetivo da presente proposição. Proponho a regulação do procedimento do mandado de injunção, fixando inclusive as normas quanto aos seus efeitos mandamentais, em sintonia com a evolução jurisprudencial pátria (STF, MI/DF 721, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.8.2007, entre outros precedentes)”.

um consenso político, mas significou a prevalência do maior peso político de um segmento do Parlamento que ainda resiste a enfrentar, diretamente, o hiato entre a legislação e os fins da democracia constitucional. Há de se combater a omissão no tratamento de assuntos que a sociedade anseia por um juízo deliberativo do Parlamento com leis, e não transferindo tal deliberação para o STF.

Tanto isso é correto que essa transferência oculta e consentida por grupos de maior peso político não demorou a ensejar reações contrárias de certos parlamentares ao uso da agora autorizada fonte judicial regulamentadora, quando incidiu em situações como a tipificação de crime. Referimo-nos ao julgamento da “criminalização da homofobia”. Tal reação veio logo após a criação da Lei n. 13.300/16, que ao autorizar a norma regulamentadora não trouxe nenhuma restrição de conteúdo, ao contrário, por disposição normativa aberta (“as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação visando a exercê-los”, art. 8º, I), permite que o STF estabeleça condições amplíssimas ao exercício do direito, restringindo, *ipso facto*, outros direitos e outras situações ou liberdades.

É lição da melhor experiência judicialista que certos nuances do processo constitucional só se revelam à necessidade de regulamentação na sua prática. Porém, a questão da norma regulamentadora penal não era novidade ao tempo da lei. Basta dizer que a decisão foi tomada no MI n. 4.733, julgado com a ADO 26, sendo que tais medidas foram ajuizadas respectivamente em 2012 e 2013, e a segunda delas o foi por um partido político. Antes mesmo do julgamento houve a mobilização política dos partidos favoráveis à criminalização, para que o STF, e não a classe política, decidisse os limites da norma regulamentadora.

As atitudes manipulativas que estimulam a autocriação do STF para não ter ele, o legislador, que conduzir a política processual constitucional são, pois, uma realidade contra a qual este parece não lutar, quiçá também por estarem em jogos de interesses e conveniências políticas que o fazem concluir que a melhor saída para a crise de representatividade provirá da maior eficiência de outro Poder ou de uma eterna espera de uma melhor situação democrática e política do país.

6. BLINDAGEM CONSTITUCIONAL À DINÂMICA DA POLÍTICA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O modelo de processo constitucional vigente contribui decisivamente para colocar o STF no centro da política nacional. De há muito cientistas

políticos apontam tal aspecto ao aduzirem que, desde a conformação no original Texto da Constituição de 1988 do controle de constitucionalidade, verificou-se que o relacionamento entre o Direito e a Política mudou sensivelmente⁶⁵. Tornou-se altamente complexa, em meio ao aumento significativo de ações do STF e reações do Legislativo, cada decisão jurisdição constitucional, com cada interpretação constitucional praticada, sendo a mais expansiva e criativa já em relação às categorias processuais do controle da constitucionalidade.

O que pretendemos para além dessa evidência já anunciada é retomar a crítica à abordagem unilateral sobre o tema em estudo, e agora para enfatizar que, embora a dimensão política da jurisdição constitucional seja uma realidade incontestada, considerá-la separadamente da sua dimensão técnico-jurídica pode gerar a falsa mensagem de que a prática da jurisdição constitucional se orienta só por incontáveis ou aleatórios estímulos políticos. Essa equivocada visão do fenômeno transmite a ideia de que o processo constitucional, em si, é um espaço de livre disposição dos atores políticos, e, assim, a criação, interpretação e aplicação da jurisdição estariam inteiramente à sorte dos influxos do poder. Não passaria, por isso, de um jogo de estratégias, no qual valeria a regra de que não há regras para as formas processuais, senão a visão unilateral de que deve ser adaptada aos fins políticos pretendidos por seus jogadores, o que nos levaria, por certo, a uma sorte de anomia processual constitucional⁶⁶.

É o que nos induz a pensar se a atenção se volta toda para o lado *instrumental a serviço do poder* dessas formas processuais constitucionais. Ignora-se, por tal única perspectiva, a evidência rudimentar de que lidar com a jurisdição constitucional implica também admitir normas jurídicas e, mais ainda, aquelas que projetam metaparâmetros a serem seguidos, com viés de supremacia, os quais tendem, por tal condição, a reduzir a variáveis

⁶⁵ Vide, por exemplo, ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio, Judiciário e democracia no Brasil, *Novos Estudos*, n. 54, jul. 1999, p. 27-41; CARVALHO, Ernani, Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política, *Análise Social*, v. XLIV, 2009, p. 315-335.

