

## Júnior, juiz federal e professor



O quinto constitucional, pelo qual advogados e promotores

chegam às cortes, é “antirrepublicano”, afirma o juiz federal e professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), **Dirley da Cunha Júnior**. “O Judiciário é um local para juízes que ingressaram mediante prévio concurso público de provas e títulos, que se prepararam para isto e integram a carreira da magistratura”, diz.

Para ele, o juiz oriundo da advocacia ou do Ministério Público não tem a visão de um magistrado. Dirley da Cunha Júnior não vê inconstitucionalidade no quinto, mas defende a retirada da previsão da Constituição por meio de emenda supressiva.

A inconstitucionalidade das leis, de forma geral, é uma preocupação constante do juiz. Os dados do [Anuário da Justiça Brasil 2015](#) revelando que de cada dez leis julgadas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seis são inconstitucionais, mostram, no entendimento de Cunha, que “o legislador está precisando aprender a legislar”.

Uma possível solução para isso, propõe, é a criação de um órgão de controle preventivo de constitucionalidade, que seja provocado quando houver dúvida acerca da constitucionalidade de uma proposta ainda em tramitação. Se a decisão for pela inconstitucionalidade, a proposta é arquivada. Se for pela constitucionalidade, e aprovada, torna-se definitiva. “O próprio Supremo poderia fazer este papel”, sugere.

Em entrevista à revista eletrônica **Consultor Jurídico**, Dirley da Cunha Júnior disse que a proposta de reduzir a maioria penal de 18 anos para 16 é inconstitucional. Na avaliação dele, pois viola cláusula pétrea. “A Constituição evita falar em absoluto. Mas, nesta questão, fala que a prioridade da criança e do

adolescente é absoluta”, asseverou.

O constitucionalista ressaltou, no entanto, que não há direitos absolutos na Constituição. “Os direitos precisam coexistir e isto pressupõe a possibilidade de sua cedência diante de outros direitos”, entende.

Cunha Júnior é juiz federal na Bahia, doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em Direito Econômico pela UFBA. Pós-graduado em Direito pela Universidade Lusíada e pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, foi promotor de Justiça e procurador da República. Autor de nove livros, dentre eles, *Controle de Constitucionalidade — Teoria e Prática* e *Curso de Direito Constitucional*, ele é membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).

### **Leia a entrevista:**

#### **ConJur — Qual é o maior problema jurídico do Brasil atualmente?**

**Dirley da Cunha Jr.** — O maior problema que existe hoje é efetivar a nossa Constituição. Se nós tivéssemos efetivado, não teríamos corrupção, analfabetos, pessoas morrendo de fome, sem terra, sem teto... Todos os direitos sociais estariam sendo implementados. O maior problema do Direito Constitucional é a falta de efetividade. Acho que isso não é problema que afeta somente a nós, mas outros países também.

#### **ConJur — Como efetivá-los?**

**Dirley da Cunha Jr.** — Através de políticas públicas. Quem tem esse dever constitucional é o Executivo e o Legislativo. Faltam políticas públicas, como maior quantidade de postos de saúde, hospitais, concursos públicos para médicos e outras situações. Fala-se muito, às vezes em tom de crítica, que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo nessas questões de políticas públicas, através do controle judicial das políticas públicas. Mas, o Judiciário é procurado pelo cidadão exatamente para obrigar ao Executivo e Legislativo a cumprirem a tarefa que está na Constituição.

#### **ConJur — O que o senhor pensa sobre a reforma política?**

**Dirley da Cunha Jr.** — Defendo uma reforma política nos moldes da Constituição e do sentimento político do povo, isto é, uma reforma que não descaracterize as nossas estruturas políticas atuais, que são extremamente democráticas. A reforma também não pode vir apenas para atender interesses dos membros das organizações ou corporações políticas. Mas sim para atender a uma expectativa da sociedade.

