

INTRODUÇÃO

Vivemos uma era de “*expansão global do Poder Judiciário*”.¹ Se durante o século XIX a *judicial review of legislation* era uma peculiaridade institucional norte-americana, no limiar do século XXI nada menos que cento e cinquenta e oito países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.² Em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*,³ e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, vem se proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.⁴ Além disto, houve notável avanço na tutela internacional dos direitos humanos, com a celebração de um sem-número de tratados internacionais,⁵ e com a criação de órgãos supranacionais delineados à feição de tribunais para zelar pelo respeito dos Estados signatários aos direitos humanos no âmbito dos seus territórios.⁶

Este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos EUA, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison*⁷ (1803); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p.ex. Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i.e. Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras

¹ A expressão se celebrou com o seminal estudo de “**The Global Expansion of Judicial Power**”. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

² GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81.

³ CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, v. 5 – n. 9 – jul/dez. 2004, p. 105.

⁴ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Constitutional Law**. Vol. 49. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em 20.12.2010, às 14:00h.

⁵ Convém destacar a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos (1966), e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (1953), e a “Convenção Americana de Direitos Humanos” também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (1978). V. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶ P. ex.: Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Tribunal de Nuremberg, por sua vez, consiste num marco fundamental de duas premissas básicas da internacionalização dos direitos humanos: a limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que o indivíduo tem direitos protegidos no âmbito internacional. *Ibid.*, p. 129.

⁷ Como se sabe, neste célebre caso a Suprema Corte dos EUA asseverou que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria uma consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição. Ver a descrição do caso e do contexto político que lhe era subjacente no item 2.1.

militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).⁸⁻⁹

Há grande dificuldade na sistematização das condições facilitadoras da “expansão global do Judiciário”, tendo em vista as diferentes culturas jurídicas e cenários políticos. Nada obstante, a leitura tradicionalmente feita do fenômeno o vincula à constatação de que as instituições democraticamente legitimadas também podem violar os direitos fundamentais.¹⁰

No século XIX, os países europeus, ao contrário dos EUA,¹¹ não nutriam, via de regra, desconfiança em relação à tutela dos direitos individuais pelo Parlamento, pois as verdadeiras ameaças, neste particular, vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém dotado de legitimidade democrática,¹² era visto como “curador” das liberdades fundamentais em face de eventuais invasões do Executivo nesse reduto inexpugnável de autonomia individual, sendo natural, portanto, a preeminência do princípio da legalidade ao da constitucionalidade.

Entretanto, especialmente a traumática experiência dos regimes facistas “democraticamente” eleitos durante a Segunda Guerra Mundial revelou um perigo interno à democracia, qual seja, o risco de instituições democráticas violarem as liberdades fundamentais. Com efeito, a partir do segundo pós-guerra se verificou uma forte tendência de positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e em tratados internacionais, e de criar “tribunais” (v.g. Cortes Constitucionais e “Tribunais

⁸ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 82/88.

⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 7 e 8.

¹⁰ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**, USA: Cambridge University Press, 2003, p. 2.

¹¹ Há, sobretudo, uma razão histórica para a desconfiança nutrida pelos colonos norte-americanos em relação ao Legislativo: em sua luta de independência contra a Inglaterra, uma das principais bandeiras dos colonos era a lesividade da onipotência do Parlamento inglês aos seus direitos individuais, sintetizada pela fórmula “*no taxation without representation*.” Ver o item 2.2.

¹² Para os padrões de democracia da época, que se compatibilizavam com a redução do *demos* aos proprietários.

Internacionais”) cuja função principal é a de monitorar violações a direitos fundamentais.¹³

Note-se que a atribuição dessa função a órgãos contramajoritários é proposital, pois as garantias de independência política dos seus membros lhes garantiriam a imparcialidade necessária para zelar pela observância desses pressupostos materiais às democracias contemporâneas inclusive em face de instituições democraticamente legitimadas. Substituir-se-ia, assim, um conceito de democracia como regra da maioria - institucionalizado através da supremacia do Parlamento - por uma “democracia constitucional”, na qual direitos das minorias são entrincheirados em uma lei superior, e zelados por tribunais insulados da política através da jurisdição constitucional. Assim, ao evitar que a democracia se degenere em uma tirania da maioria mediante a proteção dos seus pressupostos morais, a jurisdição constitucional não acarretaria lesão, mas fortalecimento da democracia.¹⁴

Todavia, a chamada “dificuldade contramajoritária”¹⁵ do controle de constitucionalidade das leis não parece ser um problema tão simples de ser superado. Mesmo em relação às liberdades fundamentais, a questão é complexa, pois não é trivial afirmar que o Judiciário apresenta melhores condições para a sua tutela do que o Legislativo, muito menos que as decisões judiciais são necessariamente mais reverentes aos direitos individuais do que as leis.¹⁶ Ainda mais difícil é sustentar ambas as assertivas em face da interpretação e aplicação de toda e qualquer norma constitucional, tendo em vista que as Constituições contemporâneas não mais se limitam a estruturar o Estado e a dispor sobre direitos de primeira geração (como as Constituições-Garantia), mas positivam - sob a forma de regras, princípios e políticas públicas¹⁷ - direitos de diversas gerações (direitos sociais prestacionais, direitos difusos e coletivos etc) e

¹³ Neste sentido o seguinte comentário de Konrad Adenauer durante a Convenção Constitucional que resultou na Lei Fundamental de Bonn: “A ditadura não é necessariamente ditadura de uma só pessoa. Também há ditadura de uma maioria parlamentar. E nós queremos proteção contra tal ditadura sob a forma de uma Corte Constitucional.” V. VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

¹⁴ Ver DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

¹⁵ A expressão foi consagrada na clássica obra de BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Cuida-se, em síntese, do déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos e isentos de responsabilidade eleitoral no tocante à invalidação de decisões tiradas pela maioria dos representantes do povo, sobretudo quando a decisão judicial se fundar em princípios morais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais.

¹⁶ Ver, p. ex., a síntese da crítica de Jeremy Waldon à *judicial review* no item 5.2.1.

¹⁷ Sobre a distinção ver DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

dispositivos sobre os mais diversos assuntos (administração pública, tributação, orçamento, finanças públicas, ordens econômica e financeira, saúde, educação, cultura, desporto, ciência, comunicação social, meio ambiente, família, menores, idosos, índios etc).¹⁸

Note-se, a propósito, que observadores do direito constitucional comparado têm percebido que o fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” não tem se traduzido apenas na “globalização da jurisdição constitucional”, mas também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da política.¹⁹ De fato, com uma frequência impressionante o resultado de eleições presidenciais - evento político mais importante em sistemas presidencialistas - tem sido arbitrado por Tribunais (Romano Prodi: Itália em 2006; Felipe Calderon: México em 2006; George W. Bush: USA 2004).

Também causa espécie perceber que os órgãos de cúpula do Judiciário têm atuado como importantes *players* em conflituosas mudanças de regimes políticos, conforme revelam decisões constitucionais sem precedentes na história: na África do Sul, a Suprema Corte rejeitou dispositivos de projeto de Constituição elaborado por uma assembleia constituinte eleita; na Coreia do Sul, a Suprema Corte reinstalou um presidente que havia sofrido *impeachment* pelo Parlamento; em Fiji, a Corte de Apelação restabeleceu Constituição derrubada por golpe de Estado.

Saliente-se que o Judiciário também vem desempenhando função de destaque na solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas. Bons exemplos são a atuação da Suprema Corte israelense na harmonização de valores seculares e religiosos em um Estado que é formalmente qualificado como “democrático e judaico”; a determinação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão do *status* da Alemanha unificada em relação à União Européia; a influência de decisões da Suprema Corte canadense acerca da posição de Quebec na federação canadense etc.

A situação não é distinta no Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem decidido, como nunca, questões políticas importantes. Citem-se, para fins ilustrativos, as decisões do STF acerca do controle judicial do processo de *impeachment* do Presidente da

¹⁸ Vide a Constituição Brasileira de 1988.

¹⁹ HIRSCHL, Ran. “The Judicialization of Politics.” In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**”. Op. cit., p. 124/129. As decisões que serão citadas em sequência foram colhidas deste trabalho.

República²⁰ e da constitucionalidade de emendas constitucionais.²¹ Especificamente quanto à fiscalização do processo democrático, merecem destaque os debates sobre a constitucionalidade de reforma constitucional que previu a reeleição para o cargo de Chefe do Executivo,²² as consequências da troca voluntária de partido por parlamentar (infidelidade partidária),²³ a obrigatoriedade de compatibilidade entre as coligações partidárias nos pleitos federal e estaduais (verticalização),²⁴ e a constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira”.²⁵ Sobre questões moralmente complexas, cite-se o exame da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias,²⁶ a tipicidade penal do aborto de fetos anencéfalos etc.²⁷

A atualidade do tema é comprovada, não apenas pela jurisprudência do STF, mas pelos recentíssimos debates travados no Congresso Nacional acerca dos efeitos da chamada “judicialização da política” no Brasil. Destaque-se o acalorado debate travado em 24 de março de 2011 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por ocasião da Proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo Deputado Ronaldo Caiado com o fito de reverter a jurisprudência do STF de que o regime de suplência na Câmara dos Deputados deve seguir a lista dos candidatos do partido político, e não da respectiva coligação. Vale trazer à baila a veemente manifestação de deputado Nazareno Fonteles: “*Se a gente deixar que eles (os juízes) tomem conta da República, estaremos caminhando, se não para uma ditadura, pelo menos para uma oligarquia comandada pelo Judiciário.*” Boa parte dos demais integrantes da CCJ anuiu às contestações de Nazareno Fonteles.²⁸

Portanto, a constatação de Alexis de Tocqueville em relação aos Estados Unidos nas décadas de vinte e trinta do século XIX, no sentido de que dificilmente havia uma

²⁰ STF, MS 21564, MS 21689-1, DJ 27/08/1993.

²¹ STF, ADI n. 939, RTJ – 151, p. 755-841.

²² STF, ADI 1805 (EC n. 16/97), DJ 14/11/2003.

²³ STF, MS n. 26602, DJ 17.10.2008.

²⁴ STF, ADI 2628, DJ 05.03.2004.

²⁵ STF, ADI 1351-3, DJ 30.03.2007.

²⁶ STF, ADI 3510, DJ 27.05.2010.

²⁷ STF, ADPF n. 54, (pendente de julgamento).

²⁸ Ver o artigo “Câmara reage ao ativismo judicial”. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impreso/politica/100/402129/camara-reage-ao-ativismo-judicial>. Acesso em 25.03.2011, às 8:00h. A Comissão de Constituição e Justiça aprovou inclusive a realização de seminário intitulado “Separação dos Poderes: Legislativo x Judiciário”.

Note-se que o deputado Nazareno Fonteles é autor de proposta de emenda constitucional (PEC n. 03/2011) destinada a alterar a redação do art. 49, V, da CF/88, para autorizar o Legislativo a, por maioria simples, sustar a eficácia não só dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, mas também das decisões judiciais que invadam as competências do Legislativo.

controvérsia moral e política que também não se tornasse uma controvérsia judicial,²⁹ parece se aplicar atualmente a uma quantidade considerável de países,³⁰ inclusive e notadamente ao Brasil. Mais do que isto, diriam os críticos do fenômeno - não sem um certo exagero - que a influência das Constituições nas culturas políticas contemporâneas se assemelha àquela desempenhada pelo Novo Testamento na Idade Média,³¹ na medida em que a constitucionalização dos mais diversos problemas políticos e sociais parece sugerir que toda a sabedoria estaria concentrada neste documento superior, que, assim, conteria resposta para os mais profundos dilemas existentes no seio de sociedades divididas pelo pluralismo.

Já se pôde perceber que o fenômeno da expansão do Judiciário é assaz complexo e pode ser analisado desde ângulos muito distintos. Contudo, o objetivo da presente tese é o de examinar criticamente a assertiva de que, (i) a partir do momento em que se instituiu a jurisdição constitucional em um país coube ao Judiciário, de forma estável e inquestionada, a “última palavra” na interpretação constitucional (argumento histórico); e que (ii) a supremacia da Constituição exige que a interpretação judicial da Constituição seja definitiva, sob pena de os poderes políticos não se virem efetivamente limitados pela Constituição, e, assim, disporem de poderes absolutos (argumento normativo). A noção de que a interpretação judicial da Constituição não produz efeitos preponderantemente para o passado - i.e. dirimir divergência sobre casos concretos ou sobre a validade de leis -, mas também para o futuro, vinculando os poderes políticos no exercício das suas atribuições (supremacia judicial),³² é colhida na jurisprudência das Supremas Cortes brasileira e norte-americana,³³ além de ser o senso comum na doutrina brasileira.

Todavia, a perspectiva de que as Constituições escritas exigem um único intérprete afastado das pressões da política eleitoral, de maneira que, onde quer que haja efetiva supremacia da Constituição, caberá ao Judiciário ditar o seu sentido de forma não apenas obrigatória para os demais poderes, mas “final”, parece um formalismo estéril, porquanto desconectado da realidade das relações travadas entre os poderes. Com efeito, considerar que, diante da presença da supremacia da Constituição, a

²⁹TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na America**. 2. ed. - São Paulo : Itatiaia: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

³⁰HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 1.

³¹ Conferir LAZARE, Daniel. “America the Undemocratic”. **New Left Review** 232 (1998): 3-31.

³² O termo será mais bem explicado no item 1.2.2

³³ Cf. o próximo item.

“*autoridade interpretativa do Judiciário é absoluta, ahistórica e efetiva politicamente*” somente se afigura precedente caso também se acredite que a interpretação da Constituição é uma atividade puramente jurídica, ou seja, uma atividade técnica que se resume a aplicar o instrumental da hermenêutica constitucional ao texto constitucional.³⁴

Porém, dada a abrangência dos conflitos tratados pelas Constituições contemporâneas e pelas Supremas Cortes, não parece crível sustentar que a interpretação da Constituição seja apenas direito, vale dizer, uma atividade exclusiva dos juristas. Ao revés, nítida é a importância da política, das instituições políticas e da sociedade civil organizada na construção de respostas para a solução de problemas constitucionais complexos.

Além disso, já Alexander Hamilton, um dos grandes artífices da *judicial review*, afirmava que o Judiciário é “o menos perigoso dentre os poderes”, pois não tem a “espada nem a chave do cofre”.³⁵ Desta forma, não deve causar surpresa o fato de o Judiciário não ter condições para reagir às mais sérias investidas dos poderes políticos aos direitos fundamentais, como, p. ex, na hipótese da instituição de um regime autocrático.³⁶ Conforme será destacado, mesmo em um regime democrático os poderes políticos contam com instrumentos de reação a interpretações judiciais indesejadas que não são percebidos pela teoria jurídica convencional.

Portanto, se a supremacia da Constituição e a positivação formal da jurisdição constitucional não constituem condições suficientes para a expansão do Judiciário, convém perquirir as condições e os limites que pautam este fenômeno. Nesta esteira, buscaremos conectar a historiografia do direito constitucional,³⁷ a filosofia do direito,³⁸

³⁴ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history.** New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 25/26.

³⁵ HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista.** Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78 (pp. 469/477).

³⁶ Ilustra singularmente o exposto, a veemente reação do saudoso Ministro Nelson Hungria em face das acusações de setores da imprensa de que o STF não teria oferecido a resistência devida à ditadura militar que se instalou no Brasil a partir do golpe de 1964: “Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, assim como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não deve ser obscurecida por aqueles que parecem supor que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de um arsenal de livros de direito, disponha de um arsenal de schrapnells e de torpedos.” V. COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**, p.135.

³⁷ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Editorial Trotta, 2001. Id. **Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones.** 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard

a teoria constitucional³⁹ e a ciência política⁴⁰ contemporâneas, visto que cada uma traz valiosos aportes sobre o tema em apreço, os quais, entretanto, permanecem em boa medida desconectados pela falta de “diálogo” entre tais disciplinas.

Assim, o *objetivo principal da primeira parte do trabalho é recontar a história da supremacia judicial* de uma forma menos idealizada do que a exposta pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira, cujas principais decisões nesse particular serão sumariadas no próximo item. Após serem identificados os pressupostos para a expansão do Judiciário e a evolução do sistema político-institucional brasileiro e da jurisprudência do STF, buscaremos, na segunda parte do trabalho, examinar as principais críticas à supremacia judicial, para, em seguida, empregar a doutrina dos diálogos constitucionais com vistas a obter teoria que, a um só tempo, seja mais próxima das relações efetivamente travadas entre o Judiciário e os poderes políticos, e que dê uma resposta satisfatória para os problemas de legitimidade democrática decorrentes da expansão do Judiciário.

University Press, 2005. COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. (vol. I a IV). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

³⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

³⁹ Cf. BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004. SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001; TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988. PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004. POST, Robert; SIEGEL, Reva. “**Democratic Constitutionalism and Backlash**”. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. Vol. 42. GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ESKRIDGE Jr., William N. “**Overriding Supreme Court Statutory Decisions**”. Yale Law Journal, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991.

⁴⁰ Cf. GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004; FRIEDMAN, Barry. “**The Politics of Judicial Review**”. Texas Law Review, vol. 84, n. 2, 2005. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

1 - APRESENTAÇÃO DO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

1.1 A afirmação da supremacia judicial

1.1.1 Os precedentes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana

As Supremas Cortes dos EUA brasileira e norte-americana se autointulam as últimas intérpretes das respectivas Constituições, conforme revelam, especialmente, as decisões proferidas na ADI n. 2860⁴¹ e no caso *City of Borne v. Flores*.⁴²

A primeira ação se referia à existência de foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais em face de ex-detentores de cargos públicos, questão que, diante do reiterado silêncio das Constituições brasileiras, tem recebido soluções distintas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o STF entendeu que o foro especial se mantinha após o indivíduo deixar o cargo, independentemente de o ato ensejador do processo relacionar-se, ou não, com o exercício do respectivo *munus* público, bastando que fosse praticado “durante o exercício funcional”.⁴³ Ocorre que o Supremo cancelou a referida súmula,⁴⁴ sem que tenha havido alteração no texto constitucional interpretado.⁴⁵ Passou então o Tribunal a rejeitar o foro especial aos ex-detentores de cargos públicos, mesmo que o respectivo ato tenha sido praticado no exercício de função pública, como propunha, em voto vencido, o Ministro Sepúlveda Pertence.⁴⁶ Contudo, no “apagar das luzes” do governo Fernando Henrique Cardoso foi editada a Lei n. 10.628/2008, que positivou a

⁴¹ Julgada em conjunto com a ADI n. 2797 (STF), DJ 19.12.2006.

⁴² 521 US 507 (1997). Cf. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 1314 et. seq.

⁴³ Tal entendimento se consolidou na Súmula n. 394, editada sob a égide da Constituição de 1946, assim vazada: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

⁴⁴ STF, INQ. 687/QO, RTJ 179/912, p. 938.

⁴⁵ De fato, apesar de o Relator haver reconhecido a relevância da tese que prevalecera durante anos no órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, rechaçou o argumento - até então acolhido - de que a persistência do foro por prerrogativa após o encerramento da função pública seria fundamental à garantia do livre desempenho do cargo. Inversamente, o Tribunal passou a atribuir maior peso aos fundamentos que suportavam a tese então minoritária. Cite-se, por exemplo, a circunstância de as Constituições brasileiras não terem estabelecido, expressamente, o foro por prerrogativa para ex-detentores de função pública, o acúmulo de processos no STF, o fato de a competência especial consistir em prerrogativa e não em privilégio, protegendo, assim, o cargo, e não a pessoa, a excepcionalidade do foro privilegiado em um regime republicano, do que decorre a necessidade de interpretá-lo restritivamente, os parcos exemplos buscados no direito comparado etc.