⁶⁶ Anomia é um conceito há muito estudado na sociologia. De origem grega, vem de *anomos* (a representa ausência, inexistência, privação de; e *nomos* é lei, norma). É referência obrigatória a respeito desse conceito, entre outras, Emile Durkheim e sua difundida reflexão acerca da anomia, como também o estudo de Robert K. Merton. O conceito de anomia é aqui empregado não em termos sociológicos. Seu uso, aqui, visa a apenas aludir o que resultaria ser o direito processual constitucional se fosse um fruto da criação livre de normas, como se não houvesse balizas gerais (metabalizas) determinando sua conformação jurídica, liberando os atores políticos de qualquer submissão ou amarra previamente determinada.

aceitáveis da dinâmica política que comumente transitam ao redor do controle da constitucionalidade.

Em termos mais diretos, o que estamos afirmando é que *a relação entre controlador e controlado é altamente vigiada pela Constituição*. Dela emanam balizas que de maneira alguma podem ser desconsideradas pelos agentes políticos, posto que os impedem de dispor das formas processuais para modelá-las conforme sua livre orientação político-ideológica a fim de alcançar determinados poderes, determinadas capacidades e certas posições em um tabuleiro político altamente complexo e sensível, no qual qualquer movimento ou “condição diferenciada” ou, ainda, “elemento surpresa” pode ser determinante para os rumos da sociedade e do país.

Essa última observação é mesmo relevante, pois nos referimos, aqui, às balizas que delimitam, por seu caráter fundamental, o marco normativo do *controle do controle*. Existem justamente para diminuir a rotação das reações, contrarreações, manipulações e desconfianças, contingenciais ou duradoras, que são corriqueiras, mas por vezes inconstitucionais, entre os *policymakers* envolvidos na prática da jurisdição constitucional. Apesar disso, nos fazem perceber que o modelo jurisdicional constitucional de um país está aberto a evoluções e mutações, para melhor promover acomodações políticas, porém seus rumos não estão à sorte das disputas de poder de ocasião. Na verdade, estão institucionalizados pela Constituição e apontam a direção única da existência de instrumentos capazes de promover a materialização normativo-constitucional. A seguir estudaremos, sem nenhuma pretensão de oferecer um estudo exaustivo, algumas dessas balizas.

6.1. Reserva da Constituição

É certo reconhecer que a Constituição é a principal fonte do direito processual constitucional. Ao mesmo tempo que conforma normas processuais constitucionais (como as vias de acesso à jurisdição constitucional, as ações constitucionais, certas regras procedimentais⁶⁷ e os princípios constitucionais processuais), também define a quem confiar tal competência. Daí dizer que, quando se analisa o regime jurídico do direito processual constitucional, não se está diante de uma problemática que se resolve validamente à margem da Constituição. Muito pelo contrário. A resposta deve ser formulada a partir da Constituição, da qual se extrai a perfeita “sinfonia”

⁶⁷ Entre as quais estão arts. 102, I, “a”, “d”, “e”, “i”, “l”, “p”, “q”, II, “a”, III, §§ 1º e 3º, 103, § 1º a 3º, art. 93, IX, CF.

jurídica só alcançável se sua configuração não resultar apenas de uma decisão unilateral, isolada das normas, de um dos poderes constituídos.

Essa advertência é importante, pois dela é possível deduzir algumas diretrizes para a interpretação das normas processuais constitucionais assentadas diretamente na Constituição, aliás, úteis para a estabilidade do convívio profícuo entre Judiciário e Legislativo no campo do controle jurisdicional da constitucionalidade.

Também é interessante observar que, quanto mais abrangente é a Constituição na regulamentação do processo constitucional, menos espaço deixa ao legislador para tratar da matéria. É uma equação óbvia, mas não se reduz apenas a mera técnica constituinte. A extensão da reserva normativa contida em cada Constituição implica maior ou menor alcance do sistema de freios e contrapesos, com maior ou menor ênfase e sensibilidade de cada sistema normativa ao significado amplo e, por vezes, tormentoso na ativação de uma Justiça Constitucional. Fundamentalmente por isso é razoável a desconfiança em flexibilizar ou minorar a reserva da Constituição em matéria de direito processual constitucional, como também o é testar seus limites pela lei. O princípio da separação de poderes é determinante para preservar a reserva da Constituição e assim delimitar a competência legislativa, como também os espaços da criação jurisprudencial em matéria de direito processual constitucional.

6.2. Sistema de freios e contrapesos

A primeira diretriz está em considerar que a norma processual constitucional, porque se destina a instrumentalizar a tarefa jurisdicional potencialmente vocacionada à interferência nos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), é parte integrante de um *sistema de controle de Poder* (sistema de freios e contrapesos), logo, inexoravelmente, está imbricada com a *separação de poderes*.

Diante dessa evidência incontornável, é condição certa a inserção do direito processual constitucional no contexto constitucional de freios e contrapesos.