#### **ConJur — O senhor acha que a sociedade ainda aceita o sistema eleitoral em vigor?**

**Dirley da Cunha Jr.** — O sistema de votação proporcional com lista aberta depõe contra o próprio sistema representativo. Digo isto porque nós sabemos que nesse sistema há deputados que são eleitos com números insignificantes de votos, como na eleição de 2002, em São Paulo, na qual o Enéas [Carneiro] teve uma votação extraordinária, mais de um milhão de votos. Essa quantidade de votos que ele recebeu foi destinada ao seu partido, que, por conta disto, acabou sendo contemplado com inúmeras vagas, se eu não estiver enganado, sete. O que ocupou a última vaga contava com apenas 150 votos. O que esse parlamentar com 150 votos vai representar? A sociedade não tolera mais esse tipo de coisa. Não tem nenhuma forma de saber se o candidato no qual votou será ou não o vitorioso. A sociedade está farta

deste sistema. A mudança é uma necessidade.

**ConJur — Qual sistema o senhor acha melhor?**

**Dirley da Cunha Jr.**— O sistema eletivo que adote o voto distrital puro. Aquele voto que privilegia a representação popular, ou seja, a maioria dos eleitores. Os parlamentares seriam eleitos a partir do voto majoritário, mas nos seus respectivos distritos. Tomando como base o estado da Bahia, que tem direito a 39 vagas na Câmara dos Deputados, dividimos o estado em 39 distritos, que são circunscrições territoriais que tenham quase ou idêntica quantidade de eleitores, de tal modo que, os candidatos iriam concorrer em cada distrito, que elegeria um representante.

**ConJur — De 1988 para cá, a Constituição perdeu sua essência?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não. Por mais que ela tenha sido bombardeada pelas 86 emendas constitucionais e sofrido essa avalanche ao longo de 27 anos incompletos, a nossa Constituição não perdeu a essência. Continua com toda sua matriz voltada a consolidação e a garantia de um estado amplamente democrático de direito, fundado no discurso da dignidade da pessoa humana, da cidadania, do pluralismo e uma sociedade aberta. É um papel que continua pretendendo desempenhar. A Constituição se efetivou em boa parte, sobretudo por conta do Judiciário. Não nego a participação dos outros poderes, mas quando eles deixam de atuar, permitem ao Judiciário, supletivamente, intervir nas políticas públicas.

**ConJur — De quem é a competência para decidir sobre biografias não autorizadas. Do Congresso ou do STF?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Uma coisa não afasta a outra. É óbvio que o Congresso, enquanto instância política, deve se preocupar muito com essas discussões a partir de um diálogo social para legislar. Mas isso não impede que, em um momento posterior, essa decisão congressional se submeta a uma jurídica do Supremo. O Congresso Nacional decide a partir de aspectos políticos enquanto o Judiciário se pauta em argumentos e princípios jurídicos. Nem sempre as decisões políticas estão em consonância com a técnica jurídica à luz da Constituição. Como a política foi bastante absorvida pela Constituição, deve também se adequar aos princípios jurídicos consagrados. A política passou a ser regulamentada pelo próprio Direito Constitucional.

**ConJur — O senhor escreveu um artigo no qual afirma que a separação absoluta de poderes é impossível e indesejável. Por quê?**

**Dirley da Cunha Jr.**— O poder é um fenômeno social-cultural único, não podendo ser dividido. O que se divide são as funções. Ou seja, as funções Executiva, Legislativa e Judiciária pertencem a um poder, que é do Estado. Um regime de separação absoluta além de incoerente, com essa perspectiva unitária do poder, não é bom para a sociedade. O poder funciona melhor em um regime de colaboração ou mútua assistência. Não se pode afastar o Legislativo absolutamente do Executivo e do Judiciário.