⁴⁶ Além do Ministro Nelson Jobim, os Ministros Néri da Silveira e Ilmar Galvão, que acompanharam a divergência.

concepção do Ministro Sepúlveda Pertence, a qual, ao limitar o foro especial aos “atos administrativos do agente”, se colocava em um ponto intermediário entre as teses adotadas pela composição majoritária do STF no presente e no passado.⁴⁷

O Ministro Pertence, acompanhado pela maioria da Corte, julgou procedente a ADI n. 2860, proposta em face da Lei n. 10628/2002, sobretudo por considerar necessária a sublimação da sua opinião sobre a questão de fundo, para preservar as competências do STF em face de intrusões do Legislativo. A propósito, três argumentos principais foram utilizados na fundamentação do seu voto: a lei em análise, por ter como “objeto imediato” prover uma determinada interpretação à Constituição, padeceria de *inconstitucionalidade formal*, “*ínsita a qualquer norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior*”.

Além disso, apresentaria vício de *inconstitucionalidade material* lei que se destinasse a alterar a interpretação dada pelo STF à norma constitucional, pois, havendo a própria Constituição conferido ao STF o elevado mister de ser o seu guardião (art. 102, *caput*, CF/88), as decisões desse Tribunal em matéria de interpretação constitucional não poderiam ficar à mercê do referendo do legislador ordinário. Por fim, deduziu argumento que sintetiza os anteriores: *admitir a validade de lei frontalmente contrária à jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito*.

Na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA também são encontradas decisões nas quais se nega a possibilidade de o legislador ordinário reverter a sua interpretação constitucional. A mais enfática dessas decisões foi proferida no caso *City of Boerne v. Flores*, no qual se apreciou a validade de lei que visava a afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*.⁴⁸

Em *Smith*, a Suprema Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem *peyote* em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedara o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador Justice

⁴⁷ Confira a redação atribuída pela lei em comento ao parágrafo 1 do art. 84 do Código de Processo Penal: “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício de função pública.”

⁴⁸ 494 US 872 (1990). V. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. Cit., p. 1298 et seq.

Scalia, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras (i.e. vedação ao uso de drogas), sob pena de condicionar-se a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade às convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria a verdadeira anarquia, especialmente em uma nação cosmopolita como os EUA. Desta forma, o controle da constitucionalidade de leis gerais restritivas à liberdade religiosa não precisaria se submeter à rigidez do *strict scrutiny*, que exige a demonstração da adoção da medida menos restritiva dentre as igualmente aptas para a concretização de um interesse público cogente (*compelling governmental interest*). Assim, o Tribunal expressou confiança na capacidade de o legislador impor restrições às liberdades fundamentais quando reputar necessários para proteger o interesse público.⁴⁹

Por sua vez, a Justice O'Connor liderou a divergência, sob o argumento principal de que, não apenas as normas específicas, mas também as leis que instituem obrigações gerais podem impor aos cidadãos deveres que violam as suas convicções religiosas. Tendo em vista a Primeira Emenda ter qualificado a liberdade religiosa como uma atividade constitucional preferencial, lei, ainda que geral, que impuser restrição substancial a tal direito, deveria se submeter ao rigoroso teste judicial do *strict scrutiny*.⁵⁰

Se o Justice Scalia pretendia causar reação nos demais poderes e na sociedade americana, ele não poderia ter agido melhor.⁵¹ Com efeito, a decisão em *Smith* gerou coalizão sem precedentes entre progressistas e conservadores, entre políticos, acadêmicos e operadores do direito, entre os governos federal e estaduais, chegando a ser apelidado de o “*caso Dred Scott da 1 Emenda*.”⁵² Como consequência da virulência

⁴⁹ Com efeito, a submissão de leis gerais restritivas às liberdades fundamentais a parâmetro menos exigente de controle de constitucionalidade revela a preferência de uma Suprema Corte conservadora por interesses da coletividade sobre direitos individuais (in casu ordem pública versus liberdade de religião), bem como o entendimento de que tais princípios serão mais bem sopesados pelo Parlamento, através de normas gerais, do que por uma ponderação casuística do Judiciário (defesa de uma postura de autorrestrrição judicial em detrimento de métodos ativistas). A propósito da possibilidade de a deliberação parlamentar gerar risco de opressão de minorias religiosas pela maioria, Scalia salienta que esta “inevitável consequência do governo democrático deve ser preferida a um sistema em que cada consciência é uma lei para si próprio ou àquele em que os juízes sopesam a importância social de todas as leis em face da centralidade das convicções religiosas.” *Ibid.*, p. 1302.

⁵⁰ Lembra a Justice O'Connor que a necessidade de sensível controle contramajoritário sobre tais leis gerais se justificaria em razão de a história ter demonstrado “o severo impacto que a regra da maioria teve sobre grupos religiosos minoritários ou emergentes, como as Testemunhas de Jeová (...)”

⁵¹ MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitucional Interpretation**. Op. Cit., p. 1311.

⁵² No tragicamente famoso caso *Dred Scott vs. Sandford*, a Suprema Corte dos EUA julgou improcedente demanda de escravo que postulava a sua libertação, tendo em vista a sua passagem por território livre

da oposição a *Smith*, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, lei federal que, em sua seção três, *expressamente revertera a decisão proferida pela Suprema Corte em Smith*, ao submeter leis gerais restritivas à liberdade religião a um escrutínio judicial estrito, na forma do “*Sherbert test*”.

Essa frontal oposição a *Smith* foi examinada pela própria Suprema Corte quando do julgamento de *City of Boerne v. Flores*. No caso, o Arcebispo Flores teve o seu pedido de licenciamento de obra em Igreja indeferido pelas autoridades administrativas da Cidade de Boerne, no Texas, com base em norma local que se destinava a preservar o patrimônio histórico-cultural da cidade.

O pleito de revisão da decisão, deduzido com fundamento em violação ao RFRA, foi rechaçado. Isto porque a Suprema Corte entendeu que o RFRA seria inconstitucional, pois, ao superar o *holding* no caso *Smith*, representou tentativa do Congresso Nacional de corrigir a sua interpretação sobre a liberdade religiosa. Assim, o Congresso não se ateve a “dar cumprimento” (*enforcement*) às provisões da 14 Emenda, conforme previsto em sua Seção Cinco, antes se destinando a (re)configurar o conteúdo constitucional da liberdade religiosa, providência que competeria apenas ao Judiciário.⁵³

Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da Corte na identificação dos direitos fundamentais, dever-se-ia igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema, e que os poderes do Legislativo seriam ilimitados. Na esteira do raciocínio do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury v. Madison* - recorrentemente citado no acórdão -, se o sentido da Constituição pudesse ser alterado por lei ordinária, a um só tempo, a Constituição se igualaria, no plano hierárquico-normativo, às leis, e a limitação do Legislativo pela Constituição nada mais seria que uma vã tentativa dos constituintes, já que o próprio Parlamento definiria os limites a que deveria estar sujeito, convolvendo-se em autor do seu próprio poder.⁵⁴

(mercê do *Missouri Compromise*). Extrai-se da fundamentação do acórdão, basicamente, três fundamentos: (i) os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição; (ii) a Corte deveria respeitar a lei do Missouri que considerava Dred Scott escravo não obstante a sua passagem por território livre; e (iii) o *Missouri Compromise* excedera os poderes do Congresso, na medida em que, sem observar o devido processo legal, se imiscuía no direito de propriedade do “dono” do escravo. 60 US (19 How) 393 (1857). Cf. HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**, Oxford University Press, New York, 1999.

⁵³ Na hipótese em análise o Congresso considerou que leis gerais poderiam interferir no livre exercício da liberdade religiosa, direito que fora negado pela Corte.

⁵⁴ Não se negou que competisse ao Legislador interpretar a Constituição, mas apenas se afirmou que ele deve fazê-lo de acordo com as limitações constitucionais (leia-se: às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional).

Ademais, a história político-institucional dos EUA, ademais, comprovaria que a Constituição - e o ideal de governo limitado que lhe é subjacente - são mais bem respeitados quando cada poder age dentro do seu espectro de competências.

*Desta forma, a Supreme Court, da mesma forma que o STF no caso do “foro por prerrogativa de função”, considerou que lei superadora de decisão sua em matéria constitucional necessariamente desrespeitaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito, tendo sido declarada inconstitucional.*⁵⁵

Curiosamente, outra enfática afirmação da supremacia judicial se deu no caso *Cooper v. Aaron*,⁵⁶ julgado pela progressista Corte de Warren. Na hipótese, ao invés de se verificar resistências no Congresso Nacional a propósito da interpretação constitucional levada a cabo pela Suprema Corte (como em *City of Boerne*), quem resistia à determinação de desegregação racial nas escolas públicas (*Brown v. Board of Education*)⁵⁷ foram os Poderes Executivo e Legislativo estaduais. Em *Cooper v. Aaron* se discutia a constitucionalidade da decisão da escola de Little Rock, no Arkansas, de suspender por dois anos e meios um já lento programa de desegregação racial, diante dos tumultos gerados após a tentativa da primeira criança afro-americana ter aulas na escola, em boa parte estimulados pelo próprio governo estadual.⁵⁸

Na ocasião a Suprema Corte afirmou, acertadamente, que “os direitos constitucionais dos réus não podem ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governador e dos legisladores”, e, assim, desproveu o recurso da

⁵⁵ DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on *City of Boerne v. Flores*). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 645/664, 1998.

Saliente-se que em *City of Boerne* salta aos olhos intrigante paradoxo: a Suprema Corte afirmou a supremacia da sua decisão em *Smith*, que, por sua vez, confere não a ela, mas ao legislador uma liberdade quase ilimitada de configuração da liberdade religiosa, quando em potencial conflito com interesses coletivos. Por outro lado, invalidou norma (o RFRA) no qual o legislador desejava submeter as suas próprias leis a um parâmetro de controle judicial de constitucionalidade mais rigoroso (strict scrutiny). Ocorreu, portanto, uma espécie de “conflito negativo de competências”: enquanto o Judiciário entendeu competir, prioritariamente, ao Legislativo o sopesamento da liberdade religiosa com o interesse público, o Legislativo concebeu tal atividade como eminentemente judicial. Esse curioso ativismo garantidor de postura de autorrestrrição judicial pareceu decorrer da incompreensão - ou, talvez, da não-aceitação - do (pelo) Legislador do papel tímido que a Corte de Renquist se atribuíra.

Note-se que os paradoxos de *Flores* não param por aí: o fundamento para a atribuição de um “cheque em branco” ao legislador em matéria de liberdade religiosa foi *Marbury v. Madison*, precisamente o mais célebre precedente de limitação do Legislativo mediante o controle de constitucionalidade!

⁵⁶ 358 US 1 (1958).

⁵⁷ 374 US 483 (1954).

⁵⁸ O governador do Arkansas convocou as forças policiais para barrar a entrada da referida criança, além de os legislativos estaduais terem se unidos na edição de normas que tinham por finalidade anular *Brown*. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. Cit. p. 380 et. seq.

escola. Especificamente quanto ao argumento de que o governador não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown*, a Corte afirmou que em *Marbury v. Madison*

(se) declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, e que tal princípio desde então tem sido respeitado pela Corte e pelo país como uma característica permanente e indispensável do nosso sistema constitucional. Daí segue que a interpretação da décima quarta emenda enunciada por esta Corte no caso Brown é a lei suprema do país, e o art. 6 da Constituição (cláusula da supremacia da Constituição) torna tal decisão vinculante para os Estados.”⁵⁹(grifei)

A leitura das decisões proferidas pelas *Cortes de Renquist e de Warren* revela que a supremacia judicial é em si oca, na medida em que ela pode ser usada tanto para o órgão de cúpula do Judiciário fazer prevalecer uma visão coletivista sobre a relação Estado-indivíduo e uma primazia institucional do Legislativo na definição do conteúdo dos direitos individuais (*City of Boerne*), quanto para o oposto, ou seja, para estabelecer uma perspectiva individualista na relação Estado-indivíduo e uma primazia institucional do Judiciário na concretização dos direitos individuais (*Cooper*).

1.1.2 Esclarecimentos conceituais: monopólio judicial, supremacia judicial, controle de constitucionalidade, judicialização da política, ativismo judicial e departamentalismo

Neste ponto, cumpre esclarecer alguns conceitos fundamentais à exata compreensão do significado e da extensão das decisões em foco, e dos problemas por elas levantados. Admitir que o só-fato de lei conferir determinada interpretação à Constituição a condena ao vício de inconstitucionalidade significa negar que exista interpretação constitucional fora das Cortes, atribuindo-se ao Judiciário um “monopólio” ou uma “exclusividade” na interpretação constitucional. Por outro lado, admitir que a superação legislativa de jurisprudência constitucional do STF padece de inconstitucionalidade, embora tolere que o Legislador também interprete a Constituição, confere nesse particular a última palavra ao STF, adotando-se uma “supremacia

⁵⁹ *Ibid.*, p. 382.

judicial”.⁶⁰ Ambas as teses foram acolhidas pela maioria do Tribunal na ADI n. 2860, muito embora tais concepções teóricas sejam incompatíveis.⁶¹

A supremacia judicial é, portanto, um *minus* em relação ao monopólio judicial, pois, enquanto a última afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário, a primeira admite que os outros Poderes interpretem a Constituição, ressalvando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras: o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de “reserva judicial”), enquanto a “supremacia judicial” admite que o Legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última.

Por outro lado, deve-se distinguir o controle de constitucionalidade⁶² da supremacia judicial. O primeiro consiste no poder de as Cortes invalidarem leis por reputarem-nas em contradição com a Constituição, seja incidentalmente à resolução de um caso concreto, seja em tese (controles incidental e abstrato, respectivamente). Embora o controle de constitucionalidade - ao menos segundo a sua tradicional acepção - implique a exigência de que os demais agentes públicos observem a decisão proferida pelo Judiciário sobre determinada controvérsia ocorrida no passado ou sobre a validade de uma norma também em um lapso de tempo no passado, com ele não se confunde a obrigatoriedade do Legislativo e dos demais destinatários da norma constitucional adotarem a interpretação judicial da Constituição como um limite para a sua atuação futura.⁶³

A bem da verdade, a tese segundo a qual a exegese do Judiciário constitui um “precedente vinculante” para a subsequente interpretação constitucional perpetrada pelos departamentos estatais (especialmente pelo Parlamento) e pela sociedade civil é, precisamente, a supremacia judicial (em sentido estrito). Segundo tal concepção, em

⁶⁰ FISS, Owen. **Between Supremacy and Exclusivity**. Op. cit.

⁶¹ NAGEL, Robert. Judicial supremacy and the settlement function. (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores) **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 849/864, 1998.

⁶² Utilizam-se as expressões controle de constitucionalidade, *judicial review* (ou revisão judicial) e jurisdição constitucional como sinônimas, para designar a possibilidade de o Judiciário declarar leis inconstitucionais. Quando as diferenças a respeito dos modelos e modalidades de controle de constitucionalidade importarem para o argumento, haverá menção expressa à acepção a que se refere.

⁶³ MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, **Review of Politics**, 48 (1986): 407. O foco do presente trabalho está nas relações travadas entre a Suprema Corte e o Parlamento no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Assim, a influência da atuação do Poder Executivo e de atores privados só será analisada incidentalmente, quando for relevante para o objeto central da tese.

todas as questões constitucionais que possam ser submetidas aos Tribunais, o sentido que os juízes atribuíram à Constituição deve ser compreendido como definitivo não apenas para o passado (se não houver modulação de efeitos), como igualmente para o futuro, seja no âmbito do próprio Judiciário, seja no âmbito dos demais “poderes” e da sociedade. Desta feita, a regra geral extraída da decisão da Suprema Corte integraria o “bloco de constitucionalidade”, assim entendido o conjunto de normas que serve de parâmetro para a aferição da legitimidade da atuação dos poderes constituídos e dos cidadãos.⁶⁴ Ademais, tal precedente judicial somente poderá ser superado por decisão da própria Corte Suprema, ou por Emenda Constitucional que altere a norma constitucional que serviu de lastro normativo à decisão,⁶⁵ conforme se afirmou tanto no caso do “foro por prerrogativa de função” como em *City of Boerne*.

Desta forma, a partir das lentes da supremacia judicial, lei que contrarie interpretação constitucional da Corte Suprema deve ser reputada inconstitucional independentemente do exame do seu conteúdo - como se se tratasse de “questão preliminar”, na acepção processual -, como considerou a composição majoritária do STF ao reputar que a Lei n. 10.628/2008 apresentava vício de inconstitucionalidade formal. Essa tese acaba por conferir às decisões de inconstitucionalidade da Corte Suprema não apenas o efeito de invalidar a lei impugnada, mas também o efeito reflexo de atribuir ao Congresso Nacional o dever de não legislar sobre a matéria, já que ele estaria impedido de aprovar, no futuro, lei que veicule interpretação contrária à proferida pelo Tribunal.

Todavia, cumpre distinguir as acepções formal e material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar o entendimento da Suprema Corte.⁶⁶ Inequívoco, portanto, é o vínculo entre supremacia judicial e dificuldade do processo de reforma constitucional, compreendida a última não

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 919/926.

⁶⁵ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. X.

⁶⁶ *Ibid.*

apenas como o rigor formal do procedimento, mas também como a efetiva dificuldade de aprovação de uma alteração formal à Constituição.⁶⁷ Por exemplo, em um regime em que a única possibilidade prática de superar entendimento constitucional da Suprema Corte é aguardar a mudança da sua composição ou do seu entendimento, há supremacia judicial em sentido material.⁶⁸

Já a judicialização da política consiste no

*processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.*⁶⁹

O ativismo judicial, por sua vez, é a “*escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição*”, que permite “*uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.*”⁷⁰ Conforme percebeu o historiador Arthur Schlesinger, em artigo seminal publicado na Revista Fortune em 1947, este avanço dos juízes se deve ao emprego de normas e métodos fluidos, que lhes permite

⁶⁷ Este ponto pode ser ilustrado pela comparação entre as experiências francesa e brasileira. Cotejando-se o art. 89 da Constituição da Quinta República Francesa, editada em 1958 no governo de Gaulle, com o art. 60, da Constituição Brasileira de 1988, constata-se que os processos de reforma constitucional a cargo do Parlamento estão sujeitos a rigores procedimentais relativamente próximos (apreciação por ambas as Casas Legislativas pelo quorum de três quintos, sendo que o modelo brasileiro exige ainda dois turnos de votação). Enquanto no Brasil tais rigores procedimentais não foram suficientes para limitar o número de emendas (foram aprovadas nada menos que setenta emendas – contadas as seis de revisão – em vinte e um anos), na França, a história tem sido outra. Com efeito, tendo em vista o Senado representar as populações rurais mais conservadoras, tal instituição se revela avessa a mudanças, exercendo o seu poder de veto para bloquear projetos de emenda constitucional, em especial aqueles de caráter mais progressista. Esta circunstância, somada às divisões existentes entre os principais partidos políticos e mesmo no âmbito interno de cada um deles, evidencia a dificuldade de atingir-se na França a supermaioria parlamentar necessária à aprovação de reformas constitucionais. Como corolário, segundo o levantamento feito por Guy Carcassone, foram aprovadas somente oito emendas constitucionais no período entre 1958 e 1994, a maioria delas referentes a questões de relevância e de conflituosidade política reduzidas. CARCASSONE, Guy. *Constitutional Change in France*. In: **Constitutional Policy and Change in Europe**. HESSE, Joachim Jens; JOHNSON, Nevil (org.). Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 166 et seq.