Sob esse pressuposto já muito debatido, é preciso considerar ainda que, quando se trata de limitação dos chamados “Poderes Políticos”⁶⁸, o Constituinte é direto e explícito, para não deixar dúvida de que instituiu, quando efetivamente o fez, algum controle de Poder, especialmente se se tratar de um controle forte, que diminui ou elimina o espaço (inicialmente legítimo)

⁶⁸ Sem querer aqui reproduzir ou encampar teorias acerca da configuração política dos poderes, uso a expressão apenas como uma síntese que agrega o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

de outros poderes. Se de um lado, de fato, a separação de poderes não pode ser entendida como um dogma absoluto ou nos termos da literatura montesquiana, de outro as suas estruturações, ou seja, os controles do Poder, como pondera Diego Valadés, “devem ser sempre expressos e públicos, e é a Constituição que institui a separação e o controle dos poderes buscando termos razoáveis de equilíbrio”⁶⁹. Nesse sentido, como sabemos todos, o controle de constitucionalidade dito abstrato não se presume, há de ser expresso nos textos constitucionais, ou simplesmente não existirá em dado sistema constitucional, como ocorre até hoje nos EUA, ou no Brasil, uma não realidade até 1965.

Nesses termos e bem a propósito, o STF legitima o sistema de freios e contrapesos nos termos definidos pela própria Lei Maior. Como indica o Min. Dias Toffoli: “a Carta da República, ao positivar o princípio da separação dos Poderes, nos termos do seu art. 2º (‘são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’), conferiu a ele delineamento próprio, cuja formulação adotada há de ser imposta a todos os estados-membros da Federação”⁷⁰. Porém, não é diferente o entendimento de Alexandre de Moraes: “a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controle recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado”⁷¹.

Segue-se que é nas decisões constituintes quanto à forma de distribuição e controle do Poder que reside, pois, o tipo de separação de funções soberanas que se aceita tolerar⁷² e que efetivamente configuram o dito sistema de “freios e contrapesos” de cada país. De tal maneira que nenhum Poder estranha a ingerência externa de um controle institucionalizado, mas nesses estritos termos. Isso evidencia que o comando constitucional da separação de poderes não passa de um conjunto de normas constitucionais concretas, historicamente delimitadas e cotidianamente construídas em seu sentido real. Ou seja, o que é explícito e patente neutraliza zonas latentes de retaliações ou enfraquecimento da autonomia funcional dos Poderes, porque pertencente à própria configuração em si do que se pode entender, em cada contexto concreto, por separação de poderes.

Não é outra a justificativa senão exatamente esta, da implicação direta em outro Poder, da interferência que se revela, para a Constituição ocupar-se

⁶⁹ VALADÉS, Diego. *El control del poder*, p. 97.

⁷⁰ STF, ADI 775, Min. Dias Toffoli, j. 3.4.2014.

⁷¹ STF, ADI 5874, Min. Alexandre de Moraes, j. 9.5.2019.

⁷² Cf. VALADÉS, Diego. *El control del poder*, p. 97.

expressamente da eficácia vinculante – para além do Poder Judiciário – das decisões de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade⁷³. Como bem disse Rubio Llorente, “essa eficácia, como exceção ao princípio de que a lei só por uma lei posterior pode ser revogada, implica realmente uma divisão do poder legislativo”⁷⁴. O mesmo diga-se em relação aos enunciados sumulares vinculantes. Dotados de igual eficácia, eles atingem não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também da Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da Federação brasileira.

Para bem ilustrar a problemática em discussão, é preciso atentar-se à diferença de tratamento conferido pela EC 45/04 entre a súmula vinculante e a repercussão geral no que toca ao regime eficaz. Enquanto silenciou a respeito no caso da repercussão geral, em típico caso de silêncio eloquente, foi expressa a EC ao vincular o enunciado da súmula vinculante “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103-A, CB/88).

Logo, irrefutável mesmo é a conclusão de que a Constituição não estendeu o mesmo regime eficaz do enunciado da súmula vinculante à tese jurídica da repercussão geral. A esse propósito, o STF teve de assentar que: “As decisões proferidas pelo Plenário do STF quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do STF tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema”⁷⁵.

O Legislador esteve atento à reserva de Constituição ao não promover a equiparação do regime eficaz entre o enunciado sumular e a tese de repercussão geral no Código de Processo Civil de 2015. O regime instituído para a repercussão geral circunscreveu o dever de observação da respectiva tese jurídica apenas aos juízes e aos tribunais (art. 927), ou seja, nada tendo disposto fora do círculo judicial, não se pode inferir a vinculação compulsória da tese

⁷³ O mesmo se diga quanto aos efeitos *erga omnes* da decisão em ADPF, nesse caso por se tratar de efeito imane ao chamado “controle abstrato”. Pode haver, contudo, margem de discussão para o reconhecimento meramente legal de efeito vinculante no caso dessa ação, o que se neutraliza pela circunstância de a ação ter berço constitucional em 1988 e se inserir inequivocamente na sistemática do controle abstrato. A polêmica nessa seara é irrelevante para as conclusões desse Parecer.