**ConJur — Temos visto nos últimos meses um Legislativo com mais destaque. Para alguns estudiosos, isso se deve ao enfraquecimento do Executivo. Para um poder da República se sobressair o outro tem que perder força?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não necessariamente. Quando um poder deixar de cumprir as suas responsabilidades, ele recua e proporciona um espaço maior para o outro. O Judiciário está intervindo tanto nas políticas públicas porque não estão sendo realizadas ou são insatisfatórias. Se as políticas

públicas estivessem sendo implementadas de forma satisfatória, o espaço do Judiciário seria menor. Quando se fala em excesso da judicialização da política estamos diante de uma distorção do próprio sistema. A judicialização é o diagnóstico da disfuncionalidade do sistema. Ninguém vai à Justiça para cumprimentar o juiz, as pessoas vão para reivindicar um direito que foi negado pelos órgãos de direção política.

**ConJur — Os ataques contra o jornal francês *Charlie Hebdo* no início deste ano reacendeu um antigo debate sobre a liberdade de expressão. Há um limite a este direito nas democracias?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Certamente. Nenhum direito fundamental, por mais importante que seja, pode ser considerado de forma absoluta. Os direitos precisam coexistir e isto pressupõe a possibilidade de sua cedência diante de outros direitos. Não estou apregoando, até porque isto é manifestadamente errado, a máxima de que o direito de uma pessoa começa quando termina de uma outra. Isso é um erro gravíssimo. Os direitos não têm fim. Eles não se interrompem, não cessam. Todos os direitos precisam se harmonizar. Eles precisam ser tratados como valores relativos. Meu direito à liberdade de expressão não pode ser exercido de forma absoluta a tal ponto de aniquilar a honra alheia ou o direito de crença do outro. Tudo tem que ter um limite.

**ConJur — Então, não há direito absoluto previsto na Constituição?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não. Nenhum. A própria vida, que supostamente seria o mais importante de todos, pode ser relativizada diante de outros interesses. A Ordem Jurídica, por exemplo, permite que alguém tire a vida do outro para salvar a sua própria.

**ConJur — Não ser torturado, por exemplo, não seria um direito absoluto?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Pode até se dizer que é um direito absoluto. Mas, a tortura não seria permitida, em um estado declarado de guerra, em que se permite até a pena de morte? Não estou defendendo a invasão a este tipo de direito fundamental. Ninguém em sã consciência defende, em nenhuma hipótese. Por outro lado, não se pode dizer que todo cidadão tem o direito absoluto de não ser torturado. Tem o direito à vida, à integridade corporal e moral. Mas todos esses direitos têm que coexistir. Depende também do conceito de tortura. Muitas vezes quando se fala em tortura, a gente imagina que é aquele sofrimento imposto a partir das medidas pré-históricas, como o choque elétrico, perfurações no corpo... Mas há situações em que pode ser considerada uma tortura um simples fato de tirar o fio cabelo de uma pessoa para fazer exame de DNA. Ou ao extrair uma matéria humana da placenta de uma mãe. Ou ainda colher um material genético de um pai para fazer também um exame de DNA.

Assim como os direitos têm limites, as restrições aos direitos têm limites. Tudo tem que ter o meio-termo. Hoje no Direito Constitucional, nós falamos muito da Teoria do Limite dos Limites. Hoje, nos preocupamos muito em construir categorias jurídicas que possam condicionar a própria limitação dos direitos. Se temos uma Teoria do Limite dos Limites, partimos da premissa que os direitos fundamentais podem ser limitados. Todos podem ser limitados.

**ConJur — O senhor é a favor da revisão da Lei da Anistia?**

**Dirley da Cunha Jr.**— A revisão legislativa é importante. Embora o Judiciário já tenha feito de uma maneira não satisfatória, na minha visão. O Supremo não foi muito feliz quando reconheceu a recepção da Lei da Anistia. Mas nada impede que o Congresso Nacional, como instância política, possa a qualquer momento fazer uma revisão. Agora, diante do que o Supremo já decidiu a respeito, o espaço

que o Congresso Nacional teria pra discutir a revisão da Lei da Anistia seria muito pequeno, porque situações já consolidadas no passado, e preservadas, não poderiam ser mais modificadas pelo legislador. O Congresso não pode desconstruir a situação já consolidada.