⁶⁸ KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

⁶⁹ TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: “**The Global Expansion of Judicial Power**”. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995, p. 28. A outra vertente da “judicialização da política” se refere à incorporação de procedimentos e de modos de decidir tipicamente jurídicos por fóruns de decisão não judiciais. Todavia, dados os objetivos do presente capítulo, iremos nos ater a primeira vertente.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. “**Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**”. Mimeo, p. 10/11.

obter a solução para o caso concreto que produza resultados que otimizem, a seu ver, as normas constitucionais. Já os críticos do ativismo (defensores do *judicial self-restraint*) consideram que é dever do Judiciário aplicar o direito (ao invés de criá-lo), razão pela qual optam por uma metodologia mais rígida (i.e. regras e subsunção em detrimento de princípios e da ponderação), que deixa um amplo espaço para o Legislador tomar decisões sobre a concretização da Constituição, reduzindo, via de consequência, o âmbito de atuação do Judiciário.⁷¹

Todavia, o uso do termo “ativismo judicial” para designar apenas o emprego de normas e de métodos fluidos com um *animus* criativo revela um conceito ambíguo que, em seu amplo uso no debate constitucional norte-americano,⁷² tem se traduzido em pouco mais do que uma crítica a - suposta - invasão do Judiciário a domínios constitucionalmente reservados a outros poderes,⁷³ tendo-se em mira, sobretudo, o ativismo progressista da Corte de Warren. Entretanto, o ativismo judicial não se refere apenas à adoção de uma postura progressista do Judiciário na tutela de direitos fundamentais, podendo, inversamente, assumir um viés conservador, como revelam as já citadas decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA nos casos *Dred Scott v. Sanford* e *Lochner v. New York*.

Visando a definir mais concretamente os contornos do conceito, autores vêm buscando categorizar as hipóteses de ativismo segundo os seus resultados. Adaptando-se a classificação de William Marshall⁷⁴ às especificidades da jurisprudência constitucional brasileira, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de ativismo: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo; (vi) pouca deferência a precedentes.⁷⁵

⁷¹ V. KMIIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**. Vol. 92: No. 5 (Oct., 2004), p. 1446 et. seq.

⁷² Segundo Keenan Kmiec, “durante os anos noventa, os termos “ativismo judicial” e “ativista judicial” foram citados em nada menos que três mil, oitocentos e quinze artigos publicados em revistas jurídicas e periódicos em geral.” Id., p. 1442.

⁷³ MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002, p.101/102.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ver item 4.3.

Note-se que a combinação entre os fenômenos da supremacia judicial em sentido estrito, da judicialização da política e do ativismo judicial dá azo à supremacia judicial em sentido amplo. Explica-se: caso se verifique na experiência constitucional de determinado país uma associação entre (i) o condicionamento da reversão da jurisprudência constitucional da Suprema Corte à reforma constitucional, especialmente na hipótese em que tal procedimento for difícil, (ii) a submissão de virtualmente todas as questões políticas importantes ao Judiciário, e (iii) a disposição dos juízes de estabelecerem normas jurídicas ou deveres de agir com base em normas e raciocínios fluidos, cria-se um cenário ideal para o irromper da supremacia judicial em sentido amplo. Com efeito, na hipótese o Judiciário dará a “última palavra” sobre as questões constitucionais mais conflituosas e relevantes, definindo - para o passado, para o presente e para o futuro - o sentido da Constituição de forma vinculante a todos os órgãos públicos e atores privados.

Saliente-se, por fim, que os departamentalistas, ao contrário dos adeptos da supremacia judicial, negam que haja um único intérprete final para todas as questões constitucionais, na medida em que postulam que cada departamento estatal tem igual autoridade para interpretar a Constituição.⁷⁶ Há, basicamente, duas variações da teoria: i) supremacia departamental, segundo a qual cada departamento estatal goza de autoridade para proferir a palavra final sobre a interpretação de determinado subsistema constitucional; ii) interpretação coordenada, que postula a igualdade de cada departamento estatal na interpretação de qualquer norma constitucional, de maneira que o sentido da Constituição é determinado por uma interação complexa entre os “poderes”.⁷⁷

A forma pela qual se expressa tal igualdade interpretativa varia dentre os adeptos da construção coordenada: (i) Paulsen sustenta a não obrigatoriedade das decisões judiciais aos departamentos estatais que com ela não concordem⁷⁸, (ii) Greene postula que as decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte produzam apenas efeitos *inter partes* (e não *erga omnes* ou vinculantes), de maneira a autorizar os demais departamentos estatais a seguirem a sua própria interpretação da Constituição em casos

⁷⁶ MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. cit.

⁷⁷ LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*. Vol. 28: No. 3, 2006, p. 1093.

⁷⁸ PAULSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. **Michigan Law Review**, 101, 2706 (2003).

futuros,⁷⁹ (iii) Baker defende a possibilidade de o Parlamento aprovar lei ordinária idêntica à declarada inconstitucional ou contrária à interpretação constitucional da Suprema Corte (*legislative override*).⁸⁰

Não nos deteremos na refutação do monopólio judicial, à vista de haver forte confluência na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca de o legislador ter não apenas o poder, mas, sobretudo, o dever de interpretar a Constituição, seja ao tomar consciência das limitações constitucionais ao seu poder de legislar, seja na eleição da regra legal que repute mais apta a realizar os fins estabelecidos em princípios constitucionais.⁸¹ Por outro lado, a possibilidade de o Judiciário brasileiro exercer o controle de constitucionalidade, além de estar inserida na tradição constitucional brasileira, conta com positivação formal na Constituição de 1988 e amplo suporte doutrinário e jurisprudencial.

Desta forma, o foco do presente trabalho é a “doutrina da supremacia judicial”, que, além de consistir na principal tese acolhida na ADI 2860 e em *City of Boerne*, é o senso comum na doutrina constitucional brasileira. Nada obstante, percebe-se no debate acadêmico do direito brasileiro certa carência de estudos específicos que problematizem o tema - mesmo a expressão supremacia judicial ainda parece causar estranheza -,⁸²

⁷⁹ GREENE, Abner. **Against Interpretative Obligation (to the Supreme Court)**. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub7365.pdf>. Acesso em 01.02.2011.

⁸⁰ BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010. A noção de igualdade interpretativa subjacente ao departamentalismo se inspira nos escritos de Madison, sobretudo nos mecanismos de freios e contrapesos (checks and ballances) engendrados para que o poder limitasse o poder, de maneira a evitar que um dos departamentos estatais ostentasse a condição de soberano. Singularmente ilustrativa desta postura é a carta escrita por Thomas Jefferson, em resposta à raivosa mensagem que lhe dirigiu Abigail, esposa de John Adams, que se revoltara por Jefferson ter anistiado os indivíduos que foram condenados, com base no Sedition Act, por supostamente terem difamado Adams:

“Você parece acreditar que os juízes foram incumbidos de decidir sobre a validade do “Sedition Act.” Mas nada na Constituição lhes deu o direito de decidir pelo Executivo, nem o Executivo pelo Judiciário. Igualmente os magistrados são independentes na sua esfera de ação. Os juízes, acreditando que uma lei é inconstitucional, têm o direito de proferir sentença neste sentido.

(...) Mas o Executivo, acreditando que a lei é inconstitucional, está obrigado a cancelar a sua execução, pois tal poder lhe foi confiado pela Constituição. Este instrumento determinou que os poderes devem ser freios uns aos outros. Mas a opinião de que o Judiciário tem o direito de decidir quais leis são constitucionais e quais não são, não apenas na sua esfera de ação, mas também nas esferas de atuação do Legislativo e do Executivo, convolaria o Judiciário num departamento despótico.”

V. *Annals of Congress* (1789), I., p. 521. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 283.

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

⁸² As exceções – que, aliás, confirmam a regra – são as recentes e pioneiras obras de Luís Roberto Barroso e do grupo de pesquisa coordenado por José Ribas Vieira e Vanice do Valle (ambas publicadas em 2010). BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível no site

apesar do grande volume de doutrina produzida nos últimos dez anos acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil,⁸³ e o amplo debate travado nos EUA sobre a supremacia judicial.⁸⁴

Diante da tradição formalista de considerar a supremacia judicial uma mera implicação lógica da supremacia da Constituição, percebe-se uma certa subteorização das questões relativas a saber “*quem é*” e “*quem deve ser*” o intérprete final da Constituição”. Inversamente, há uma certa saturação da discussão a respeito de “*como interpretar a Constituição*”, ou, em outras palavras, do método “correto” de interpretação constitucional. É, precisamente, sobre esta lacuna que essa tese visa a

http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf; Acesso em 02.03.2011; SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁸³ Cite-se, por exemplo, os seguintes trabalhos: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004; BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros ed., 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey 2002; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁴ ALEXANDER, Larry (org.). Constitutional rules, constitutional Standards, and constitutional settlement: Marbury v. Madison and the case for judicial supremacy. **Constitutional Commentary**, v. 20, 2003. BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. BAUMAN, Richad; KAHANA, Tsvi. **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Marck C. “The City of Boerne: an interbranch perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998. DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005. ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Decisions. **Yale Law Journal**, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. KATYAL, Neal. Legislative Constitutional Interpretation. Disponível em <http://www.jstor.org/pss/1373024>. Acesso em 10.03.2010. LIPKIN, Robert Justin. What’s wrong with judicial supremacy? What’s right about judicial review? **Widener Law Review**, vol. 14, 2008, pp. 1-51. MARTEENS, Allison M. (2007): “Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations”. **Perspectives on Politics**, Vol. 5, No. 3, pp. 447-459. MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, **Review of Politics**, 48 (1986): 407. PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004. POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42. SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On Extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, 1997, pp. 1359-1387. SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. **California Law Review**, vol. 93, 2004, pp. 1045-1067.

projetar algumas luzes, com a finalidade de fomentar o debate, pois não se tem a pretensão de dar-se a “última palavra” sobre questão tão complexa e ainda pouco abordada pela doutrina nacional.

Por fim, cumpre esclarecer que se optou por abordar a supremacia judicial em sentido amplo por acreditarmos que os seus elementos - supremacia judicial em sentido estrito, judicialização da política e ativismo judicial - se inserem, cada qual à sua maneira, no fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário”, apresentando, portanto, condições facilitadoras e limites comuns. Desta forma, parece-nos que uma análise exclusiva do debate normativo ligado à supremacia judicial em sentido estrito deixa de capturar aspectos fundamentais à compreensão e ao tratamento do fenômeno.

1.2 Problematização da supremacia judicial e as hipóteses principais da tese

A análise combinada das decisões proferidas na ADI 2860 e em *City of Boerne v. Flores* revela que o Supremo Tribunal Federal e a *Supreme Court* se alinharam na solução de questão semelhante, vale dizer: diante de leis que positivaram - total ou parcialmente - a sua jurisprudência superada, contida nos votos vencidos proferidos quando da fixação da orientação mais recente, os Tribunais consideraram que o Parlamento excedera os poderes que lhe foram constitucionalmente atribuídos, imiscuindo-se na seara reservada ao Judiciário. As Cortes sequer se dignaram a rever o juízo sobre a constitucionalidade de determinada diretriz normativa, antes reputaram as respectivas leis inconstitucionais pelo simples fato de serem contrárias às suas mais recentes interpretações da Constituição. Claro está que ambas as decisões perfilharam a tese da supremacia judicial em sentido estrito.

Note-se que o *principal fundamento das decisões é de natureza normativa*, e foi colhido na célebre decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* - citada reiteradamente em ambos os casos. Em *Marbury v. Madison* o Justice Marshall sustentou, em síntese, que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana nesse particular, seria um

corolário da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição.⁸⁵

Com base em semelhante itinerário lógico, as Supremas Cortes norte-americana e brasileira extraíram dos mesmos pressupostos a supremacia judicial, que, como visto, é um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade. Efetivamente, em *City of Boerne v. Flores* e na ADI 2860, as Cortes entenderam que a edição de lei contrária à sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito, pois, a admitir-se lei deste teor, o Legislativo poderia definir o sentido das normas constitucionais que lhes deveriam servir de limite. De resto, a possibilidade de o Judiciário interpretar a Constituição com o efeito de impedir o legislador de, no futuro, editar norma em sentido contrário, foi compreendida como consequência natural da “natureza legal” da Constituição.

Além do argumento normativo, a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA no caso *City of Boerne v. Flores* se embasa em um *argumento histórico*, já que em sua fundamentação se encontra a assertiva de que a história nacional dos EUA comprovaria que o respeito à Constituição e ao Estado de Direito seria mais bem garantido caso se reconhecesse que a última palavra na interpretação da Constituição compete ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte.

A principal hipótese desta tese é a de que as justificativas normativas e históricas apresentadas pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira para o suporte da supremacia judicial são incorretas. Com efeito, não se pode considerar que a supremacia judicial é uma dedução lógica da supremacia da Constituição, nem que ela se afigura presente de forma estável desde a implantação do controle de constitucionalidade, seja nos EUA, seja no Brasil (ou em qualquer outro país). Portanto, o desafio básico de qualquer estudo sobre a supremacia judicial consiste em desvendar o “mito de Marbury” reproduzido nas decisões em comento, isto é, questionar a ideia de que a autoridade do

⁸⁵ Com efeito, a supremacia da Constituição implicaria a invalidade de lei que lhe seja contrária, pois a admissão de que uma lei inconstitucional possa subsistir validamente na ordem jurídica significaria a prevalência da lei sobre a Constituição. Além disso, caso se atribuísse ao legislador plena liberdade de configuração da Constituição o resultado seria o caráter absoluto do seu poder, o que contrastaria com o ideal de limitação do poder estatal insito à cláusula do Estado de Direito. Por fim, sendo a Constituição a “lei” de maior hierarquia num ordenamento jurídico, a incompatibilidade entre uma lei ordinária e a Constituição assume a feição de um conflito entre normas jurídicas em sentido lato, de maneira que o seu deslinde consiste em atividade de interpretação do direito, província típica de atuação do Judiciário. Sobre o caso *Marbury v. Madison* ver a seção 2.1.

Judiciário para dizer a palavra final sobre o sentido da Constituição, inclusive para o futuro, seja um corolário natural do constitucionalismo.⁸⁶

Quanto ao argumento normativo, que - como visto - considera que a atribuição ao Judiciário da condição de último intérprete da Constituição é consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, *um equívoco merece desde logo ser ressaltado*. Refere-se ao fato de que o sentido de um texto não pode ser dado pelo próprio texto, mas por alguém que lhe seja externo, na medida em que os proferimentos linguísticos têm os seus significados constituídos por atitudes e convenções sociais.⁸⁷ Os dispositivos legais não são diferentes: mesmo os comandos mais precisos (regras) não são bastantes em si; ao contrário, necessitam de uma instância externa para determinar o seu sentido.⁸⁸

Todavia, o aspecto realmente problemático da fundamentação da supremacia judicial a partir da supremacia da Constituição - que, evidentemente, é um texto normativo - se revela na aplicação judicial de princípios constitucionais. Com efeito, diante da sua imprecisão semântica, são frequentes os casos em que há um desacordo razoável entre instituições sobre a melhor interpretação de um princípio constitucional.⁸⁹ A defesa de que o Judiciário apresenta condições para tomar decisões melhores do que os demais poderes na interpretação de toda e qualquer norma constitucional não é trivial, e certamente não se extrai de uma dedução lógica do texto da Constituição de 1988.

Assim, não se pode concordar com o Min. Carlos Mário Velloso, que afirmou que “*o art. 84, p. 1, do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição*”.⁹⁰ Tal assertiva - com a devida *vênia* ao eminente Ministro - parte de uma premissa

⁸⁶ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 9.

⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

⁸⁸ STRUCHINER, Noel. “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 463/483.

⁸⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

⁹⁰ Vejam-se os seguintes trechos do voto do Min. Carlos Velloso na ADI 2860:

“O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição. (...) O art. 84, p. 1, do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição. É que a revogação da súmula n. 394, pelo Supremo, se fez mediante a interpretação da Constituição pelo seu guardião-maior.”

juriscêntrica que vislumbra um vínculo normativo entre decisão do STF e Constituição, que é, absolutamente, inexistente.⁹¹ Essa mítica associação entre os pronunciamentos do STF e o poder constituinte lembra a metáfora de Hermes, semi-Deus grego que, por intermediar a linguagem dos deuses e dos mortais, tornou-se tão poderoso que “*nunca se soube o que os deuses diziam, somente se soube o que Hermes dizia que os deuses diziam.*”⁹²

É flagrante o risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição - já que esta lhe conferiu a competência para protegê-la -, atuar como substituto do poder constituinte, dotando as suas decisões de uma eficácia inclusive superior à das normas constitucionais.⁹³ Em outras palavras, atribuir ao Judiciário a função de intérprete autêntico da Constituição - na medida em que dotado de um acesso especial a vontade constituinte -, cujas decisões são incontestáveis, significa transformar a supremacia da Constituição em “*uma instância de justificação que ganha independência e fecha acesso à sua própria justificação*”,⁹⁴ de modo a legitimar toda e qualquer decisão do STF - independentemente do seu teor e, portanto, pelo simples fato de ter origem no Supremo - por supostamente veicular a autêntica vontade do constituinte.

Aliás, o cotejo do “mérito” das decisões tomadas na ADI n. 2860 e em *City of Boerne* é sintomático: enquanto na primeira o STF negou o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos públicos - em decisão que nos parece acertada, já que não há nenhuma norma constitucional que lhes confira essa prerrogativa excepcional -, na segunda a Suprema Corte dos EUA adotou visão coletivista sobre a liberdade de religião que colocava em risco minorias religiosas em face de deliberações majoritárias.⁹⁵

⁹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 462.

⁹³ Já que as decisões do STF em controle abstrato ou que tenham se convolado em súmula vinculante possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes, de maneira que, caso juízes, Tribunais e órgãos administrativos tomem decisões em sentido contrário ao precedente do STF, caberá reclamação diretamente ao STF. Cuida-se de eficácia, a princípio, mais forte do que a produzida pela própria lei, pois se o juiz deixar de aplicá-la - por vislumbrar inconstitucionalidade - ou se afastar do seu sentido literal, não caberá reclamação ao STF na hipótese de não ter sido violada decisão sua. A propósito, ver seção 4.2.2.2.2.2.

⁹⁴ STRUCHINER, Noel. “**Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico**”. Op. cit., p. 468.

⁹⁵ Poder-se-ia cotejar, para igual fim, as decisões proferidas pela Supreme Court nos casos *City of Boerne* e *Cooper*, como, aliás, se fez ao final do item 1.2.1.

Esse é, precisamente, o “segredinho sujo”⁹⁶ da supremacia judicial: não há nenhuma garantia *a priori* de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica aos direitos humanos do que a levada a cabo pelo legislador; ao revés, são variados e notórios os casos de ativismo judicial conservador, como as decisões da Suprema Corte dos EUA na *Lochner Era*.⁹⁷ Portanto, tentativas de legitimação *ex ante* de interpretações judiciais da Constituição, por revelarem a “vontade autêntica” do poder constituinte do povo, são bastante frágeis.

Em relação ao *argumento histórico*, a tese de que o Judiciário, desde o advento do controle de constitucionalidade, exerceu, de forma estável e indisputada, a função de árbitro final dos conflitos constitucionais, revela a mesma visão açucarada e utópica presente no argumento de que a supremacia judicial é uma implicação lógica da supremacia da Constituição. A bem da verdade, a análise da evolução do constitucionalismo revela uma renhida luta entre os departamentos estatais para que os cidadãos - ou mais realisticamente, os grupos políticos e econômicos bem estruturados - aderissem a filosofias políticas, modelagens institucionais e conceitos de Constituição que lhes atribuíssem a condição de intérpretes últimos e autênticos da Constituição, tendo tal autoridade trocado de mãos por diversas vezes desde a gênese do constitucionalismo moderno com as Revoluções Burguesas.