⁷⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, p. 9-51.

⁷⁵ STF, Rcl. 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.4.2011.

da repercussão geral aos órgãos da Administração Pública em geral. Estamos a lidar com aquele campo de interferência entre os poderes, ainda que estejamos falando de Administração Pública.

Na verdade, a legislação realmente rejeita a eficácia maximizada, justamente por estabelecer, em regime adicional, que é inadmissível a reclamação (ao STF) proposta para garantir a observância da repercussão geral *quando não esgotadas as instâncias ordinárias* (§ 5º, art. 988, CPC/15). Aliás, aqui há mais uma diferença no tratamento eficaz entre a tese jurídica, a repercussão e o enunciado sumular vinculante. É justamente neste último caso, e apenas neste, que é possível a reclamação para garantir a sua observância (art. 988, III, CPC/15).

Não se desconhece, por certo, que uma decisão pública discrepante do entendimento firmado pela Corte máxima resultaria absolutamente frágil⁷⁶, passível de correção judicial (provavelmente sumária) e, ao fim e ao cabo, muito certamente adviria o ajustamento compulsório, por força de *posterior* decisão judicial concreta e específica das posturas administrativas ao comando da tese jurídica da repercussão geral, condição que decorre do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública. Porém, nesses casos, haveria a correção judicial em demanda própria em que a Administração Pública seria parte diretamente interessada.

6.3. Controle interorgânico e intraorgânico

O conjunto delineado acima nos conduz a outro espectro do *status* político da norma processual constitucional. Sendo o comando constitucional da separação de poderes determinante para delimitar a regulação infraconstitucional do controle jurisdicional de constitucionalidade, é preciso ter em mente duas situações distintas, por sua prática e consequência, quando se está diante das modificações do respectivo sistema jurídico, quer advenha da interpretação formal, quer da informal. Uma é a que propõe (*a*) alteração com efeitos interorgânicos, outra é a (*b*) alteração com efeitos intraorgânicos.

Para elucidar tal situação, vale recordar o veto ao inciso II do art. 1º da Lei n. 9.882/99, criado pelo Legislativo e rechaçado pelo Presidente da República. Esse dispositivo autorizava a ADPF em face da interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas ou do regimento

⁷⁶ Além de revelar o descompasso entre a fonte constitucionalmente indicada como interpretativa final (STF) e o restante do sistema, em nítido antagonismo atávico do autoritarismo e populismo latino-americanos.

comum do Congresso Nacional no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Contudo, restou vetado pelo Poder Executivo, sob o argumento de que: “Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção limitada e genérica em questões afeitas à ‘interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional’”, pois “constituem antes matéria *interna corporis* do Congresso Nacional”. O STF ampliaria, portanto, seu poder de controle ao Legislativo, para além dos limites explícitos da Constituição.

Outra é a situação se a lei atua sobre o controle intraorgânicos do Poder Judiciário. Nesse caso, não há intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes, mas, sim, intervenção interna, com o propósito de velar pelo respeito à Constituição. Essa é a razão central que nos conduz à conclusão de que o art. 927 do CPC não é inconstitucional, pelo que inova em termos de ascendência das decisões judiciais em relação aos demais Tribunais e juízes. Lembramos que tal dispositivo estabelece o dever de observância: aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Porém, pelos mesmos fundamentos, não seguem a mesma sorte os art. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15, a propósito do incidente de resolução de demandas repetitivas. A se pensar que criam nova hipótese de vinculação da decisão judicial para além do círculo judiciário, atingindo a Administração Pública para lhe provocar a fiscalização da obediência da tese jurídica firmada nos casos em que os recursos julgados tratem de serviço público concedido, permitido ou autorizado, incorre em inovação *contra constitutionem*⁷⁷.

Ainda no espectro dessa problemática dos limites da reserva legal em matéria processual constitucional, já muito se discutiu a legitimidade constitucional do art. 27 da Lei da ADI que regulamenta a modulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade, como também a previsão das chamadas “modernas” técnicas de decisão judicial constitucional. Ainda há quem defenda ser matéria reservada à Constituição. Porém, neste caso entendendo contrariamente, é temática de reserva possível da lei. Sua previsão legislativa não amplia a interferência do Poder Judiciário em especial do STF em outros Poderes, na verdade gera o efeito inverso. A modulação dos

⁷⁷ A propósito, essa questão está em julgamento no STF, na ADI 5.492, Rel. Min. Dias Toffoli.

efeitos e as técnicas de decisão são instrumentos tendencialmente aplicados à preservação do ato normativo democraticamente aprovado, no sistema jurídico, ora estendendo seu tempo de vigência, ora preservando sua validade, de tal modo que está em jogo a máxima de que quem pode o mais, vale dizer, a nulidade e assim os efeitos *ex tunc* (que são a regra da consequência da inconstitucionalidade, e cuja severidade ao sistema e à sociedade acaba sendo quase sempre superior à da eficácia *ex nunc* ou posterior), então pode o menos, ou seja, mitigar tais consequências. Essa condição ao contrário de uma interferência – e lembremos que é esse o ponto em destaque e discussão aqui – é em último grau uma deferência à atuação legislativa e executiva, pois preserva no sistema jurídico o ato normativo infraconstitucional.