**ConJur — Se o Supremo revisar a Lei da Anistia e entender que é inconstitucional, criaria uma insegurança jurídica?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Totalmente. Acho isso pouco provável. O Supremo já decidiu e, praticamente, virou a página. Juridicamente, nada impede que, diante de uma nova ação, o STF faça uma nova análise, tentando vencer um obstáculo. Uma nova ação, em tese, não caberia. Mas, o Supremo é Supremo, faz o direito ali e desfaz acolá. Eu, particularmente, como sou crítico da decisão do STF, que reconheceu a legitimidade constitucional da Lei da Anistia, sou a favor da revisão. Acho que seria ótimo. Tecnicamente, acho que é possível. Do ponto de vista do cidadão, seria muito bom revisar, reinterpretar e derrubar.

**ConJur — Questões constitucionais são questões políticas?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Nem todas, mas via de regra, sim. Porque as questões constitucionais, pelo menos, as mais importantes, envolvem decisões e transformações políticas.

**ConJur — O que o senhor pensa sobre o quinto constitucional?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Em relação aos tribunais, sou completamente contrário.

**ConJur — Por quê?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não se justifica. O Judiciário é um local para juízes que ingressaram mediante prévio concurso público de provas e títulos, que se prepararam para isto e integram a carreira da magistratura. De tal modo que, se o advogado pretende advogar, o Ministério Público pretende continuar como Ministério Público, assim permaneçam. Ingressar no Judiciário pelo quinto constitucional, ou por outras formas previstas na Constituição, sem concurso público, é, a meu ver, antirrepublicano. É fácil obrigar, por exemplo, uma empresa pública, ou uma sociedade de economia mista, a realizar concurso público. E não vai obrigar um desembargador, que é um cargo do tribunal?

**ConJur — A seu ver, o quinto constitucional é inconstitucional?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não. A Constituição prevê. Nós temos que tirar da Constituição por meio de emenda supressiva. Não há problema nenhum.

**ConJur — O senhor acha que magistrado oriundo da advocacia ou do Ministério Público tem a visão de um juiz?**

**Dirley da Cunha Jr.**— De forma nenhuma. Eles não tiveram a experiência de magistrados que ingressaram por concurso público. Um juiz de carreira, que estuda muito, presta concurso público e é aprovado, ingressa no cargo de juiz substituto e vai para o interior. Fica lá por muitos anos, exerce a função jurisdicional, ganha experiência e convive com o jurisdicionado. O preparo que um juiz de carreira tem é diferente de um advogado, por mais experiente que seja.

**ConJur — O senhor é a favor do ativismo judicial?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Totalmente. Mas do ativismo que se volte para os direitos fundamentais e para a garantia da democracia constitucional. Quando a gente fala em ativismo, tem que considerar também

que há um lado ruim. Me considero ativista a partir do lado bom, que é exatamente o de potencializar a Constituição para atender os direitos das pessoas e não para salvaguardar direitos conservadores. Ou interesses de um Estado mínimo, que é antissocial.

**ConJur — O ativismo judicial em matéria criminal é um risco para a democracia?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Se for um ativismo voltado para o garantismo penal racional e equilibrado, não vejo como um risco. Vai depender do que se entende como ativismo judicial em matéria penal.

**ConJur — A redução da maioridade penal é constitucional?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Sou contra a redução da maioridade penal e entendo que é inconstitucional. A maioridade penal aos 18 anos é uma garantia do jovem. Reduzir de 18 para 16 anos é uma violação a cláusula pétrea, uma garantia fundamental. O menor de 18 anos não pode ser punido da mesma forma que um adulto. A Constituição prevê que a criança e adolescente são alvos prioritários nas políticas públicas. A Constituição evita falar em absoluto. Mas, nesta questão, fala que a prioridade da criança e do adolescente é absoluta. Diante disso, tendo a ideia de prioridade absoluta e da garantia de que o menor de 18 não pode ser punido, uma emenda constitucional não pode reduzir a maioridade penal.