Desta feita, uma análise que não se perca em uma discussão normativa desconectada da realidade, antes avançando sobre os fundamentos normativos e históricos da supremacia judicial, acaba por aquiescer ao fato inequívoco de que a autoridade para dar a “última palavra” sobre a interpretação constitucional não é absoluta nem estável, na medida em que tal questão não restou dirimida, de uma vez por

⁹⁶ A expressão foi tomada de empréstimo de MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁹⁷ A *Lochner Era* consistiu em jurisprudência fixada nas primeiras décadas do século XX, na qual a *Supreme Court* empregou, de forma ativista, a cláusula do *substantive due process of law* para declarar a inconstitucionalidade de diversos atos que compunham o pacote de medidas aprovadas no primeiro governo de Franklin Delano Roosevelt (*New Deal*), com o fito de retirar o país da depressão econômica em que se encontrava desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929. Esta linha jurisprudencial e a reeleição consagradora de Roosevelt em 1936 fizeram instalar nos EUA uma crise constitucional, que culminou com o envio ao Congresso do famoso *Court Packing Proposal*, que consistia na proposta de que, a cada Juiz da Suprema Corte que completasse setenta anos, Roosevelt poderia nomear outro, obtendo, assim, a tão sonhada maioria que lhe permitiria adotar as medidas necessárias a pôr fim à Depressão Econômica. Embora seis meses depois do seu envio o projeto haja sido rejeitado, neste ínterim a Corte reviu o uso do devido processo legal em sua acepção substantiva para a proteção das liberdades econômicas, permitindo a instalação de um Estado intervencionista.

todas, nem pelo texto constitucional nem pela história.⁹⁸ Assim, o objetivo fundamental da primeira parte da tese é o de desfazer o equívoco propagado pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira no sentido de considerar a supremacia judicial uma consequência natural da supremacia da Constituição e do Estado de Direito.

Ao revés, buscaremos identificar os pressupostos para a afirmação do controle de constitucionalidade e para a expansão do poder político do Judiciário, com o fito de comprovar a fragilidade das decisões citadas no item 1.2.1, e de preparar o terreno para a segunda parte da tese. Neste momento, será utilizada a doutrina dos diálogos constitucionais como alternativa para a defesa da *judicial review* e de um Judiciário politicamente forte e eventualmente ativista, sem que se adira, contudo, à supremacia judicial.

1.3 Plano de trabalho

A primeira parte do trabalho visa a demonstrar o equívoco das Supremas Cortes brasileira e norte-americana de extrair a supremacia judicial da supremacia da Constituição. Intenta-se desfazer o mito de *Marbury*, no sentido de que a Suprema Corte, desde o advento da revisão judicial das leis, teria se estabilizado como a detentora da última palavra na interpretação constitucional. Ela será composta por três capítulos (de números dois, três e quatro).

O capítulo dois se destina a esclarecer os pressupostos do controle de constitucionalidade. Ele se inicia com a descrição do surgimento da *judicial review* nos Estados Unidos com o fim de destacar que, mesmo em sua origem (i.e. debate entre federalistas e antifederalistas), havia profunda controvérsia sobre a última palavra na interpretação da Constituição competir, ou não, ao Judiciário (2.1). No mesmo item, buscaremos demonstrar que a extração da supremacia judicial de *Marbury v. Madison* não considera o seu contexto político. Embora os detalhes do caso sejam bem conhecidos, parece-nos haver ainda no Brasil um falta de clareza quanto às efetivas implicações para o debate da supremacia judicial de *Marbury v. Madison*, especialmente quando analisado de forma combinada com o uso político do Judiciário

⁹⁸ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 27.

pelos federalistas, com a reação de Thomas Jefferson, e com os casos *Stuart v. Laird* e o processo de *impeachment* do *Justice Chase*.

Os itens seguintes se destinam a elucidar a filosofia política, o desenho institucional e o conceito de Constituição por trás da jurisdição constitucional (2.2 e 2.3), pois tais fatores são mais importantes para a sua afirmação e expansão do que a positivação de competências. Buscar-se-á demonstrar porque na Europa do século XIX o controle de constitucionalidade não se afirmou, enquanto nos EUA a *judicial review* encontrou solo fértil para o seu florescimento, muito embora as Constituições do período fossem igualmente silentes.

O capítulo três se destina a explicitar as condições necessárias para a expansão do papel político do Judiciário através da jurisdição constitucional. Ele se inicia pela descrição do contexto do surgimento da jurisdição constitucional na Europa (3.1); em seguida, será feito o cotejo entre o modelo de jurisdição constitucional positivista-liberal (3.2) - cujo exemplo fundamental é o kelseniano - e o modelo “neoconstitucionalista” (3.3), com vistas a identificar os fatores que retraem ou estimulam a expansão da atuação do Judiciário em matérias politicamente relevantes. O item seguinte (3.4) visa a trazer um pouco de empiria à discussão, na medida em que busca incorporar os aportes da ciência política contemporânea ao debate travado entre os juristas acerca do árbitro final dos conflitos constitucionais. Após breve exame das principais ondas de expansão do Judiciário, serão sumariadas as principais teorias explicativas do fenômeno atual de “expansão global do Poder Judiciário”, as quais podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas.

Em seguida serão sistematizadas as condições favoráveis à “judicialização” (3.5), as quais foram divididas em três espécies: (i) políticas (características do sistema político); (ii) institucionais (características da ordem jurídica). Enquanto tais características ensejam a judicialização propriamente dita - submissão de um grande número de questões politicamente relevantes ao Judiciário - (iii) as condições interpretativas (características da teoria de interpretação constitucional mais influente na Suprema Corte) favorecem o ativismo judicial.

O capítulo quatro, por sua vez, tem o propósito de analisar a afirmação e a expansão do Judiciário brasileiro, sob o enfoque da supremacia judicial na interpretação constitucional. O item inicial busca demonstrar que, antes de 1988, é incorreto se falar em supremacia judicial no país (4.1). No Império brasileiro, como na Europa

oitocentista, também prevaleceram condições que inviabilizavam o surgimento do controle de constitucionalidade. Apesar de as Constituições brasileiras a partir de 1891 - especialmente as promulgadas - se fundarem, formalmente, na soberania popular e acolherem a *judicial review* -, não há que se falar de supremacia judicial até 1988. Será feito rápido sobrevoos da evolução do constitucionalismo brasileiro até 1988 para demonstrar as razões pelas quais as alvitadas condições para a judicialização da política e para o ativismo judicial não estiveram presentes no Brasil.

O item seguinte (4.2) visa a demonstrar que o regime político e a ordem jurídica instituídos pela Constituição de 1988 apresentam uma conjunção de condições políticas e institucionais particularmente favorável à judicialização da política. A próxima seção revela que, diante da presença das condições interpretativas, há atualmente – sobretudo no STF - não apenas intensa judicialização da política, como também crescente ativismo judicial. Prova disto é o significativo distanciamento do STF da tese do “legislador negativo”, e, inversamente, a sua aproximação das teses básicas do “neoconstitucionalismo”. Nesta esteira, buscou-se sistematizar as principais hipóteses de ativismo do STF e as demais características da sua jurisprudência que evidenciam uma aproximação da doutrina da supremacia judicial, com o fim de analisar se é plausível sustentar que, hoje, o STF tem a última palavra sobre o sentido concreto da Constituição brasileira de 1988.

A parte dois da tese se destina à exploração das críticas e das alternativas à supremacia judicial. O capítulo cinco trata das críticas, as quais serão divididas em dois eixos principais: as de índole institucional focarão as questões relativas às capacidades institucionais e aos efeitos sistêmicos levantadas pela expansão do Poder Judiciário. Já as críticas democráticas enfatizarão o forte desacordo moral na concretização de princípios constitucionais abstratos, o desenvolvimento de uma visão “juriscêntrica” acerca da natureza da interpretação constitucional, a real aptidão de juízes e legisladores se engajarem na busca da atribuição do “melhor” sentido às Constituições, e os problemas de *accountability* gerados pela inalterabilidade da interpretação judicial da Constituição.

O capítulo seis se aventura por terreno pouco explorado no direito brasileiro: de que forma a doutrina dos diálogos constitucionais contribui para dois propósitos fundamentais à tese: explicar, com maior dose de realismo, as relações efetivamente travadas entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional na definição do sentido

da Constituição; e resolver os problemas de legitimidade democrática decorrente da possibilidade de um “órgão contramajoritário” invalidar leis, aprovadas pela maioria dos representantes eleitos pelo povo, com base em princípios constitucionais de teor ambíguo.

A primeira seção trata dos elementos nucleares à construção de uma doutrina dos diálogos constitucionais empírica e normativamente adequada: a importância de uma análise realista das capacidades institucionais dos Poderes Judiciário e Legislativo se engajarem, seriamente, na interpretação constitucional (6.2); as exigências da teoria da democracia deliberativa para as interações entre STF e Congresso Nacional nesta seara (6.3); e as implicações da expansão do poder político do Judiciário para as visões convencionais sobre a separação entre os poderes e o equilíbrio entre independência e responsividade judicial (6.4).

O capítulo sete passa a analisar os diálogos em si entre Judiciário e Legislativo: principia por explorar os diversos modelos de comportamento judicial (legalista, atitudinal e estratégico – 7.1), para então arrolar os principais instrumentos de interação entre os citados departamentos estatais na definição do sentido da Constituição: os ataques institucionais à Corte, o poder do Congresso sobre o orçamento do Judiciário e o salário dos juízes, o processo de nomeação e de confirmação dos juízes da Suprema Corte, a não implementação de decisões judiciais e a superação legislativa de decisões constitucionais da Suprema Corte (7.2).

As seções seguintes (7.3 e 7.4) trazem a principal conclusão da análise empírica sobre a questão a respeito de qual departamento estatal tem, de fato, a última palavra na interpretação constitucional. Neste diapasão, reconhece-se a inevitabilidade, no mundo em geral (e no Brasil em particular), das interações entre os departamentos estatais na definição do sentido da Constituição, sendo absolutamente irrealista acreditar que (i) os únicos limites encontrados pelos juízes, nesta seara, são critérios jurídicos de interpretação (texto, história, sistema etc) e a sua autorrestrição; e que (ii) caberá dar ao Judiciário a última palavra - para o passado e para o futuro – sobre o sentido de qualquer norma constitucional. Ao revés, serão arrolados os fatores que conduzem a que determinado departamento estatal tenha maior propensão de proferir a solução que seja final - no sentido de que, embora não seja impossível, seja bastante difícil de ser alterada no futuro - em determinados casos e contextos.

O capítulo oito trata da discussão normativa relativa a saber “quem deve ter” a última palavra na interpretação constitucional. Inicia-se com a exposição dos aspectos essenciais às principais teorias existentes sobre a questão: a doutrina canadense dos diálogos constitucionais, a teoria da construção coordenada e a supremacia judicial, para concluir-se a propósito da superioridade normativa das teorias dialogais (8.1 e 8.2). Em seguida será analisado o problema concreto - de alto relevo teórico e prático – concernente aos mecanismos pelos quais o Congresso Nacional pode superar decisões constitucionais do STF (8.3). Por fim, será analisado o problema dos limites e possibilidade de o STF controlar a constitucionalidade de emendas constitucional especialmente à luz dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, dada a sua íntima conexão com o problema da definição da instituição política responsável por dar a última palavra sobre o sentido da Constituição (8.4).

2 - A AFIRMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ORIGEM, FUNDAMENTOS, DESENHOS INSTITUCIONAIS E CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO

Enquanto nos Estados Unidos os direitos estão na Constituição e o arbítrio pode vir dos poderes do Estado, na Europa Continental os direitos estão no Estado e o arbítrio pode vir do poder constituinte, do contrato social, da Constituição como fruto das vontades dos indivíduos e de forças sociais. (Maurizio Fioravanti)

A doutrina da soberania do Estado e da lei como expressão direta da mesma, que será levada às últimas consequências no modelo de Estado de Direito europeu, resulta abertamente em contradição com a filosofia política do constitucionalismo e dos direitos. É dizer, contradiz não apenas o paradigma jusnaturalista dos direitos fundamentais como um *prius* lógico e axiológico, fundante e não fundado, mas também o paradigma constitucional, que ao positivar tais direitos os configurou como limites aos poderes públicos em seu conjunto. (Luis Prieto Sanchís)

2.1 *Marbury v. Madison*, os fundamentos tradicionais da *judicial review* e a supremacia judicial

O controle de constitucionalidade e a supremacia da constituição possuem antecedentes teóricos importantes no período que precedeu as Revoluções Burguesas. Cite-se, por exemplo: (i) a distinção entre *nómos* e *pséfisma* no direito ateniense, semelhante à dicotomia contemporânea entre lei e decreto; (ii) a superioridade do direito natural sobre o direito positivo, seja a partir de um jusnaturalismo teológico típico da Idade Média, seja desde o jusnaturalismo racionalista prevalecente no iluminismo. Não devem, ainda, ser esquecidas a (iii) a tradicional atribuição de um poder criativo ao juiz pela *commom law* e, sobretudo, a superioridade do direito costumeiro sobre a *statutory law*, a partir da doutrina do Sir Edward Coke, segundo a qual seria uma atividade tipicamente judicial a invalidação das leis que violassem os princípios da *commom law*; (iv) a supremacia das leis da Inglaterra sobre as leis das treze colônias norte-americanas;⁹⁹ (v) o pronunciamento de Sieyés na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano II da República, no qual, sob a premissa de que a obediência à Constituição não poderia

⁹⁹ CAPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2 reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 45/65.

depende da “boa vontade” do Poder Legislativo, defendeu a instituição de um Tribunal Constitucional¹⁰⁰ etc.

Estes pressupostos teóricos suscitaram relevantes experimentos institucionais e decisões concretas que pavimentaram o caminho para a *judicial review of legislation* nos EUA. Destaque especial deve ser conferido ao (i) *Dr. Bonham’s case* (1610), em cuja decisão o Juiz Edward Coke assentou que “quando um ato do Parlamento for contrário a direitos costumeiros e à razão, a common law controlará e invalidará tal ato”, e à (ii) supervisão do *Privy Council* sobre a compatibilidade das leis da colônia em face das editadas pelo Parlamento inglês, ao menos da forma pela qual tal experiência foi percebida pelos colonos, no sentido da sujeição das suas leis às da Metrópole. Convém mencionar, também, importantes precedentes de Cortes Estaduais¹⁰¹ e da própria Suprema Corte dos EUA,¹⁰² especialmente os casos em que a última, apesar de haver preservado as leis questionadas, se manifestou de forma a sugerir a possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis.¹⁰³

Nada obstante, pode-se dizer que em *Marbury v. Madison* foi proferida a “decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno”,¹⁰⁴ por estabelecido os seus principais marcos teóricos. Foge ao escopo do presente trabalho a realização de minuciosa investigação acerca do contexto no qual o Justice Marshall proferiu o seu célebre voto, cumprindo apenas destacar as condições politicamente adversas que ali se faziam presentes.

Pois bem. Um aspecto fundamental para a compreensão desta notável decisão é o debate travado entre antifederalistas e federalistas por ocasião da ratificação da Constituição dos EUA. Em uma série de artigos publicados em semanário novaiorquino, antifederalista que usava o pseudônimo de *Brutus* formulou importante libelo contra a possibilidade de juízes invalidarem os atos do Parlamento.¹⁰⁵ *Brutus* sustentou que,

¹⁰⁰ SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. “Opinion se Sieyés sobre las atribuciones y organización Del tribunal constitucional. Pronunciado en la Convención nacional de 18 de Thermidor, año III de la Republicana. In: Id. “**De la revolución**”. Centro de Estudios Constitucionales, (s.d.), p. 276 e ss.

¹⁰¹ Cite-se, por exemplo, as decisões proferidas pela Corte de Pensilvânia nos casos *Eakin v. Raub* e *Norris v. Clymer*. V. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 17 ed. St. Paul: Thomson-West, 2004, p. 12.

¹⁰² *Hylton v. United States* 3. U.S. (3 Dall), 171. 1 L.Ed. 556 (1796); *Calder v. Bull* 3 US (3Dall), 386, 1 L.Ed. 648 (1798).

¹⁰³ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**, p. 10/13.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 10;

¹⁰⁵ *Brutus* publicou artigos no *New York Journal and Weekly Register* de outubro de 1787 a abril de 1788. Suspeita-se que o autor dos artigos seja o Juiz Robert Yates que, na condição de delegado na Convenção

tendo em vista a Constituição não estabelecer nenhum mecanismo de controle dos erros da Suprema Corte, as suas decisões teriam força de norma constitucional, vinculando os demais departamentos estatais. Tal circunstância, somada à natureza ambígua da linguagem constitucional e a tendência natural do homem para a ampliação dos seus poderes, conduziria a uma supremacia judicial, muito embora a Constituição tenha estabelecido a independência como padrão de relação entre os “poderes”.¹⁰⁶

O desafio ao poder das Cortes formulado pelos antifederalistas não poderia ser ignorado pelos federalistas. Dois meses após o último ataque de *Brutus* à *judicial review*, e no clímax da campanha pela ratificação da Constituição em Nova York, Alexander Hamilton publicou (sob o pseudônimo *Publius*) o seu clássico escrito no qual restaram fincadas as bases teóricas fundamentais do controle de constitucionalidade.¹⁰⁷ Hamilton, inicialmente, salienta ser o Judiciário o departamento estatal menos perigoso (*the least dangerous branch*), pois não possui a espada (como o Executivo), nem a chave do cofre ou o poder de ditar normas obrigatórias a todos (como o Legislativo). Sendo o Judiciário, portanto, o “poder” mais fraco, “*a liberdade geral do povo nunca será ameaçada por esse lado, isto é, enquanto o Judiciário permanecer separado tanto do Legislativo como do Executivo, pois aceito que “não haverá liberdade enquanto o poder de julgar não estiver separado tanto do Legislativo quanto do Executivo”*”.¹⁰⁸

Em face do argumento de que o controle de constitucionalidade daria ao Judiciário uma posição de preeminência em face em dois demais “poderes”, Hamilton segue itinerário lógico posteriormente percorrido pelo Justice Marshall no caso *Marbury v. Madison* (1803). Quanto ao risco de o controle de constitucional dar azo à supremacia judicial (conforme a crítica de Brutus), Hamilton afirma que “*esta conclusão (a judicial review) não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos, e que,*

de Filadélfia, se recusou a assinar o projeto de texto constitucional. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 295 e ss.

¹⁰⁶ Veja a seguinte passagem, que bem ilustra o que se expôs: “Toda a ampliação de poder das legislaturas, assim como das Cortes, ampliará o poder das últimas (de controlar a constitucionalidade das leis). E a dignidade e a importância dos juízes aumentarão proporcionalmente à ampliação da extensão e da magnitude dos poderes que exercem. Eu acrescento, é muito provável que os salários dos juízes sejam elevados com o aumento da extensão e da importância dos negócios que eles terão de gerir. A partir destas considerações, pode-se concluir que os juízes estarão interessados em dilatar os seus poderes, sendo provável que eles atribuam à constituição um sentido que lhes seja mais favorável.” Ibid.

¹⁰⁷ HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78 (pp. 469/477).

¹⁰⁸ Ibid., p. 470.

*sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando a sua decisão pela lei básica, não pelas leis ordinárias.”*¹⁰⁹ Não haveria que se falar em supremacia judicial, mas apenas em supremacia da Constituição, é dizer, na prevalência da vontade constituinte do povo, contida na Constituição, em face da vontade dos seus representantes, contida nas leis.