Com essas colocações, o que pretendemos é fixar a orientação de que a lei, quando se ocupa de questões processuais constitucionais, não está autorizada a redesenhar o sistema de mútuo controle entre os Poderes (*check and balance*). Essa é uma atribuição exclusiva do constituinte, tanto quanto só a ele pode modificar o modelo e, ainda assim, com o cuidado de não esbarrar na limitação material de reforma constitucional do inciso III do § 4º do art. 60 da CB.

6.4. Delegação constitucional

Embora a Constituição contemple dispositivos de cariz processual, isso não significa tal reserva ser a única fonte do direito processual constitucional. De uma constatação não decorre automaticamente a outra. Apesar disso, parece se tratar de uma afirmação que encerraria uma contradição em si, a se considerar a substancialidade constitucional de todo o conjunto normativo reservado à defesa da Constituição, mas é só aparente. As matérias constitucionais *per excellence* (como a estrutura, organização e limitação de poderes, a participação democrática do cidadão e a instrumentalização da Justiça Constitucional⁷⁸) não devem estar alojadas necessariamente na Constituição. Essa colocação é importante, pois refuta a afirmação de que certos temas tratados pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 (como as decisões alternativas à inconstitucionalidade, a modulação dos efeitos, entre outros) deveriam ser regulados não por lei, mas por emenda constitucional, porque,

⁷⁸ No sentido da substancialidade das normas que regulam a Justiça Constitucional, Cristina Queiroz é precisa ao dizer que: “a justiça constitucional é vista hoje como algo mais do que um conjunto de institutos jurídicos destinados a dar operacionalidade e garantia ao princípio da rigidez constitucional. A justiça constitucional representa *a mais* um ‘valor constitucional’, um ‘componente essencial’ e ‘indefectível’ do moderno *Estado constitucional*” (*Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, p. 289).

uma vez que modelam a jurisdição constitucional, são substancialmente constitucionais (em uma suposta regra de reserva de Constituição).

A questão é que nem toda norma substancialmente constitucional está na Constituição. A “norma substancialmente constitucional pode estar – geograficamente falando – na própria Constituição, em leis ou outros atos normativos inferiores”⁷⁹. Também com Riccardo Guastini: “não é infrequente que também onde existe uma Constituição escrita, muitas normas pacificamente consideradas ‘materialmente constitucionais’ não estão escritas na Constituição (mas que estão escritas em leis ordinárias, ou também que não estão de fato escritas, mantendo-se implícitas, em estado latente)”⁸⁰.

Embora o Brasil não adote o critério substancial (conteúdo), mas o formal para o *status* normativo constitucional, as normas substancialmente constitucionais fora da Constituição não perdem tal caráter. Sua alocação em leis decorre da impossibilidade de a Constituição tratar certos institutos em minúcias e mesmo da impropriedade que isso significaria em muitas situações, engessando desnecessariamente grande parte do sistema jurídico nacional, esvaziando mesmo o próprio sentido da legislação democrática. É o que ocorre, por exemplo, com o direito eleitoral, sua matriz normativa nasce na Constituição e se desenvolve num extenso regime normativo infraconstitucional, inclusive com atos normativos bianuais (em forma de resoluções) do Tribunal Superior Eleitoral. O mesmo se diz em relação ao processo legislativo. Este está tratado, até de maneira mais abundante, na Constituição, porém sua exaustiva regulamentação só pode ser encontrada, historicamente até os dias atuais, nos regimentos internos das Casas Legislativas.

Não é diferente com o direito processual constitucional. Nem todas as normas têm assento no texto constitucional, nem precisam tê-lo, porque podem ser abordadas por fontes infraconstitucionais, embora sejam substancialmente constitucionais por todos os motivos elencados neste estudo.

Bom exemplo dessa “delegação” constitucional está na regulamentação, também por esse aspecto, da repercussão geral das questões constitucionais. A Constituição deixou a definição dos critérios de caracterização a cargo do Legislativo (§ 3º do art. 102 da CF/88) que, por sua vez, transferiu ao STF a concretude de critérios legislativos gerais já estabelecidos. Outro exemplo está nas ações em controle concentrado de constitucionalidade que, por estarem previstas, mas não integralmente regulamentadas pela Constituição, só podem alcançar plenamente seus aspectos procedimentais por leis especiais.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 170.

⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*, p. 161-176.