**ConJur — O senhor acha que a delação premiada é inconstitucional?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não vejo, particularmente, nenhuma inconstitucionalidade. A única condição que apresento é a necessidade da delação ser avaliada com critérios mais seguros. Deve haver, após a delação premiada, uma investigação detalhada e se constar a veracidade dos fatos passar a responsabilizar os culpados.

**ConJur — O [Anuário da Justiça Brasil 2015](#) mostrou que de cada 10 leis julgadas em ADIs pelo STF, seis são inconstitucionais. Como o senhor avalia esses dados?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Mostra que o legislador está precisando aprender a legislar. Temos aí 60% de atividade legislativa divorciada da Constituição. Tem um abuso do Poder Legislativo. Isto é muito sério.

**ConJur — As comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas cumprem bem o seu papel de avaliar a constitucionalidade das leis?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Esses dados estatísticos mostram que não. Só seguem para a decisão plenária as propostas que são aprovadas pela CCJ. Se não for para o plenário, sob o argumento de que é inconstitucional, a proposta é arquivada. Se temos 60% de decisões que reconhecem inconstitucionalidade de lei, é porque estamos com um grave problema. É claro, que esse dado deve ser avaliado com muito critério porque nem todas as leis são objeto de ADIs, mas as que causam uma polêmica.

**ConJur — Diante disto, o que o senhor propõe?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Existe um modelo na França que é muito interessante. Foi proposto aqui pelo ex-ministro Cezar Peluso. Lá existe um órgão chamado Conselho Constitucional, que pode ser provocado quando há dúvida acerca da constitucionalidade de proposta que tramita no Congresso. Se a decisão for pela inconstitucionalidade, a proposta é arquivada. Se for pela constitucionalidade, e aprovada, torna-se definitiva. Talvez, esse modelo devesse ser adaptado aqui. O próprio Supremo poderia fazer este papel de órgão para o controle preventivo.

**ConJur — Mas, o Supremo não está sobrecarregado?**

**Dirley da Cunha Jr.**—

Para resolver essa questão da “superpopulação” processual, nós precisamos criar um tribunal constitucional. E atribuir a ele a exclusividade do controle de constitucional. E o Supremo seria um tribunal superior da jurisdição ordinária.

**ConJur — Esse tribunal constitucional estaria acima do Supremo?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não. Teria competência exclusiva para julgar as ações de controle concentrado. Não seria uma quinta instância. O Supremo continuaria a ser a última instância recursal. O tribunal teria na faixa de 15 ministros de investidura eclética. O presidente da República e o Congresso indicariam.

**ConJur — O Supremo deveria ter o “voto da corte”?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Acho que não é uma boa medida para nós. Acabaria evitando a pluralidade de decisões.

**ConJur — A repercussão geral e a súmula vinculante trouxeram segurança jurídica?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não trouxeram, mas pretendem reduzir a insegurança. Temos poucas súmulas vinculantes. E a repercussão geral, hoje, é mais admitida do que o STF consegue julgar. Ao analisar quantos processos estão sujeitos a repercussão geral no Supremo, ficamos assustados. E só uma quantidade mínima foi julgada após o reconhecimento da repercussão geral.

**ConJur — O que pensa sobre o atual sistema de escolha de ministro do Supremo?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Sou completamente contrário. Tudo se centraliza na autoridade de uma única pessoa, que é o presidente da República. O mais correto seria indicações de determinados setores da comunidade jurídica. Indicações que acolhessem a magistratura, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e aí teríamos representantes destes setores no Supremo.

**ConJur — Deveria ter um prazo para o presidente indicar o ministro do Supremo?**

**Dirley da Cunha Jr.**— Não tenha dúvida. O prazo de vinte dias seria um parâmetro objetivo.

**Date Created**

10/05/2015