A tese desenvolvida por Marshall no caso *Marbury v. Madison*¹¹⁰ segue o raciocínio de Hamilton no Federalista n. 78. Embora longo, convém transcrever trecho do seu voto que bem revela a chamada “lógica de Marshall”, o raciocínio lógico que, formalmente bem construído, ainda hoje consiste na “justificativa-padrão” para o controle de constitucionalidade:

A vontade originária e suprema organiza o e assina aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos.

Pertence à última classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e, para que esses limites não se possam tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fins os poderes são limitados e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles que se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade.

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei inmutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quanto fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação, e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível.

¹⁰⁹ HAMILTON, Alexander. **O Federalista** n. 78. Op. cit., p. 472.

¹¹⁰ *Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803). HALL, Hermit L. **The Oxford Guide to Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999. Para uma análise detida desta histórica decisão, ver NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 3 et. seq.

Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá a despeito da sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos?

Enfaticamente é a província e o dever do Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os Tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.¹¹¹

Desta passagem clássica da teoria constitucional moderna podem ser inferidos os fundamentos que tradicionalmente justificaram a *judicial review*. Com efeito, a *nulidade da lei inconstitucional* seria corolário da (i) *supremacia da Constituição sobre as leis*, já que, enquanto a primeira é fruto da vontade constituinte do povo, a segunda é resultado da deliberação dos “meros” representantes do povo; e (ii) *do Estado de Direito*, na medida em que, se a Constituição visa a instituir e limitar os três departamentos estatais (sobretudo o Legislativo, tido como o mais perigoso dentre eles), parece intuitivo que as suas normas prevaleçam quando em conflito com as manifestações ordinárias dos três “poderes” (leis, decisões judiciais e atos administrativos), sob pena de não se verificar efetiva limitação.

Por outro lado, a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis decorreria da (iii) *natureza “legal” da Constituição*. Efetivamente, sendo a Constituição a lei de maior hierarquia em uma determinada ordem jurídica, havendo conflito entre norma constitucional e lei, competiria a todo juiz ou tribunal negar aplicação à última, pois a resolução deste conflito normativo estaria inserida na função de interpretação do direito, domínio típico de atuação do Judiciário. De fato, o controle de constitucionalidade representaria um pressuposto necessário à resolução dos casos e controvérsias que lhe sejam submetidos, competência constitucionalmente conferida ao Judiciário.

¹¹¹ MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908, p. 24/27.

Intimamente conectado ao anterior, situa-se o argumento relativo (iv) *a maior capacidade institucional do Judiciário para a interpretação da Constituição*.¹¹² Alega-se que o relativo insulamento político do Judiciário - decorrente das garantias e vedações da magistratura, do princípio da inércia da prestação jurisdicional, da exigência de fundamentação das suas decisões etc. - confere às Cortes uma postura imparcial que lhe coloca em posição privilegiada para a decisão de questões de princípio, sobretudo nas hipóteses em que direitos das minorias corram risco de serem violados por deliberações de maiorias conjunturais.

Daí se infere argumento correlato aos anteriores: à vista de a democracia não se confundir com a regra da maioria, os direitos das minorias devem ser colocados acima do alcance de maiorias ocasionais que logrem ascender ao poder. *Cumprido ao Judiciário, portanto, a tutela de direitos da minoria - entrincheirados na Constituição - em face de deliberações majoritárias contidas em leis* (v).

O argumento tradicional afirma, por outro lado, que não parece razoável conceder ao próprio legislador o poder de proteger direitos das minorias, havendo, na hipótese, risco de instaurar-se uma “tirania da maioria”. Isto porque a preocupação dos Parlamentares em obter a reeleição lhes geraria incentivos para a persecução de interesses imediatos e majoritários e a decidir segundo uma lógica de utilidade, em detrimento de direitos de minorias e à racionalidade própria dos direitos fundamentais.

As críticas formuladas ao emprego dessas justificativas para embasar a supremacia judicial serão discutidas no capítulo V. Por ora, cumpre problematizar o argumento histórico de que, desde *Marbury v. Madison* prevalece a supremacia judicial, conforme sustentado pelas Supremas Cortes brasileira e norte-americana (v. 1.2.1). Para tal propósito, convém analisar brevemente o contexto político da decisão, pois nos parece que o maior equívoco de extrair de *Marbury* a Suprema Corte como intérprete final da Constituição consiste em ler os seus fundamentos com abstração do resultado concreto do caso, e, sobretudo, das disputas institucionais travadas na primeira década do século XIX nos EUA sobre a última palavra na interpretação constitucional.

Um primeiro aspecto que merece ser destacado consiste no aparelhamento do Judiciário pelos federalistas. A partir de 1790, juízes nomeados por Presidentes federalistas participaram da política de diversas maneiras: prolação de decisões

¹¹²MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 279.

consultivas (*advisory opinions*), nomeação para cargos administrativos e diplomáticos, e, sobretudo, através do uso do *Sedition Act* (1798) para punir os republicanos que ousassem criticar os federalistas.¹¹³ Todavia, uma verdadeira crise institucional irá eclodir quando, na trigésima sexta votação, o Congresso dirimiu a divergência sobre a eleição presidencial, proclamando o republicano Thomas Jefferson vencedor em fevereiro de 1801.

Até a vigésima emenda constitucional, prevaleu nos EUA um calendário eleitoral pouco sensato instituído pela práxis, segundo o qual as eleições para a presidência e para o Congresso ocorriam na primeira segunda-feira de dezembro e a posse somente se dava no dia quatro de março do ano seguinte. Naturalmente, este calendário permitia que presidente e deputados que não haviam sido reconduzidos aos seus postos pelo voto popular continuassem a exercer as respectivas funções por mais de três meses após a derrota eleitoral.

Neste período (dezembro de 1800), o Presidente da Suprema Corte, Oliver Ellsworth, entregou ao presidente John Adams o seu pedido de aposentadoria. O presidente indicou para o cargo o seu colega federalista John Jay sem antes consultá-lo, e, dias após, enviou projeto de lei ao Congresso que visava a estruturar a Justiça Federal nos EUA. Aprovado em janeiro de 1801, o *Judiciary Act* dividiu o território norte-americano em seis novas circunscrições judiciárias, cada qual com três juízes (*circuit justices*). Tal medida permitiu que os juízes da Suprema Corte não mais atuassem como *circuit justices*, função que lhes submetia a estafantes viagens pelas péssimas estradas do país. Tendo em vista a atuação da Suprema Corte exclusivamente como “Corte de Apelação”, a norma reduziu a sua composição de seis para cinco membros.

Pouco antes da aprovação do *Judiciary Act*, chega a Adams a carta na qual Jay rejeitara a indicação para a Suprema Corte. Premido pelo tempo, não apenas pelo seu mandato estar próximo do final, mas pela iminente redução do número de juízes da Suprema Corte, Adams tinha que ter a sua nomeação referendada pelo Senado antes da aprovação do *Judiciary Act*.¹¹⁴ A solução foi nomear John Marshall, seu Secretário de Estado e um dos mais influentes políticos federalistas.¹¹⁵

¹¹³ ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 228. O livro de Ackerman será fundamental para as considerações que seguem.

¹¹⁴ O jogo tornara o “dobro ou nada”: ou Adams concluía a nomeação antes da redução da composição da Suprema Corte, e, assim, não só preencheria o cargo de Ellsworth, como o seu sucessor não teria direito à

Houve uma ainda mais intensa corrida contra o relógio para que Adams conseguisse preencher todos os cargos de *circuit judges* criados com a lei recém aprovada, pois os cargos eram muitos, o tempo que lhe restara era curto, e as comunicações eram lentas à época. Assim, o critério fundamental para a escolha dos indicados era a viabilidade de aceitação, de maneira que, para além da partidarização do Judiciário, excessos mais graves foram cometidos - nomeação de parentes de membros do alto escalão do governo, de pessoas sem experiência jurídica etc. Note-se que, embora a sua nomeação para a presidência da Suprema Corte recomendasse cautela, Marshall esteve sempre à frente desse processo, tendo participado ativamente da escolha dos nomes, da entrega dos atos de investidura etc. O quadro se tornou ainda pior quando há menos de quinze dias do término de seu mandato, Adams logrou aprovar lei de organização do novo Distrito de Columbia,¹¹⁶ através da qual foram criados quarenta e dois cargos de juízes de paz - número considerado altíssimo para um distrito pequeno -, que foram preenchidos por um procedimento relâmpago.¹¹⁷

Tais medidas irritaram os republicanos, que consideravam os chamados “*juízes da meia-noite*” ilegítimos, não apenas por terem sido nomeados por presidente federalista após o seu candidato (Aaron Burr) ter sido derrotado nas urnas por Thomas Jefferson,¹¹⁸ mas, especialmente, por se destinarem a mitigar a vitória eleitoral republicana mediante a perpetuação dos princípios federalistas no âmbito do Judiciário. Não por acaso um dos primeiros atos praticados pelo Congresso republicano foi a

nomeação quando houvesse a próxima vacância, ou Adams perderia o direito à nomeação e a próxima vaga seria preenchida pelo seu sucessor. *Ibid.*, p. 126/127.

¹¹⁵ Veja a descrição, pelo próprio Marshall, da ocasião em que lhe foi feito o convite por Adams: “When I waited on the President with Mr. Jays letter declining the appointment he said, “Who shall I nominate now?” I replied that I could not tell, as I supposed that his objection to Justice Paterson remained. He said in a decided tone “I shall not nominate him.” After a moments hesitation he said “I believe I must nominate you.” I had never before heard myself named for the Office and had not even thought about it. I was pleased as well as surprized, and bowed in silence. Next day I was nominated.” Optou-se por manter o trecho em inglês, para se preservar as sutilezas da conversa. V. ADAMS, John Stokes. **An Autobiographical Sketch by John Marshall**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1937, p. 29/30.

¹¹⁶ The Organic Act of District of Columbia, de 27.02.1801.

¹¹⁷ Ressalve-se que não se pretende pura e simplesmente acusar os federalistas de serem pouco sensíveis a considerações de moralidade política, mas de ressaltar que a falta de uma ética partidária fazia com que o grupo rival fosse equiparado a uma facção, cuja assunção no poder geraria “dissolução moral” do país. Assim, os federalistas pareciam acreditar que o entrincheiramento dos seus correligionários do Judiciário representava, de fato, uma forma de proteger-se a legítima vontade do povo expressada na Convenção da Filadélfia contra os riscos que lhe eram impostos pelos sectários republicanos. V. ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 136/137.

¹¹⁸ Sublinhe-se que a vitória dos republicanos nas eleições de 1800 foi acachapante, pois conquistaram a presidência e as maiorias na Câmara e no Senado.

revogação do *Judiciary Act* (março de 1802), com a conseqüente extinção dos cargos de *circuit judges*.

Sob os argumentos técnicos esgrimados por federalistas e republicanos em favor, respectivamente, da manutenção e da extinção dos cargos judiciais,¹¹⁹ havia controvérsia mais profunda a respeito da correta interpretação do art. 3 da Constituição de 1787: enquanto os federalistas consideravam que a extinção dos cargos judiciais - e a conseqüente retirada dos juízes das suas funções - violaria a independência judicial protegida pela Constituição (ressaltando a garantia de os juízes preservarem os seus cargos enquanto mantivessem “bom comportamento”), os republicanos afirmavam que tal medida se traduzia em legítimo exercício da competência do Congresso para “regulamentar” e “criar” Tribunais.¹²⁰

Todavia, em um nível ainda maior de abstração, havia profícua controvérsia entre teorias políticas e modelos de desenho institucional: por um lado, os federalistas consideravam que a verdadeira vontade do povo se revelara na Convenção de Filadélfia, de maneira que o Judiciário deveria proteger a Constituição de 1787 da vã tentativa dos republicanos de falarem em nome do povo por terem vencido as mais recentes eleições.¹²¹ Por outro lado, os republicanos reputavam que a “voz da nação” se manifestara nas últimas eleições,¹²² nas quais uma firme maioria os consagrara em repúdio aos federalistas, de modo que o entricheiramento de federalistas e dos seus

¹¹⁹ Em apertada síntese, os republicanos consideravam o aumento dos juízes desnecessário, diante do declínio do uso do Sedition Act ter ocasionado redução do número de ações judiciais. Já os federalistas reputavam que os novos juízes eram fundamentais para se obter uma Justiça eficiente e barata, sobretudo diante do aumento da população e da atividade econômica, dos custos com a manutenção dos novos tribunais serem baixos etc. *Ibid.*, p. 149/152.

¹²⁰ “Article III - The Judicial Branch - Section 1 - Judicial powers: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts **as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges**, both of the supreme and inferior Courts, **shall hold their Offices during good Behavior**, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.” (grifei) Disponível em <http://www.usconstitution.net/const.html#Article3>. Acesso em 22.05.2010.

¹²¹ Em discurso na Câmara, James Bayard, um dos mais proeminentes federalistas à época, afirma, em resposta à acusação de que o Judiciary Act se contrapunha ao sentido da nação, “tenho que dizer a estes senhores que eles se iludem quando eles consideram representar a nação. Eles são apenas o partido dominante”. Desta forma, o Judiciary Act destinar-se-ia tão-somente a “fortalecer a Constituição durante a tempestade à qual ela provavelmente se submeteria (com a vitória republicana nas eleições de 1800)”. ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 154.

¹²² Thomas Jefferson afirmara, em seu discurso de posse, que a “voz da nação” se manifestara nas eleições de 1800 através das “regras da Constituição”. V. Thomas Jefferson First Inaugural Address, March, 4, 1801, The Avalon Project at Yale Law School. Disponível em http://avalon.law.yale.edu/19th_century/jefinaul.asp. Acesso em 15.05.2010.

princípios no Judiciário consistia em “uso fraudulento da Constituição”.¹²³ Assim, enquanto os federalistas destacavam a supremacia da Constituição em face de maiorias transitórias, os republicanos consideravam que tal proposta redundava num “*governo dos mortos sobre os vivos*”, sublinhando o conflito intergeracional a ela inerente.¹²⁴

Os federalistas reagiram duramente à extinção dos cargos judiciais, cogitando inclusive de incitarem a desobediência civil, no sentido de que os *circuit judges* se mantivessem no exercício das suas funções mesmo após a revogação do *Judiciary Act*, e, conseqüentemente, que os juízes da Suprema Corte não voltassem a exercer funções de *circuit judges*. Os republicanos agiram rápido: no final de abril de 1801 aprovaram o segundo *Judiciary Act*, que, a pretexto de reformular o calendário de encontros da Suprema Corte, cancelou a sessão de junho de 1801, que, por ocorrer menos de um mês antes da data marcada para a extinção dos cargos de *circuit judges*, consistia em ocasião perfeita para a discussão sobre a constitucionalidade da revogação do primeiro *Judiciary Act*.

Em correspondências privadas com os demais membros da Suprema Corte, Marshall tentou, cautelosamente, articular um boicote à medida republicana, sugerindo aos juízes da Suprema Corte que não retornassem às funções de *circuit judges*.¹²⁵ O argumento era surpreendentemente similar ao usado no ano seguinte no caso *Marbury v. Madison*: os atos de investidura dos juízes da Suprema Corte conceder-lhes-iam a prerrogativa de exercer as atribuições deste cargo, de modo que somente poderiam exercer as funções de *circuit judges* se recebessem uma nomeação específica para este cargo. Embora o Justice Chase tenha aderido veemente a Marshall, os Justices Washington, Paterson e Cushing divergiram, pois, se antes do *Judiciary Act* eles

¹²³ Veja-se trecho expressivo da carta enviado por Thomas Jefferson a John Dickinson: “(Os federalistas) se entrincheiraram no Judiciário. Lá os resquícios do federalismo devem ser preservados e alimentados pelo tesouro, e desta fortaleza todos os frutos do republicanismo devem ser derrotados e apagados. Através de um uso fraudulento da Constituição, que tornou os juízes irremovíveis, eles multiplicaram juízes inúteis apenas para fortalecer a sua falange.” Apud ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 112.

¹²⁴ Jefferson chegou a defender a peculiar tese de que a Constituição deveria ser revista a cada dezenove anos, com a finalidade de conferir à nova geração a possibilidade de ratificar, ou não, as deliberações da geração anterior. V. BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

¹²⁵ A recusa ao exercício de atribuição cometida por lei à Suprema Corte não seria um fato inédito: ao contrário, “foi exatamente esta a resposta dos juízes da Suprema Corte quando eles formam chamados a aplicar lei que previa a concessão de pensões para veteranos de guerra”. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu inviável o exercício dessa competência, na medida em que a sua decisão podia ser revista pelo Ministro da Guerra, algo que seria contrário à sua independência institucional. V. ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 158/159.

exerciam ambas as atribuições, não pareceria razoável que, no momento em que os republicanos ascenderam ao poder, eles viessem a recursar-se a exercer funções desempenhadas durante os governos federalistas.¹²⁶

Naturalmente, o conflito se judicializou, cumprindo destacar três casos importantes. No primeiro, Joseph Reed, um *circuit judge* retirado do seu cargo, pediu a manutenção do pagamento dos seus salários. No segundo (*Stuart v. Laird*),¹²⁷ Stuart, também um *circuit judge* afastado, formulou pedido mais ousado que Reed: que a Suprema Corte declarasse inconstitucional a revogação do *Judiciary Act*, e, conseqüentemente, que os *circuit judges* retornassem as suas funções e a Suprema Corte se mantivesse como “Corte de Apelação”. No terceiro (*Marbury v. Madison*), William Marbury e outros, embora nomeados pelo governo passado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, não lograram receber as suas investiduras, pois Marshall, na condição de Secretário de Estado de Adams, não teve tempo de entregá-las; assim postulavam a obtenção de ordem judicial que compelisse o novo governo a dar-lhes posse.

Note-se que a alteração do calendário das sessões da Suprema Corte foi percebida pelos seus membros como um claro recado dos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de que uma postura ativista no restabelecimento dos cargos de *circuit judges* poderia colocar em risco a sua independência institucional.¹²⁸ Desta forma, o pedido mais palatável à Suprema Corte era o de Reed, na medida em que o pagamento de salários a juiz afastado era menos ofensivo à investida republicana contra o *Judiciary Act* federalista do que o retorno dos *circuit judges* ao exercício das suas funções - que implicava a completa invalidação da lei aprovada pelos republicanos.

Embora o caso *Marbury* contivesse um pedido cujo acolhimento decerto desagradaria os republicanos - posse de *midnight-judges* -, ele não tratava de caso tão importante como os primeiros, pois cuidava de cargos de juiz de paz, que, além da pequena relevância política, não gozavam da garantia constitucional da vitaliciedade (os seus mandatos eram de cinco anos). Com efeito, o ponto nevrálgico do debate era a possibilidade de lei extinguir cargos judiciais vitalícios (*circuit judges*), sob o argumento de os seus provimentos serem ilegítimos, vez que oriundos de presidente

¹²⁶ Ibid., p. 164/172.

¹²⁷ 5 U.S. 299 (1803).

¹²⁸ Ibid., p. 171.

derrotado nas urnas que buscava supostamente infiltrar no Judiciário os seus correligionários.

Todavia, circunstâncias aleatórias (Reed desistiu da ação) e o “*caprichoso método de seleção de casos da common law*” fizeram com que a Suprema Corte apreciasse o caso *Marbury* logo na sessão seguinte ao segundo *Judiciary Act*.¹²⁹ Na sessão - que ocorreu mais de catorze meses após o último encontro da Suprema Corte -, Marshall subverteu a lógica processual, na medida em que decidiu o “mérito” antes das questões preliminares.