É crível pensar que a Constituição não pode ser exaustiva nessa matéria. A boa técnica constituinte refuta a constitucionalização de temas afeitos estritamente à lei, como é o caso, por exemplo, dos aspectos procedimentais. Como bem salienta Arruda Alvim, “toda norma de *processo*, no sentido estrito, reclama uma norma *procedimental* (que também é norma de processo, *lato sensu*), pois esta, via de regra, consubstancia-se em condição essencial à funcionalidade daquela”⁸¹. A Constituição não é mesmo o reduto mais adequado para o tratamento das normas procedimentais aplicadas à jurisdição constitucional. Assim, a reserva da Constituição em matéria de direito processual constitucional não pode tender, portanto, ao exclusivismo. Certa dose de reconhecimento da capacidade do legislador e mesmo dos tribunais é o entendimento mais adequado à sistemática constitucional. Todavia, nem se pode cogitar que estaríamos em campo implicitamente reconhecido, pela Constituição, às decisões dos tribunais, ou a um campo normativo a ser editado pelo STF, como outrora lhe fora expressamente assinalado pela Constituição, para que pudesse legislar sobre normas processuais, via seu Regimento interno. Tal previsão caiu em 1988, como sabemos.

Sendo assim, é preciso dar conta do problema dessa multiplicidade de fontes, que é a dificuldade da convivência harmônica entre elas. Problema que é real e já corriqueiro, percebido principalmente nos muitos embates entre Legislativo e Judiciário a cada influxo ativista do STF em formulações e reformulações das normas processuais constitucionais.

Os impulsos ativistas do STF, no campo aqui de análise, devem-se muito ao modo como a Constituição reservou-lhe a prerrogativa de dizer as bases fundamentais do processo constitucional. Num plano fundamental, o *caput* do art. 102 da CF/88 confere ao STF a precípua proteção da Constituição, e assim o faz erigindo, por tal disposição, a fonte de toda normatização processual constitucional. Em decorrência dela, outros dispositivos constitucionais tratam da matéria, porém sem a pretensão de exauri-la. Corretamente, há lacunas para suplantação do Legislador e mesmo do Poder Judiciário. De tal sorte que as referências constitucionais não são um ordenado e completo depositório das normas processuais constitucionais, pois tratam, ao contrário, de alguns poucos aspectos essenciais do processo constitucional entremeados a disposições alusivas às tarefas do STF de jurisdição ordinária. Ademais, quando trazem os princípios constitucionais processuais, não está preocupado o STF com o modo como deverão ser aplicados no universo da jurisdição constitucional futura, não concedendo a necessária previsibi-

⁸¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 123.

lidade ao sistema jurídico pátrio, porque efetivamente não é tarefa que lhe possa ser exigida a de legislar universalmente sobre processo constitucional.

Já dissemos que a ausência de um campo específico na Constituição reservado à organização e funcionamento da Justiça Constitucional desfavorece a percepção fácil e imediata do seu marco normativo, e essa dificuldade apareceu na edição das Leis n. 8.868/99 e n. 9.882/99. Já nesse período muito se debateu sobre a constitucionalidade de certos dispositivos dessas leis, inclusive em âmbito do STF, onde pende de julgamento as ADI's 2.154 e 2.258, que pedem a inconstitucionalidade, por exemplo, de certos aspectos próprios do processo de índole objetiva (como a falta de contraditório, a ausência de ação rescisória, a modulação de efeitos, por entender-se que deveriam ser objeto de emenda). Lembro também da ADC-QO 1, que debateu a constitucionalidade do próprio processo da ação declaratória, e as primeiras ADPF's, ainda não numeradas, que foram rejeitadas por falta de regras do processo constitucional. Nos últimos tempos, voltou à discussão uma possível reserva da Constituição em matéria processual constitucional em virtude de certos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

6.5. Vedação à leitura anticonstitucional do controle de normas

Diante do que restou aqui dito, tem-se por dedução inescapável que a coexistência de fontes é uma necessidade no campo da regulamentação da jurisdição constitucional. Porém, tal pluralidade não pode se converter *em concorrência mútua ou dominação de uma ou outra fonte* ou, o que é pior, em anomia quanto aos pilares desse conjunto normativo, impedindo-o de alcançar o mínimo de integridade e coerência, para deixá-lo ao sabor de decisões concretas, pontuais e randômicas.

Ao contrário, a Constituição impõe a convivência harmônica entre os agentes políticos para a plena integração, complementação e aperfeiçoamento do desenho processual constitucional, segundo a distribuição dos espaços de criação normativa por ela estabelecida.

Outra conclusão a ser agora enfatizada a partir de todas essas premissas e conclusões está na criação de um Código de Processo Constitucional que deve estar completamente imune à ideia de que, por seu conteúdo normativo, seja uma iniciativa cujo propósito único seria a *negação do poder* do STF, nada mais absurdo e refratário aos postulados mais comezinhos do Estado de Direito.

Essa afirmação merece uma advertência adicional, pois, quando se trata de limites e extensões ao controle do poder, pode-se incorrer no erro de assumir um posicionamento segundo a lógica de que, como diz Diego Valadés, “[o] controle poderia parecer uma forma de negação do poder”.

Isso é factível se tomarmos o poder como “um mecanismo de tensão e inclusive rivalidade orgânica”, o que implicaria a seu respeito “uma leitura de antipoder”⁸². Interessante é que essa visão de Valadés pode nos levar de fato a pensar que: “a Constituição, introduzindo os controles, não estabelece um limite ao exercício do poder, senão um limite às possibilidades de bloquear o poder”. Apesar disso, essa seria uma conclusão equivocada, pois com ela a codificação processual constitucional não passaria de um momento, do ponto de vista do Judiciário, para bloquear o Legislativo, e do ponto de vista deste de bloquear o Judiciário. Um círculo vicioso, sem funcionalidade social, mas disto resultaria a leitura antipoder das normas processuais constitucionais que se levada a efeito implicaria alimentar a desestabilidade do sistema político, portanto negar a essência do constitucionalismo.

O controle jurisdicional de normas existe, é certo, para limitar o poder abusivo e arbitrário. Ainda assim, esta essência, aliás, de todo sistema de freios e contrapesos deve ser suficiente para refutar a ideia de que, porque é controle, é abusivo, e, assim, negar a lógica de que *o poder controlado deve rivalizar com seu respectivo controle*. Pode ser premissa óbvia, mas por vezes é esquecida quando nos deparamos com momentos (alguns dos quais aqui apontados) em que prevalece a leitura antipoder do controle de constitucionalidade, como quando intercalam sinais ou de minimização do controle jurisdicional constitucional para reduzi-lo à baixa expressão (quer por leis restritivas, quer por jurisprudência defensiva), ou de maximização para gerar o efeito inverso (que é de bloquear o poder controlado).

As conclusões críticas de Diego Valadés à leitura antipoder do controle são bem aplicadas neste contexto: “O constitucionalismo contemporâneo conta com instrumentos, entre eles os de controle, adequados ao propósito de regular o exercício do poder; esses instrumentos devem atuar de maneira complementar, e não ser considerados como opções excludentes”⁸³. Conclusão que nos leva a dizer que, da mesma forma que a lei restritiva do controle jurisdicional (digamos, aquém da Constituição Processual) implica maior intervenção interorgânica horizontal do Poder Legislativo no Poder Judiciário e, por isso, incorre em vício de inconstitucionalidade, essa mesma consequência existe pela via inversa, se tal ampliação (para além da Constituição Processual) advém da interpretação do STF sobre a incidência das normas processuais constitucionais para reduzir ao mínimo o espaço legislativo. Estabelecer o correto equilíbrio entre controlado e controlador é, portanto, uma questão de política, a qual demanda o manuseio correto

⁸² VALADÉS, Diego. *El control del poder*, p. 419.

⁸³ VALADÉS, Diego. *El control del poder*, p. 420.

da técnica jurídico-constitucional de distribuição dos espaços de autonomia da Política e do Direito.

7. CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: O DIÁLOGO DOS DIÁLOGOS

Como é de se supor, as anotações precedentes em modo algum esgotam os pontos conflitivos ou interrogações sobre o direito processual constitucional como expressão de técnica e poder. Mais do que isso, o resultado a que de alguma forma se chegou é o de que a compreensão do longo e tortuoso percurso histórico de inserção da Justiça Constitucional nas democracias modernas não se alcança apenas com a descrição abstrata e formal do controle de constitucionalidade.

Sob essas advertências e evidências, emerge uma dimensão como em nenhuma outra segmentação do Direito, pois a disciplina de cariz constitucional está sujeita, por seus propósitos e conteúdo normativo, aos influxos da política e da contextura econômico-social do país. Isso faz do direito processual constitucional um campo de constante batalha político-social e, atualmente, uma parte relevante da nova guerra ideológica travada por setores retrógrados ultraconservadores e radicais de extrema esquerda pelo domínio moral da sociedade, contra as liberdades individuais e contra os avanços civilizatórios. Essa luta colocou o processo constitucional no centro de uma disputa ferrenha e, por vários motivos, pouco evidente para o cidadão comum.

Essa fluidez e sensibilidade extrema do ambiente em que se discutem as questões constitucionais acabam refletindo no instrumental reservado, reconhecido ou negado à Justiça Constitucional, daí a prova de que estudos vocacionados a sistematizar as regras que disciplinam as ações constitucionais restam secundários diante de suas implicações políticas.