Afirmou, inicialmente, que os impetrantes possuíam direito à investidura nos cargos, já que o poder discricionário do Executivo se encerraria no momento da nomeação, de modo que após a prática deste ato deveria ser respeitada a estabilidade dos juízes em seus cargos. Assim, a conduta de Madison, Secretário de Estado de Jefferson, no sentido de reter os atos de investidura foi tida como ilegal, na medida em que violara o direito dos nomeados a exercerem o cargo de juiz de paz pelo lapso de tempo determinado legalmente. Todavia, o desafio perpetrado ao governo de Jefferson parou por aí. Sob o argumento de que as competências originárias da Suprema Corte estão submetidas à “reserva de Constituição”, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que lhe concedera competência para julgar o caso,¹³⁰ e, assim, negou-se a ordenar o Presidente a dar posse aos impetrantes.

Daí já se pode inferir o caráter ilusório da assertiva de que a interpretação da Constituição é uma tarefa puramente jurídica, cumprindo à Suprema Corte dar a última palavra sobre o sentido da Constituição sem qualquer interferência dos demais poderes e atores sociais. Ainda que esta tese possa ter defendida em um plano normativo,¹³¹ é simplesmente errado usar *Marbury v. Madison* para o seu suporte. Trata-se de leitura da fundamentação da decisão com completa abstração do seu resultado e do seu contexto político.

Tornou-se corrente a percepção, sobretudo a partir da obra de Robert McCloskey,¹³² de que *Marbury* consistiu em resposta extramamente sagaz de Marshall ao desafio republicano à questão dos juízes da meia-noite na qual ele estava

¹²⁹ Ibid. p. 181.

¹³⁰ Seção 13 do Judiciary Act de 1789.

¹³¹ Ver a seção 8.1.

¹³² MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. Third Edition. Chicago: Chicago University Press, 2000.

profundamente envolvido: ao reconhecer a ilegalidade da conduta de Madison e negar competência para julgar o caso, Marshall conseguiu, em uma só tacada, condenar a conduta dos republicanos para o regozijo dos seus colegas federalistas e para a defesa da sua própria nomeação e da sua atuação como Secretário de Estado de Adams; e evitar confronto com o Presidente e o Parlamento, que poderia erodir a independência da Suprema Corte.¹³³ Nas palavras de McCloskey “*a Corte se colocou na agradável posição, tão comum em sua história embora tão perturbadora aos críticos, de rejeitar e assumir poder em uma só respiração.*”¹³⁴

Todavia, a recente obra de Bruce Ackerman agregou enorme valor à análise da real influência de *Marbury* para o debate sobre a última palavra na interpretação da Constituição, ao destacar que tal decisão deve ser interpretada em conjunto com a proferida no caso *Stuart v. Laird* e com o processo de *impeachment* instaurado contra um membro da Suprema Corte (Justice Chase).

Sublinhe-se que o caso *Stuart* foi julgado pela Suprema Corte apenas uma semana após *Marbury*, tendo atuado o mesmo advogado: Charles Lee, o habilidoso ex Procurador-Geral de John Adams. Lee salientou que o raciocínio exposto em *Marbury* se amoldava, como uma luva, ao caso *Stuart*: se, em *Marbury*, a Corte consignara que (i) as investiduras para o cargo de juiz de paz conferem ao seu titular “direito subjetivo” à posse, e que (ii) as competências da Suprema Corte não podem ser acrescidas por lei, mas apenas por norma constitucional, a aplicação das suas premissas ao caso *Stuart* conduziria à conclusão de que (i) um juiz de direito vitalício que, não apenas tinha sido nomeado e empossado, como vinha exercendo as suas funções, com mais razão não poderia ser retirado do seu cargo por lei, e que (ii) lei não poderia aduzir às atribuições do juiz da Suprema Corte a tarefa de atuar como *circuit judge*. O resultado é simples: a fidelidade à fundamentação de *Marbury* conduziria, inevitavelmente, à procedência de *Stuart*, ou seja, ao reconhecimento da inconstitucionalidade da revogação do *Judiciary Act*, conforme, aliás, Marshall cogitara nas correspondências acima citadas.¹³⁵

¹³³ Na literatura brasileira, ver BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30; BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Note-se que, além de os republicanos darem claros sinais de que um ataque à Corte seria iminente caso ela se opusesse à revogação do Judiciary Act, a nova eleição consagrada dos republicanos em 1802 enfraqueceu politicamente ainda mais os federalistas.

¹³⁴ MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. Op. cit., p. 30.

¹³⁵ ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 183/184.

Entretanto, a expedição de uma ordem deste jaez representaria o suicídio precoce de um Tribunal que, no futuro, daria uma contribuição decisiva à expansão do Judiciário. A maioria da Corte, contudo, aderiu ao voto do Justice Paterson, que, nos termos da correspondência anteriormente enviada à Marshall, reconheceu que a prática anterior ao *Judiciary Act* consolidou a possibilidade da viabilidade da acumulação das competências de juiz da Suprema Corte com as de *circuit judge*.

*Adotou-se, portanto, entendimento antagônico ao de Marbury, cuja decisão sequer foi citada, apesar dos esforços de Lee em relacioná-las. Marshall se julgou impedido para participar do julgamento, por ter atuado como circuit judge no juízo a quo. Ackerman sustenta que vários fatores indicam que a sua abstenção não se deu por um “ataque de ética”: embora fosse comum que juizes da Suprema Corte não participassem do julgamento de casos em que atuaram no Tribunal inferior, não havia regra fixa nesse sentido; Marshall redigia quase todas as decisões da Suprema Corte; e, sobretudo, Marshall não deixou de julgar o caso Marbury v. Madison, no qual o seu impedimento era muito mais flagrante.*¹³⁶

De fato, não se pode esquecer que esta última lide se originou da negligência do próprio Marshall, enquanto Secretário de Estado de Adams, em entregar a investidura de Marbury e dos seus colegas. Além disto, havia controvérsia sobre a própria existência dos atos de nomeação - já que eles se encontravam em poder de Madison, que orientado por Jefferson, boicotara todo o processo -, a qual acabou sendo dirimida pelo testemunho de James Marshall, irmão de John (!), no sentido de que as investiduras existiam, mas que não foram entregues aos seus destinatários. Portanto, a máxima de que ninguém é bom juiz em causa própria, somado ao fato de haver controvérsia sobre a existência de um ato que fora assinado pelo juiz que presidiu o julgamento, evidenciavam o impedimento de John Marshall para o julgamento do caso Marbury.

Entretanto, o silêncio de Marshall em Stuart foi brilhante, pois permitiu que o antagonismo da sua *rationale* com a de Marbury passasse despercebida - no que também se beneficiou bastante do silêncio de Madison em Marbury -,¹³⁷ ao ponto de Stuart sequer ser citado nos livros de direito constitucional, e Marbury aparecer não apenas como citação obrigatória em estudos sobre a *judicial review*, mas como um

¹³⁶ Ibid., p. 186.

¹³⁷ Ibid., p. 187/188.

monumento à supremacia judicial na interpretação constitucional, como se viu nas decisões das Supremas Cortes brasileira e norte-americana citadas no item 1.2.1.

Nesta esteira, Ackerman traz novas luzes sobre a leitura desse caso clássico da literatura constitucional ao reconstruir as relações institucionais travadas à época com a finalidade de quebrar os silêncios de Marshall e Madison, mostrando a acirrada disputa que havia no limiar da república norte-americana entre os poderes para falar autenticamente a voz do povo contida na Constituição. A análise combinada de Marbury e Stuart revela que, enquanto a Suprema Corte cedeu a aspecto central da proposta de interpretação constitucional defendida pelos republicanos - extinção dos cargos de *circuit judges* e retorno dos juizes da Suprema Corte a tal função -, em elementos menos centrais (investidura no cargo não vitalício de juiz de paz) ela atuou de forma mais incisiva com vistas à limitação da visão constitucional das maiorias políticas, muito embora, juridicamente, as razões usadas em Marbury se aplicassem, ainda mais intensamente, ao caso Stuart.¹³⁸

Assim, o exame combinado de Marbury e Stuart denota uma preponderância dos poderes políticos sobre a Suprema Corte na atribuição da palavra final sobre a controvérsia constitucional mais relevante do período pós-Fundação. Todavia, a não superação formal de Marbury trazia o gérmen da expansão do papel do Judiciário na limitação de maiorias políticas, que poderia vir a florescer no futuro em solos mais propícios - como de fato ocorreu.

Note-se que o poder das maiorias poderia se tornar, efetivamente, tirânico, caso lograsse êxito a tentativa de republicanos - capitaneada por John Randolph - de tornar o *impeachment* de juizes um instrumento político que “*expressava a vontade popular, retirando dos seus cargos juizes que tivessem perdido a confiança da nação.*” É evidente que o uso do *impeachment* como instrumento de readequação política de decisões judiciais indesejadas pelas maiorias políticas feriria de morte a independência judicial. O risco, contudo, se tornara iminente, com a nova eleição consagrada dos republicanos em 1804 e, especialmente, com a aprovação do *impeachment* de John Pickering, pois, embora haja evidências de que o magistrado caíra na senilidade e no alcoolismo, o fato de ambas as Casas do Congresso não terem debatido, de forma

¹³⁸ Ibid., p. 9.

detida, sobre a ocorrência de infração disciplinar, tendo antes deliberado sobre a questão de forma política, comprova o exposto.¹³⁹

Porém, o momento decisivo ocorreu com a aprovação pela Câmara do *impeachment* do juiz da Suprema Corte, Samuel Chase, também com base em deliberação político-partidária, ao invés de uma cuidadosa análise acerca da ocorrência do pressuposto legal ao impedimento (*high crimes and misdemeanors*).¹⁴⁰ Ao contrário do caso Pickering, o julgamento de Chase no Senado assumiu a forma de um processo judicial, tendo culminado com a rejeição do impedimento pela não-obtenção do quorum de dois terços, inclusive com a dissidência de seis senadores republicanos. Este resultado foi fundamental para assentar a noção de que o *impeachment* de juízes somente se afigura cabível diante de infrações disciplinares, e, via de consequência, foi essencial para a afirmação da independência judicial.¹⁴¹

Ackerman parece correto em conjecturar que o resultado do julgamento de Chase seria outro caso a Suprema Corte tivesse desafiado aspectos centrais da visão constitucional de Jefferson, julgando, p. ex, precedente o caso Stuart para restabelecer o *Judiciary Act* federalista.¹⁴² A percepção generalizada de que o Judiciário usara fraudulentamente a sua independência para impor os princípios federalistas à vontade da maioria reiterada em três eleições nacionais imporia uma pressão enorme sobre o Senado para o *impeachment* de juízes mais “partidários”, e, de forma mais ampla, para o uso desse instrumento com vistas à readequação política de decisões judiciais indesejadas pela maioria. Contudo, a acomodação judicial de elemento nuclear da interpretação constitucional republicana em Stuart consistiu em recuo essencial para que a crítica de um sectarismo judicial se atenuasse, protegendo a independência judicial no

¹³⁹ Ibid., p. 199/201, 206/208.

¹⁴⁰ Confira-se a redação da Seção 4 do artigo 2 da Constituição norte-americana: "The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors." Disponível em <http://www.usconstitution.net/const.html>; acesso em 18.05.2010.

¹⁴¹ É curioso notar que, embora John Marshall seja o patriarca do controle de constitucionalidade e da supremacia judicial, ele tenha defendido que o Parlamento aprovasse norma superadora da decisão da Suprema Corte ao invés de aprovar o impeachment de juízes. Ver a carta escrita por Marshall a Samuel Chase em 23 de janeiro de 1805 in HOBSON, Charles F. (Ed.). **The papers of John Marshall**. Virginia: Omohundro Institute of Early American History and Culture, 1990, p. 347.

¹⁴² ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Op. cit., p. 219/222.

momento em que ela mais foi ameaçada,¹⁴³ além de ter permitido a consolidação da noção do caráter politicamente neutro da função judicial.

Assim, a análise combinada de *Marbury/Stuart/impeachment* de Chase revela, ao invés da supremacia judicial, uma “*complexa dança institucional*” entre a pretensão dos poderes majoritários de se valerem do recente sucesso eleitoral para falar a vontade do povo, e a pretensão do Judiciário de adequá-la à manifestação pretérita da soberania popular (elaboração da Constituição).¹⁴⁴ Antes de o Judiciário fixar isoladamente o sentido definitivo das normas constitucionais (especialmente as mais vagas), o que se extrai do período é um sofisticado diálogo em que cada instituição contribui com a lógica que lhe é própria para a construção de entendimentos constitucionais. Ademais, a constatação de que a independência da Suprema Corte foi erguida sobre decisões autorrestritivas às visões majoritárias revela um padrão comum de expansão progressiva do poder político do Judiciário: as Supremas Cortes tendem a ser bastante deferentes nos seus primeiros anos de vida para, após se generalizar a perpeção da sua neutralidade política, avançar sobre domínios anteriormente ocupados pelos poderes majoritários.¹⁴⁵ Não é por acaso que os principais precedentes de supremacia judicial (*City of Boerne v. Flores* e *Cooper v. Aaron*) datam da segunda metade do século XX.

Substancialmente, o confronto entre as visões constitucionais dos federalistas e republicanos gerou uma mistura que, embora não se confunda com nenhuma delas, tem um pouco de ambas. Este “*direito constitucional de vitórias parciais*” permite que os grupos políticos se vejam minimamente reconhecidos na Constituição, circunstância que, além de dificultar propostas de ruptura constitucional, cria uma linguagem comum para a política, de maneira que a disputa sobre a melhor forma de concretizar os princípios constitucionais permite “*a construção e a reconstrução da ordem constitucional, de geração em geração, (...) até que a república se extinga.*”¹⁴⁶ Este é o grande legado da dialética institucional presente logo após a Fundação dos EUA para o debate sobre a última palavra na interpretação constitucional, como será defendido na segunda parte deste trabalho.

¹⁴³ Além do uso do impeachment para fins política, John Randolph chegou a apresentar projeto de emenda constitucional que conferia ao Presidente, desde que autorizado por ambas as Casas do Congresso Nacional, a remover juízes da Suprema Corte e de Tribunais inferiores. *Ibid.*, p. 225.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁴⁵ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003.

¹⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. *Op. cit.*, p. 244.

Tais considerações são relevantes para rechaçar a existência de um contínuo e indisputado suporte à supremacia judicial nos EUA desde *Marbury v. Madison*, como sugerido pela Suprema Corte em *City of Boerne*, ao embasar a referida doutrina na “*experiência nacional norte-americana*”. Inversamente, a “*judicial review of legislation*” é, sim, um dado fundamental dos mais de duzentos anos de histórica norte-americana, tendo sido exportada, com sucesso, para boa parte do mundo no segundo pós-guerra.

Todavia, a adequada compreensão do controle de constitucionalidade *vis-à-vis* a supremacia judicial depende que sejam deslindados os seus pressupostos filosóficos e institucionais, visto que a instituição e, sobretudo, a expansão da *judicial review* dependeu mais da presença de uma determinada filosofia política e desenho institucional do que da sua expressa previsão no direito constitucional positivo. Daí a relevância de um breve estudo acerca das duas principais tradições do constitucionalismo liberal (EUA e na França), para se entender como as diferentes culturas jurídicas e políticas presentes nestes países (e os desenhos institucionais delas decorrentes) foram os fatores prioritários para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade em solo americano e para a sua recusa na Europa, inclusive em razão do silêncio, nesse particular, dos respectivos textos constitucionais.

2.2 Supremacia da lei v. supremacia da constituição. Separação orgânico-funcional dos poderes v. freios e contrapesos.

A partir da leitura das Declarações de Direitos editadas após as Revoluções Norte-Americana e Francesa¹⁴⁷, percebe-se sensível uniformidade quanto ao *conteúdo dos direitos* e à sua *fundamentação jusnaturalista*.¹⁴⁸, embora já se pudesse perceber o

¹⁴⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: França, 1789; Declaração de Direitos da Virgínia e as dez primeiras emendas à Constituição: EUA, 1787 e 1791.

¹⁴⁸ Confira-se, a propósito, o preâmbulo e o artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, *verbis*: “A finalidade de toda associação política é a conservação do direitos naturais e imprescritíveis do homem ... (art. 2), cujo desrespeito é a única causa da desgraça dos governos (acrescenta o preâmbulo)”; e a Declaração de Independência dos EUA, de 04 de julho de 1776: “Consideramos as seguintes verdades como **auto-evidentes**, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade, e a busca da felicidade. É para assegurar estes direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados” (grifei). COMPARATTO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

pendor judicialista das Declarações norte-americanas e a índole filosófica e universalista da francesa.¹⁴⁹ Nada obstante, após as respectivas Revoluções a França e os EUA adotaram filosofias políticas e desenhos institucionais distintos para a tutela das liberdades civis.

Note-se, contudo, que as tradições francesa e norte-americana se inserem no constitucionalismo moderno, distanciando-se da precária experiência de constitucionalismo medieval. Esta se resumia às “Constituições Mistas”, que consistiam em “acordos” firmados entre os estamentos que compunham a sociedade, na medida em que eles correspondiam a princípios distintos de legitimação do poder político (monárquico, aristocrático e democrático), que antecederiam e se impunham à sociedade.¹⁵⁰

Esse equilíbrio se dava através da representação das referidas forças sociais no âmbito interno do Parlamento. Trata-se de importante antecedente da técnica da separação dos poderes como freios e contrapesos, que, entretanto, se caracteriza por (i) uma dimensão político-social em detrimento da político-institucional, já que busca promover um nivelamento do poder de influência de forças sociais e não de órgãos estatais, e (ii) por mecanismos de controle de caráter intraorgânico (ou interno), que atuam exclusivamente no interior do Legislativo.¹⁵¹

Nada obstante, tais documentos não se ajustam ao conceito moderno de Constituição, pois a pluralidade de princípios de legitimação política (monárquico, aristocrático e democrático) se mostrava incompatível com a ideia ascendente de soberania popular como poder uno e indivisível que cria as Constituições modernas,

¹⁴⁹ Veja-se a clássica leitura de Boutmy acerca das diferentes experiências revolucionárias: “Todas as Declarações dos Estados Unidos foram concebidas de maneira a poder ser invocadas perante os tribunais. Os americanos tinham a ideia fixa de que elas serviriam de base para a instauração de processos na Suprema Corte estadual. (...) Para os franceses, a Declaração não é senão uma peça de oratória, os artigos de apresentam vazios, desarmados, ou talvez armados pela sua própria solenidade, do império da verdade sobre os homens. Nenhum tribunal os invocará nem poderá usá-los na fundamentação das suas decisões. *Os franceses escrevem para ensinar o mundo. (...) A Declaração de Direitos francesa está escrita no estilo sóbrio e audaz de um filósofo (...)* As Declarações de Direitos norte-americanas estão redigidas na linguagem, de certa forma, meticulosa e copiosa do jurista.” BOUTMY, Émile Gaston. “La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano y M. Jellinek”. “**Orígenes de la Declaración de Derechos Del hombre y del ciudadano**”. JELLINEK, G.; BOUTMY, E. p. 131 e et. seq.; Apud PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

¹⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 55 e 63.

¹⁵¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1989. Até a criação do modelo norte-americano no final do Século XVIII, as Constituições mistas representavam, por excelência, o modelo institucional do constitucionalismo, especialmente no âmbito das monarquias constitucionais.

circunstância que repousará toda a legitimação política em um único princípio (o democrático).

Entretanto, duas visões acerca da Constituição dos Modernos se contrapunham: a absorção do conceito de Constituição pelo de soberania (Hobbes e Rousseau), visto que a lei fundamental restringir-se-ia ao dever de submissão incondicional dos indivíduos ao poder originário, perpétuo e essencialmente livre do soberano, seja ele monarca, Assembléia, ou o povo; e uma concepção liberal, que busca incorporar a tradição do governo moderado à Constituição dos Modernos, compatibilizando a teoria do contrato social com a pretensão constitucionalista de limitar os poderes com a finalidade de proteger os indivíduos (Locke).

De fato, enquanto os principais teóricos do absolutismo e da democracia (Hobbes e Rousseau) veem no pacto de associação (contrato que dá origem ao Estado Social) uma alienação quase total dos direitos naturais (*alienation theories*),¹⁵² Locke nele vislumbra um mecanismo de conservação dos direitos à *propriedade*,¹⁵³ à *liberdade e à vida*, renunciando o indivíduo apenas ao direito de fazer justiça com as próprias mãos.¹⁵⁴ Tais considerações são importantes diante da influência da filosofia política de Locke e Rousseau nos desenhos institucionais adotados, respectivamente, nos EUA e na França (que, por sua vez, influenciaria bastante a Europa Continental).

A propósito, constata-se na experiência francesa forte necessidade de ruptura com os privilégios estamentais; daí se falar que a Revolução Francesa constitui verdadeira “*fratura de época*”.¹⁵⁵ A necessidade de modificação tão profunda das estruturas políticas do Estado explica a ênfase conferida pelo modelo francês às liberdades positivas em detrimento das liberdades negativas.¹⁵⁶

Tal assertiva é comprovada pelo destaque conferido às noções de *poder constituinte e lei*. O conceito de *poder constituinte* é “*entendido como poder originário*

¹⁵² V. TULLY, James. **An approach to political philosophy: Locke in contexts: Ideas in context**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 18 e 30-32; PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**, p. 70.

¹⁵³ V. LOCKE, John, **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 495.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 498 e 499. Locke admite, inclusive, o direito de resistência – sob o eufemismo do “apelo aos céus” (*appeal to Heaven*) – caso o governo atue, arbitrariamente, em contrariedade aos direitos naturais (*force without right*).

¹⁵⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit.

¹⁵⁶ Sobre os conceitos de liberdade negativa e positiva ver BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Ed.). **Contemporary Political Philosophy: An anthology**. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997, p. 391/418.

e soberano de os cidadãos politicamente ativos decidirem sobre a sorte futura do modelo político-constitucional.”¹⁵⁷ Sendo o povo (Rousseau) ou a Nação (Sieyès) soberano(a), as leis não lhe obrigam, pois não se afigura possível o soberano se obrigar em face de si mesmo através de uma lei fundamental.^{158 - 159}

Além disso, na França se atribuiu à *lei* uma mais-valia em relação à perspectiva estritamente liberal, porquanto ela não mais é considerada um mero *instrumento de conservação de direitos naturais preexistentes de forma autônoma*, mas *elemento necessário para a sua definição e tutela*.¹⁶⁰ O fundamento desse legalismo foi colhido no conceito de vontade geral (*volonté generale*) elaborado por Rousseau, que dessubstancializou os direitos naturais na medida em que os substituiu por duas condições procedimentais de legitimidade.

A primeira se refere à autoria das leis: os cidadãos seriam livres caso pudessem deliberar, diretamente e em condições de igualdade, acerca do teor das leis que lhes são obrigatórias, já que “*não é preciso perguntar (...) nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são meras expressões de nossa vontade*”.¹⁶¹ Deve, portanto, “*todo o povo estatuir sobre todo o povo*”¹⁶². A segunda consiste em exigência

¹⁵⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**, p. 63/64.

¹⁵⁸ Nas palavras de Rousseau: afigura-se “contra a natureza do corpo político impor-se ao soberano uma lei que não possa infringir”. V. ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social: Princípios de Direito Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro I, Cap. VII, p. 23 Estando, portanto, o corpo soberano do povo acima do direito, assume a condição de legibus solutus, similar à anteriormente atribuída ao monarca.

¹⁵⁹ Sieyès, embora se refira ao conceito abstrato de nação, esposa entendimento análogo, ao assinalar que a nação está sujeita unicamente ao (fluido) limite do direito natural, não havendo que se falar em contenções de ordem jurídico-positiva, pois (i) não se pode cercear o poder de o soberano promover as mudanças exigidas pelo interesse geral, (ii) nem se cogitar de celebração de contrato consigo mesmo. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers État**. Rio de Janeiro: Liber Juris, Rio de Janeiro (s.d.), p. 118/119.

¹⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**, pp. 62/63. Veja-se, a propósito, o art. 4 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não seja prejudicial a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limites apenas os que garantam igual direito aos demais membros da sociedade. **Estes limites só podem ser determinados por lei.**” (grifos meus).

¹⁶¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Op. cit., Livro II, Cap. VI, p. 47.

¹⁶² Ibid. Ressalte-se que Rousseau, no Contrato Social, preconiza uma participação direta e ativa dos cidadãos no espaço público, considerando a soberania popular inalienável e, por conseguinte, insuscetível de representação. Assinala, por outro lado, que a condição de cidadão deveria se dar com abstração de distinções econômicas, relativas ao sexo ou à formação intelectual ou acadêmica dos indivíduos, adotando uma concepção abrangente de povo que se consubstancia em relevante antecedente teórico das lutas pelo sufrágio universal. Já Sieyès considera que os representantes da nação, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte em virtude de comissão extraordinária recebida do titular da soberania, são “os únicos representantes da vontade geral, não têm necessidade de consultar os constituintes sobre dissensão que não existe”, muito embora prevalecesse à época o voto censitário. Ibid., especialmente, Livro II, Cap. I, e

quanto à estrutura das leis: devem elas ter conteúdo genérico e abstrato, isto é, “*considera(r) os súditos coletivamente e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação como particular*”,¹⁶³ “*perdendo a sua retidão natural quando tende(m) a algum objeto individual e determinado*”,¹⁶⁴ como, i.e., os atos casuísticos do monarca que oneravam mais intensamente uns súditos do que outros.

Nessa espécie de “legalismo ético”,¹⁶⁵ a lei assumia uma dupla função: instrumento de soberania do povo e de tutela das liberdades civis.¹⁶⁶ Mas como garantir que o legislador não violará, ao invés de proteger, os direitos individuais? A resposta é simples, como anota Fioravanti: “*o legislador não pode lesionar os direitos individuais porque é necessariamente justo*”,¹⁶⁷ exatamente por vocalizar a vontade geral que, em virtude dos requisitos antes analisados, “*é invariavelmente reta e tende à utilidade pública*”.¹⁶⁸

A aplicação do legalismo ao desenho institucional redundou, após a superação da breve experiência de democracia direta jacobina, em concepção que superlativiza as virtudes da democracia representativa. Isto porque se atribui ao Parlamento o papel de revelar, com exclusividade, a vontade geral que transcende as particularidades dos interesses de facção, as quais inevitavelmente se revelariam quando o povo é chamado a participar diretamente da vida política. O principal objetivo é o de por fim ao terror imposto no período jacobino, trazendo *estabilidade às instituições políticas*.

Tal democracia representativa, ao conferir ao Parlamento a prerrogativa de revelar a vontade geral do povo, revela a apropriação por este departamento estatal do poder soberano. Torna-se o Legislativo autor do seu próprio poder, deixando “*os eleitos de ser os representantes da nação soberana, para converterem-se em representantes soberanos da nação*”.¹⁶⁹ Ao Parlamento compete, portanto, alterar o direito - inclusive o constitucional - quando e como bem entender, em um exercício ininterrupto de poderes

Livro III, Cap. XIV. A respeito da abrangência do conceito de cidadão na obra de Rousseau, confira-se PARAMO ARGUELLES, Juan Ramon. “**Rousseau, Estado de Derecho, Democracia y Derechos**”; SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Op. cit., p. 139.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid., Livro II, Cap. IV, p. 40.

¹⁶⁵ PRIETO SANCHÍS. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit.

¹⁶⁶ Ibid., p. 67 a 72.

¹⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. Op. Cit., p. 73.

¹⁶⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Op. cit., Livro II, Cap. III, p. 37.

¹⁶⁹ Excerto de G. Berlia, in “**De la compétence constituyente**”, in *Revue de Droit Public*, Apud VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. 5 reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000, p. 231.

constituintes que relega as instituições políticas e os direitos individuais ao sabor da instabilidade da vontade política conjuntural.¹⁷⁰

No plano específico da separação dos poderes se verifica o *monismo do poder político* e a *hierarquização entre os departamentos estatais*. Com efeito, se o conceito iluminista de lei a considerava expressão inelutável da soberania popular e da razão, somente a ela competiria a criação *ex novo* do direito, cabendo aos demais “poderes” apenas a aplicação da lei. Todo o poder político estaria concentrado no Poder Legislativo, e a atividade política se confundiria, em boa medida, com a edição de leis.

No campo institucional verificou-se, naturalmente, um *modelo profundamente hierarquizado*, no qual a atribuição das funções legislativa, executiva e judicial a órgãos estatais distintos (a chamada “*separação orgânico-funcional dos poderes*”) não se destinava a promover um equilíbrio entre os departamentos estatais, mas a zelar pela supremacia parlamentar. Assim, o objetivo fundamental deste arranjo terá residido em fazer prevalecer a “vontade soberana da Nação”, expressada pelo Parlamento, apenas residualmente se destinando a limitar o poder estatal para a proteção do indivíduo. *Não fosse pelo voto censitário prevalecente à época,¹⁷¹ poder-se-ia dizer que se trata de modelo de separação dos poderes mais próximo do “democrático-radical” que do “liberal”.*¹⁷²

O aspecto “liberal” do modelo se cingia à adoção da noção britânica da *Rule of Law*, segundo a qual a concessão as funções relativas à “*elaboração periódica das leis*” e à “*sua permanente execução*” deveriam ser conferidas a órgãos estatais distintos, pois se um deles as acumulasse se convolaria em tirano.¹⁷³ Cuida-se da “*separação orgânico-funcional dos poderes como pré-requisito à Rule of Law*”,¹⁷⁴ que, embora não

¹⁷⁰ Esta instabilidade constitucional é comprovada, por exemplo, pela história política francesa que, no período de 1789 a 1875, conheceu nada menos do que treze Constituições. Sobre a evolução histórica do constitucionalismo francês, ver, por todos, BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980; Troisième Partie: Aperçu Sommaire D’Histoire Constitutionnelle de la France, p. 293/437.

¹⁷¹ Ver próximo item.

¹⁷² PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Op. Cit., p. 183.

¹⁷³ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Op. Cit., p. 82, Cap. XII, parágrafos 143 e 144, p. 515.

¹⁷⁴ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Op. cit. Evidentemente que tal modelo de supremacia parlamentar só admitia mecanismos de controle intraorgânicos da função legislativa (v.g.: bicameralismo, maioria parlamentar/governo versus oposição, consciência dos parlamentares, desenvolvimento histórico da nação, etc.) e extraestaduais, sobretudo o controle político exercido pelo eleitorado, rejeitando instrumentos de fiscalização interorgânicos – i.e. o controle de constitucionalidade –, tidos como atentatórios à “separação dos poderes”.

dê poderes absolutos ao Parlamento, preserva a sua supremacia, já que somente a ele competiria a criação do direito.

A filosofia política e o desenho institucional que prevaleceram entre os revolucionários norte-americanos eram profundamente distintos dos que inspiraram o Estado de Direito legalista europeu. Enquanto na França a necessidade de ruptura levou ao fortalecimento do Legislador recém-dotado de legitimidade democrática,¹⁷⁵ nos EUA os direitos naturais foram opostos ao Parlamento inglês em razão de um alegado exercício abusivo das suas competências, sobretudo em relação à instituição de tributos sobre os colonos pelo Parlamento inglês (*no taxation without representation*).¹⁷⁶

Naturalmente, os norte-americanos não confiariam jamais a tutela dos seus direitos naturais a um legislador soberano, afastando-se da soberania parlamentar que se instalara na França.¹⁷⁷ Conferiu-se, portanto, a tutela dos direitos individuais a uma Constituição, assim entendido o documento legislativo escrito que goza de maior hierarquia em relação às deliberações dos poderes constituídos, inclusive e notadamente do Legislativo. Vê-se que o conceito norte-americano de poder constituinte apresenta-se, desde a sua gênese, vinculado às ideias de supremacia da Constituição e Estado de Direito, porquanto a Constituição se consubstancia em um conjunto de normas cuja insuscetibilidade de supressão por maiorias eventuais se justifica ante o escopo de colocar os direitos individuais a salvo do arbítrio dos poderes constituídos.¹⁷⁸

Todavia, nos EUA as liberdades políticas não se restringiam à função de conservar direitos individuais (como em Locke), pois não se descurou do conceito de soberania popular. Ao revés, o conceito de poder constituinte que ali se desenvolveu contém claramente tal noção, visto reconhecer o poder político originário e soberano de indivíduos livres e iguais disporem acerca das normas fundamentais que criarão o Estado.¹⁷⁹ Nítida a influência do pensamento dos contratualistas, inclusive em virtude

¹⁷⁵ Na verdade, uma democracia diferida, pois à época o *demos* se reduzia aos proprietários

¹⁷⁶ V. COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002, p. 17 et. seq.

¹⁷⁷ Assim, enquanto a “*revolução francesa confia os direitos e liberdades à obra de um legislador virtuoso, que é assim considerado por sua alta representatividade do povo ou da nação, para além das facções e dos interesses particulares, a revolução americana desconfia das virtudes de todo o legislador - também do eleito democraticamente - e, assim, confia os direitos e liberdades à Constituição, é dizer, à possibilidade de limitar o legislador a uma norma de ordem superior*”. FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit., p. 82.

¹⁷⁸ Ibid.. p.90.

¹⁷⁹ O objetivo da Constituição seria duplo: garantir os direitos e instituir o governo. Enquanto os direitos seriam fatos naturais, inerentes à razão e autoevidentes, a estrutura do governo, segundo a teoria do contrato social, seria eminentemente artificial, porquanto decorrente da vontade política do corpo

da “ausência de passado”, que marcou a criação dos Estados Unidos, favorecer a dimensão fundacional da teoria do contrato social.

Nesta esteira, há no pensamento dos federalistas clara dualidade entre lei constitucional e lei ordinária, sustentando-se a superioridade da primeira em virtude de resultar da vontade do povo e não dos seus meros representantes. Tal distinção, por sua vez, se funda no procedimento especialmente deliberativo para a edição da Constituição,¹⁸⁰ pois o ambiente de insegurança e incerteza que o cerca torna possível uma deliberação com maior engajamento popular e direcionamento ao interesse público, ao contrário das deliberações ordinárias do Parlamento, que apresentam maior tendência à atuação autointeressada, em prejuízo aos direitos das minorias.¹⁸¹

A confiança na deliberação do povo no momento constituinte não aproximou os norte-americanos de uma democracia direta jacobina, em virtude da afirmação do *governo republicano* em detrimento do *governo democrático ou popular*. A propósito, Madison considerava que em uma democracia pura “*não há cura para os males da facção*”, pois, em condições ordinárias, há uma tendência natural dos homens a buscarem a satisfação de interesses particulares, inexistindo mecanismos hábeis a proteger os direitos das minorias contra a propensão da maioria em usurpá-los.¹⁸²

Todavia, a busca por estabilidade não se fez à custa da soberania popular, como no modelo de democracia representativa antes descrito. Ao contrário, a conciliação entre soberania popular, democracia representativa e direitos individuais se tornou possível através da noção da Constituição como lei superior (*higher law*). Pois bem: reconhece-se ao povo um poder soberano, originário e ilimitado, cujo exercício não se

constituente de cidadãos. V. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 49/50.

¹⁸⁰ A experiência das Constituições estaduais, iniciada pela Carta de Massachusetts, estabeleceu o procedimento-padrão para a episódica manifestação do poder constituinte do povo na América, distinguindo-a da deliberação ordinária do Parlamento: “em primeiro lugar, a eleição de delegados a uma convenção especialmente destinada à elaboração de uma Constituição; em segundo lugar, a adoção expressa de uma constituição escrita pela convenção; em terceiro lugar, a ratificação do projeto de constituição pelo povo”. V. BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição**, Op. Cit., p. 32.

¹⁸¹ Este modo de agir se revela no conceito de *facção*, a qual, segundo Madison, seria: “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unido e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade”. Salienta, ainda, que esta forma egoística de agir seria inerente à natureza humana em um regime de liberdade. MADISON, James. **O Federalista**, n. 10. Op. cit., p. 78.

¹⁸² Ibid., p. 80. Além disso, o recorrente apelo ao “poder constituinte do povo” causaria forte abalo à estabilidade das instituições políticas, por promover uma rediscussão incessante da autoridade dos órgãos do estado e de conteúdos constitucionais essenciais, como os direitos fundamentais. V. MADISON, James. **O Federalista**. Op. Cit., n. 49, p. 314.

prolongará indefinidamente, mas se estabilizará em um documento normativo escrito, editado no bojo de um processo deliberativo superior, e que, por ser dotado de supremacia entre as fontes do direito, limita os órgãos do Estado e protege os direitos individuais.

Note-se que essa lei superior não apenas garantiu direitos individuais, mas também previu um novo modelo de *separação de poderes*. Diante da inviabilidade da adoção do modelo das Constituições Mistas em virtude da implantação da soberania popular como único princípio de legitimação política, utilizou-se o método dos freios e contrapesos em uma perspectiva institucional (e não social), na medida em que o escopo imediato terá residido em atingir-se, através da fragmentação do poder, equilíbrio e harmonia entre os “poderes constituídos” (Legislativo, Executivo e Judiciário, apenas reflexamente alcançando grupos sociais).

Atribuiu-se, portanto, a cada um dos departamentos estatais não apenas um rol de competências próprio, mas também mecanismos de recíproca fiscalização, de sorte a evitar que um dos órgãos do Estado logre incorporar a soberania popular.¹⁸³ Vê-se que o modelo norte-americano da separação entre os poderes não confere a nenhum departamento estatal a condição de soberano, de legítimo representante do povo, de intérprete autêntico da Constituição. Substituiu-se, então, o monismo do poder legislativo, típico do Estado de Direito legalista, por uma pluralidade de poderes constituídos; altera-se um modelo baseado na subordinação por outro fundado na coordenação entre “poderes” equilibrados e independentes. Todavia, ao contrário do pluralismo das Constituições mistas medievais, os vários núcleos de poder não apresentam fundamentos autônomos de legitimação (monarquia, aristocracia e democracia), mas uma única fonte de legitimidade: a Constituição e, via de consequência, a soberania popular.

Conforme salientado por Ackerman,¹⁸⁴ os federalistas engendraram um *democracia republicana* segundo a qual a melhor forma de desvelar a genuína vontade do povo em situações concretas de desacordo não seria através de uma mítica associação dela a qualquer dos poderes, mas mediante a proliferação do número e das

¹⁸³ Tais instrumentos de independência e de controle mútuo entre os órgãos estatais afigurar-se-iam necessários, ante a insuficiência de confiar a fiscalização da sua atuação apenas ao povo que, embora seja a “*única fonte legítima do poder*”, não pode exercer uma vigilância permanente sobre os seus delegados. MADISON, James. **O Federalista**, n. 49, 51. Op. cit.

¹⁸⁴ V. ACKERMAN, Bruce. **We the people: Foundations**. Cambridge: The Belknap University Press, 1991, p. 183 et. seq.

espécies de representantes do povo. Com efeito, “*The House of Representatives*” (a Câmara Baixa) representa o povo de uma determinada maneira, à vista da eleição direta dos seus membros; o Senado representa o povo de outra maneira, dada a seleção dos Senadores pelas legislaturas estaduais; e o Presidente representa o povo de uma terceira forma, tendo em vista a sua eleição pelo Colégio Eleitoral.

Assim, o sistema constitucional confere a uns as virtudes que os outros não têm, competindo à Câmara refletir comoções populares, ao Senado um juízo abalizado e atento a considerações federalistas, e ao Presidente uma ação enérgica e decisiva. Esta divisão do “poder” estatal em departamentos independentes tem a finalidade de impedir que um grupo social ou órgão estatal possa se autoproclamar o legítimo representante do povo. Será o embate da pretensão de cada um dos Poderes de falar em nome do povo que conterà as vicissitudes da política ordinária, viabilizando uma deliberação mais qualificada, tendente a aproximar-se da deliberação constituinte.