A expressão política do direito processual constitucional revela-se de múltiplas e erráticas maneiras, o que é próprio do jogo político, quer no contexto de criação, quer de aplicação, e todas estas expressões políticas interferem sobremaneira na técnica jurisdicional constitucional. Essa evidência nos permite concluir que não mais discutimos se deve ou não existir o controle de constitucionalidade, como não mais descartamos a preferência por seu caráter jurisdicional. Passou-se da fase em que os países buscam soluções em suas Constituições para o problema de quem deve ser o curador da Constituição⁸⁴. Depois de razoável período de experimentação, a jurisdição

⁸⁴ Sobre esse tema, cf. TAVARES, André Ramos. A defesa da Constituição de Weimar. In: BERCOVICI, Gilberto. *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

constitucional é uma realidade consolidada, de tal modo que o momento é de atenção ao direito que lhe empresta operacionalidade, pois sua prática atual revela, na rede das relações políticas, a “incurção da justiça constitucional em áreas movediças outrora vedadas a sua atividade”⁸⁵.

Não se pode superdimensionar o uso político de um instrumento que é essencialmente medido pelo Direito. Se a norma processual constitucional é dada a instrumentalizar o controle jurisdicional da produção do direito e, por isso, constitui-se em técnica de contenção do poder político, é deveras importante partir sempre do pressuposto de que sua criação e manejo devem operar nos limites rígidos do respeito aos núcleos de contornos da competência centrais do Poder Político nesta matéria, ou seja, delimitar a reserva constitucional, a reserva da lei e a reserva jurisdicional. Contudo, para tanto, é preciso que exista, especialmente em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, equilíbrio e diálogo na regulação do processo constitucional para não o converter, ele em si, à causa da desproteção da Constituição.

É sob esse propósito que o Código de Processo Constitucional pode ser o momento da técnica jurisdicional constitucional, tanto quanto do diálogo dos diálogos políticos. Todavia, o resultado pode ser o mais próximo que podemos chegar de um consenso sobre o *modus operandi* e os limites funcionais da Justiça Constitucional brasileira. Consenso este, é importante salientar, construído democraticamente pela mobilização de todos os atores do jogo político, desde o Legislativo, o Judiciário, até a sociedade em geral, todos sob o propósito único e essencial de reduzir ao máximo pela boa técnica processual o hiato ainda vivenciado no Brasil entre os objetivos políticos da Constituição e a realidade social⁸⁶.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Juan Manuel. La Expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. In: ETO CRUZ, Gerardo. *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional: Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*. Arequipa: Adrus/Centro de Estudios Constitucionales, 2011.

⁸⁵ ACUNÃ, Juan Manuel. *La expansión de la jurisdicción constitucional en América Latina*, p. 608.

⁸⁶ Sobre a importância do processo constitucional (especialmente do combate à omissão inconstitucional) para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil e suas implicações, cf. tese apresentada na palestra de TAVARES, André Ramos, proferida no I Congresso Brasileiro de Direito Processual Constitucional, da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, em outubro de 2015. O assunto foi parcialmente reconstruído em: TAVARES, André Ramos. O combate à omissão inconstitucional e a construção do Estado Social brasileiro... In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, FLORA, Luis Antonio, PRADO, Ney (coords.). *30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: FecomercioSP, 2018.

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y defensa*: contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM, 2000.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ARAGÓN REYES, Manuel, El control como elemento inseparable del concepto de constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, jan./abr., 1987, p. 15-52.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, *Universitas*, n. 1, 2014, p. 25-45.
- REYES ASTUDILLO, César I. Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional, *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 8, p. 41-87, 2007.
- ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Anales de jurisprudência*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 261, p. 353-369, 2003.
- BARACHO, José Alberto de Oliveira. *Processo Constitucional*. São Paulo: Forense, 1984.
- BELAUNDE, Domingo García et al. *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Domingo García Belaunde, 2006.
- BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidade*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, t. 1, 1992.
- CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, t. I.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano*. Revista Española de Derecho Constitucional: sus relaciones con el ordenamento comunitario europeo, ano 2, n. 4, p. 9-33, 1982..
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions*: towards an institutional theory of Constitutional Justice. In: SADURSKI, Wojciech (ed.). *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, p. 21-36, 2002.
- FONTELES, Nazareno. Contra o despotismo legislativo do STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 04 maio 2013.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de constitución. *Cuestiones Constitucionales*, Mexico, n. 1, p. 161-176, jul./dez. 1999.
- HÄBERLE, Peter. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, p. 15-44, 2004.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo, *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, p. 139-177, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 80, 2012, p. 89-115.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, p. 9, jan./abr. 1988.

- SÁCHICA, Luiz Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 1988.
- SACHÍZ, Luiz Pedro. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional, *Fundamentos*, Junta General del Principado de Asturias, n. 4, p. 27-108, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional – Originalidades Históricas e tipicidade latino-americana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 29, maio/ago. 2014, pp. 245-262.
- TAVARES, André Ramos. O combate à omissão inconstitucional e a construção do Estado Social brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, FLORA, Luis Antonio, PRADO, Ney (coords.). *30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: FecomercioSP, 2018.
- TAVARES, André Ramos. A defesa da Constituição de Weimar. In: BERCOVICI, Gilberto. *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. Da Magna Carta ao direito processual constitucional, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 33, set./dez., 2015, p. 499-528.
- VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México: UNAM, 1998.