Trata-se de um modelo que, fiel ao antiestatalismo herdado do liberalismo inglês, considera toda a concentração de poder potencialmente lesiva aos direitos fundamentais. Assim se explica a opção por um regime marcado pelo intenso fracionamento do poder político, por uma estrutura político-administrativa horizontalizada, e não hierarquizada. Neste modelo individualista, combate-se toda sorte de tirania: contra a tirania da maioria, a positivação dos direitos fundamentais e da separação de poderes numa lei superior; por outro lado, contra a tirania de minorias, eleições regulares para os Poderes Legislativo e Executivo.

Por fim, a partir da doutrina da *judicial review of legislation* se afirma não só que as leis podem ser injustas e que os legisladores podem não ser virtuosos, mas também que compete ao Judiciário a invalidação das leis com base na Constituição. Ainda que as justificativas de Hamilton e de Marshall procurem obscurecer tal aspecto, parece ser ínsita ao controle de constitucionalidade a atribuição de um poder político efetivo ao Judiciário, já que implica o reconhecimento aos juízes da faculdade de interpretar o direito (da Constituição e das leis). Tal prerrogativa, embora natural em regimes de *commom law*, nos quais tradicionalmente se atribui ao Judiciário uma função criativa, chegou a ser expressamente vedada na França.¹⁸⁵ Insere-se, então, o Judiciário

¹⁸⁵ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Op. Cit., p. 203/204. Desde 1667, na França não era permitido aos juízes interpretarem normas jurídicas que suscitassem dúvidas; competia-lhes dirigir-se ao monarca, “o qual, como autor da lei, era seu guardião e único intérprete (*referé au législateur*).” A Revolução Francesa manteve a desconfiança com a

entre os órgãos independentes e equidistantes que compõem a separação dos poderes, âmbito até então ocupado apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e o controle de constitucionalidade das leis nos mecanismos dos freios e contrapesos.

2.3 Os modelos de Constituição como norma diretiva fundamental, como norma fundamental de garantia e como norma estruturante do governo.

Quanto ao conteúdo das Constituições e a posição por elas ocupada no sistema jurídico, também há radical diferença entre os constitucionalismos norte-americano e francês. As Constituições editadas após a Revolução Francesa veiculam, em regra, *normas diretivas fundamentais*, na medida em que convocam todos os poderes públicos e indivíduos a perseguir finalidades comuns pré-estabelecidas na Constituição, vinculadas - em teoria - a postulações igualitárias.¹⁸⁶ Por buscarem uma racionalização da política à luz de diretrizes constitucionais legitimadoras, as normas diretivas fundamentais constituem importante antecedente das Constituições Dirigentes, conceito criado por Peter Lerche e desenvolvido por Gomes Canotilho.¹⁸⁷

Por sua vez, a Constituição dos EUA de 1787 segue o típico figurino das *Constituições como normas fundamentais de garantia*, que, por limitarem de forma segura a ação do Estado, conferem aos indivíduos a possibilidade de perseguir os seus objetivos particulares. Ademais, tais Constituições provêm da vontade constituinte do

“interpretação judicial do direito”, na medida em que apenas alterou o guardião e intérprete máximo do direito: o Parlamento ao invés do monarca. De fato, o Decreto de agosto de 1790 “proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e induziu-os a se dirigirem ao legislativo toda vez que julgassem necessário interpretar uma lei (*referé facultatif*) (...)”

Em dezembro desse ano instituiu-se a Corte de Cassação e criou-se o *referé nécessaire*, uma consulta ao poder legislativo em caso de divergência jurisprudencial.” Robesbierre, aliás, chegou a defender o banimento da palavra “jurisprudência” da língua francesa, sob o argumento de que a “jurisprudência dos tribunais” se confundiria com a própria lei. V. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à Edição Brasileira. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁸⁶ Bem ilustra os referidos propósitos o art. 23 da Declaração de 1793, que qualifica a “ação de todos” como “garantia social dos direitos”. O apelo à cidadania ativa tende a amoldar-se a sociedades que compartilham determinados valores, e que, por isso, se mobilizam para persegui-los. FIORAVANTI, Maurizio. **Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit., p. 97.

¹⁸⁷ LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers and die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit**. Apud BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 168; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

povo, superior e inconfundível com as manifestações dos poderes constituídos, segundo o modelo contratualista e fundacional explicitado no item anterior.

É característica essencial do liberalismo europeu do Século XIX a crítica a ambas as concepções de Constituição. As normas diretivas fundamentais evocavam o voluntarismo da democracia direta jacobina, e, via de consequência, um exercício ininterrupto da soberania popular apto a redefinir, a qualquer tempo, as bases da organização política e o sentido dos direitos individuais. Temia-se que esse dirigismo estatal da sociedade revivesse a insegurança causada pelo jacobinismo, em prejuízo às liberdades individuais. Passou-se, pois, a enfatizar um retorno ao constitucionalismo enquanto técnica de limitação do Estado em proteção das liberdades individuais.

Por outro lado, não bastava proteger a sociedade em face do Estado, mas também era necessário proteger o Estado da sociedade. Assim, tampouco a noção de *Constituição como norma fundamental de garantia* poderia ser aceita. *Primeiro*, pois a redução da Constituição ao lugar de competição entre as forças sociais, liberando os indivíduos para perseguirem os seus próprios fins, parecia aos liberais europeus excessivamente liberal (ou individualista).¹⁸⁸ *Segundo*, em razão de este modelo de Constituição ser *demasiadamente contratualista*. Com efeito, os liberais europeus rejeitam que a Constituição fosse vista como fruto de um ato fundacional, por meio do qual a vontade constituinte do povo cria o governo e declara os direitos naturais. A noção de poder constituinte do povo, enquanto poder superior aos órgãos estatais com a possibilidade de vinculá-los juridicamente, embora seja elemento fundamental à construção da supremacia da Constituição nos EUA, é tida na Europa do Século XIX como uma anacrônica reminiscência histórica do período revolucionário.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Trata-se de eloquente demonstração da falsa neutralidade política do liberalismo (especialmente do europeu), pois, como esclarece Fioravanti: “*este liberalismo (europeu) não é antiestatalista por vocação - como o estadunidense -, mas apenas enquanto o antiestatalismo serve para contestar o plano de governo e a direção da sociedade contidos na Constituição como norma diretiva fundamental da Revolução Francesa (na qual avultava a sua dimensão igualitária)*”. FIORAVANTI, Maurizio. **Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit., p. 101.

¹⁸⁹ Há, portanto, uma rejeição tanto da Constituição como norma diretiva fundamental, em prol de uma maior autonomia da sociedade civil em face do dirigismo estatal, quanto da Constituição como norma fundamental de garantia, já que a tendência contratualista de fazer derivar todas as instituições políticas de vontades individuais e de forças sociais incorreria no excesso oposto. Esclareça-se: segundo um modelo de divisão Estado-Sociedade sem dúvida mais estatalista do que a norte-americana, a primeira concepção de Constituição geraria a primazia do Estado sobre a Sociedade, cumprindo evitar ingerências indevidas do poder público nas liberdades individuais. Já a segunda noção de Constituição geraria a prevalência da Sociedade sobre o Estado, fazendo-se mister proteger os poderes constituídos de um poder supra estatal do povo. Ibid., p. 102/103.

Assim, o liberalismo europeu do Século XIX se viu compelido a buscar novas soluções para o seu Estado de Direito. Com vistas a trazer estabilidade à sociedade civil e aos poderes constituídos, houve um afastamento do individualismo revolucionário e uma aproximação do estatalismo. Tal fenômeno ocorreu com a reformulação do conceito de *Nação* - agora não mais usado de forma intercambiável com a noção de povo, como na revolução -, que se afirma como o fundamento de legitimidade das instituições políticas. Com efeito, na base das instituições não mais se encontra o povo, assim considerada “*a concreta geração de indivíduos vivos não vinculada a qualquer norma que não provenha da sua vontade soberana*”, mas a nação enquanto “*realidade histórico-cultural*” ou “*sucessão concatenada de gerações*”. Assim, os “vivos” se veem obrigados a levar em conta a herança das gerações passadas, e, portanto, se encontram despidos de um poder soberano para substituir a atual forma de organização coletiva por uma nova.¹⁹⁰

No final do século XIX, esse aspecto historicista do Estado liberal de Direito europeu ganhará a sua elaboração teórica mais refinada, notadamente com Carré de Malberg e Jellinek. O primeiro buscou promover uma releitura da Revolução Francesa, destacando que a previsão da soberania da nação no artigo 3 da Declaração de 1789 havia rejeitado um conceito subjetivo de soberania, que, por radicá-la em um sujeito pré-político que se situaria acima do Estado, estaria fadada a instituir regime sujeito ao arbítrio da vontade do soberano. Tal conceito antigo de soberania deveria ser substituído por um mais moderno (soberania da nação), de índole objetiva, na medida em que fundado no desenvolvimento histórico das instituições políticas e não na vontade de um sujeito pré-político. Portanto, a soberania deixa de ser o poder de o povo definir as instituições políticas, convolvendo-se na sua antítese: o poder de as instituições excluírem qualquer influência externa a elas próprias.¹⁹¹ Não existe soberania fora do Estado.¹⁹²

Na feliz síntese de Prieto Sanchís:

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid., p. 116/117.

¹⁹² Tal fenômeno foi singularmente ilustrado pela assertiva de Guizot: “*Se se pretende que existam ou devam existir dois poderes no seio da sociedade, um deles ordinário e outro extraordinário, um constitucional e outro constituinte, diz-se uma insensatez cheia de perigos e fatal (...)* O governo constitucional é a soberania organizada. Estejam tranqüilos, senhores, nós, os três poderes constitucionais, somos os únicos órgãos legítimos da soberania nacional. Fora de nós não há mais que usurpação ou revolução.” Apud VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. 5 reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000, p. 44.

*É a apoteose do estatualismo: a soberania popular se dissolve em soberania estatal, o poder constituinte é diretamente assumido pelos poderes constituídos, o próprio povo é concebido como órgão do Estado que quando vota exerce uma função pública e, enfim, os direitos abandonam a sua condição de “reservas do direito natural” do indivíduo frente ao poder para converterem-se singelamente em direitos definidos pela lei mercê de um processo de autolimitação do Estado.*¹⁹³

Conforme percebido pelo jusfilósofo espanhol, os direitos individuais não mais se vinculam a uma normatividade superior (direito natural ou Constituição) que os legitima e os coloca fora do alcance do poder do Estado; ao contrário, passam a ser inteiramente configurados pelo legislador. Assim, os direitos se convolam em um oco postulado de “reserva de lei”, ou, em outras palavras, em “*um único direito fundamental, o de ser tratado em conformidade às leis do Estado*”.¹⁹⁴ Verifica-se, portanto, uma espécie de desconstitucionalização das liberdades civis, vez que, despidas de qualquer conteúdo necessário, a sua definição e tutela estariam integralmente condicionadas à sanção do Estado soberano, num processo de autolimitação.¹⁹⁵

Por outro lado, com a restauração monárquica vicejaram na Europa oitocentista as Constituições outorgadas (concedidas “generosamente” pelo monarca, que, mantendo-se como o único soberano, através delas se autolimitava) e as pactuadas (que se assemelham a um contrato entre monarca e povo, em que tais sujeitos compartilham a soberania estatal). Assim, tanto a prevalência da legitimação monárquica, quanto a disputa entre ela e o princípio democrático, impedirão que a soberania popular se afirme na Europa do século XIX como o fundamento único do poder do povo de instituir o governo e de proteger direitos individuais. Posterga-se, portanto, ao século XX a afirmação do poder constituinte do povo, e, via de consequência, da supremacia da Constituição.

¹⁹³ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 78/79.

¹⁹⁴ FIORAVANTI, Mauricio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit., p. 120 et seq.

¹⁹⁵ V. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973; CARRE DE MALBERG. **Contribution a la Théorie Générale de L' Etat**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920. Utiliza-se, portanto, o historicismo inglês de forma radicalmente distinta dos norte-americanos: enquanto estes se valeram da supremacia dos direitos historicamente adquiridos pelos Englishmen - embora lhes dessem uma roupagem jusnaturalista - em face dos “poderes constituídos”, os europeus continentais comungavam com os ingleses da sua aversão a momentos fundacionais - aspecto caro ao constitucionalismo norte-americano -, em que o povo exerceria um poder constituinte que implicaria a instituição de uma nova ordem jurídica.

Assim, enquanto a “lacuna” da Constituição dos EUA acerca do departamento estatal responsável pela função de Guardião da Constituição foi suprida no caso *Marbury v. Madison* em favor do Judiciário, igual silêncio gerou renhida disputa na Europa entre o Parlamento e o Monarca, os quais, quando não se autointulavam titulares do poder soberano, no máximo cediam à fórmula da soberania compartilhada, não inserindo o Judiciário neste arranjo.

Contudo, a oposição à supremacia da Constituição não provinha apenas de setores conservadores que se sagraram, em boa medida, vitoriosos na Europa do século XIX, sobretudo diante de o voto censitário garantir a representação homogênea da burguesia no Parlamento. Neste sentido também são encontradas manifestações à esquerda do espectro político, como a célebre conferência de Ferdinand Lassale proferida na Berlim de 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia, na qual o precursor da social-democracia alemã formulou o seu conceito sociológico de Constituição. Segundo Lassale, a Constituição deveria descrever os “*fatores reais do poder*” atuantes no processo político, sob pena de convolar-se em mera “*folha de papel*”.¹⁹⁶ O jurista alemão nega, portanto, força normativa ao direito, considerando-o mero reflexo da infraestrutura econômica existente na sociedade. O exemplo revela a tendência de setores progressistas à época, particularmente os com inclinações marxistas, de excluïrem “*todo o valor específico da Constituição como norma suprema.*”¹⁹⁷

A rejeição frontal e generalizada aos pressupostos teóricos da supremacia da Constituição conduziu, no século XIX, o Estado de Direito europeu a um modelo de “*constitucionalismo sem Constituição*”,¹⁹⁸ visto que a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolveu essencialmente em um plano infraconstitucional, e não em uma *paramount law*, como nos EUA. De fato, no período

¹⁹⁶ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Iuris, 1985. Veja-se a seguinte passagem: “Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.* (...).”

Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel, e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais do poder*, mas sim verdadeiro *direito* – instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.” Id., p. 19. (grifos do original)

¹⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y El tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983, p. 130

¹⁹⁸ ACOSTA SANCHES, J. *Apud* CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003, p .96.

a Europa praticamente não conheceu Constituições Rígidas, dada a ampla primazia das Constituições Flexíveis.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

O tímido papel desempenhado pela rigidez constitucional na Europa oitocentista conferiu às Constituições a função de mero *frame of government*, competindo-lhe, basicamente, estruturar o Estado através da definição de órgãos e procedimentos. O aspecto material da Constituição, especialmente o catálogo de direitos fundamentais, foi reduzido à condição de mero programa político, e restou integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador. Desta forma, a supremacia da Constituição somente poderia ser entendida em um sentido débil ou meramente político, de maneira que a possibilidade de o legislador editar leis contrárias à Constituição, embora em tese indesejável, deveria ser considerada “*possível de fato e admissível de direito*”.²⁰¹

A ausência de constrangimentos materiais à função legislativa se amparava no “*mito da lei*”, assim entendida “*a justificação da lei empírica a partir dos poderosos argumentos que fundamentam a lei racional*”.²⁰² Viu-se na antecedente seção a importância do conceito rousseauiano de vontade geral para a construção da noção de que a lei seria expressão necessária da soberania popular e da razão. Apesar de Rousseau no Contrato Social não admitir a representação política,²⁰³ o “*mito da lei*” passa a ser construído quando Sieyès afirma que “*a Assembleia Geral contém os verdadeiros representantes da Nação, sendo a única encarregada de expressar a*

¹⁹⁹ VEGA, Pedro. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. Op. Cit.

²⁰⁰ Nas Constituições flexíveis, conforme a interpretação de Canotilho a respeito do magistério seminal de James Bryce, “as leis constitucionais” só diferem das demais leis pela matéria, mas não pela hierarquia, já que o procedimento apto a produzi-las é idêntico, inexistindo óbices a que as normas constitucionais sejam alteradas a qualquer tempo pela autoridade legislativa ordinária. Assim, no caso de norma constitucional e lei superveniente entrarem em conflito, prevalece a última, precisamente por ser posterior àquela, eis que inexistente hierarquia. Já as Constituições Rígidas se distinguem pela supremacia hierárquico-normativa que ostentam em face das leis em geral, mercê de sujeitarem-se a processo de reforma mais rigoroso do que o atinente à produção de leis, de maneira que, na hipótese de conflito entre “lei constitucional” e lei ordinária, prevalece a primeira, por gozar de maior hierarquia. V. BRYCE, James. **Constituciones flexibles y Constituciones rígidas**. Madrid, 1963; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**.

²⁰¹ VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. Op. Cit., p. 42/49.

²⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 74.

²⁰³ Vejam-se as palavras de Rousseau: “A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. (...) O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que faz dela bem merece perdê-la.”. ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Op. Cit., p. 114.

vontade geral”, de maneira a excluir qualquer influência externa ao Parlamento no processo de formação da lei.²⁰⁴

Todavia, houve um paulatino afastamento desses requisitos de legitimidade no plano da *praxis* política, já que a atuação direta do povo foi substituída por um sistema representativo em que vigia o voto censitário, bem como o conceito de lei sofreu um processo de formalização, na medida em que essa espécie normativa passou a ser considerada tão-somente o ato produzido pelo Parlamento com observância do processo legislativo. O conceito de vontade geral passou, então, a atuar como instância de legitimação racional do que restara decidido por um Parlamento de proprietários, obtendo uma noção sacralizada da lei e mitificada das virtudes do Legislador, que acabava por justificar a obediência irrestrita dos indivíduos aos seus ditames, pois, por mais que o processo legislativo se distanciasse, na prática, da participação equânime e cooperativa do povo idealizada por Rousseau, e, por mais injustas, casuísticas e arbitrárias fossem as leis, dever-se-ia considerá-las como se proviessem da vontade uníssona do povo e dos imperativos da razão.²⁰⁵

Por outro lado, a separação “Estado-Sociedade” submetia os Direitos Público e Privado a esferas próprias, buscando, ainda que de forma distinta do constitucionalismo norte-americano, preservar a liberdade individual. No Direito Público prevalecia o “Estado Guarda-Noturno”, que se limitava à defesa e à ordem públicas, e que, portanto, relegava a economia às relações contratuais e às “leis impessoais do mercado”. Na medida em que o Parlamento era visto como “templo de culto às liberdades”, a preocupação não recaía na sua limitação, mas na restrição à atuação do Executivo, através da afirmação do princípio da estrita legalidade administrativa e da criação de uma jurisdição (ordinária ou especializada) competente para julgar casos envolvendo a Administração Pública.²⁰⁶

²⁰⁴ SIEYÉS, Emmanuel. “Discursos y mociones en la constitución de la Asamblea Nacional”. In: **Escritos y discursos de la revolución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 40 e seq.

²⁰⁵ Note-se, contudo, que os liberais europeus sustentavam que o alvitrado absolutismo parlamentar partia de uma dramatização do cenário. Argumentam que o legislador, não obstante soberano, nunca poderá reduzir os espaços das liberdades civis para além do limite fixado pelo desenvolvimento histórico da nação. Explica Fioravanti “se a sociedade nacional se desenvolve em sentido liberal, de progressiva afirmação e extensão das liberdades civis e políticas – como os protagonistas daquele tempo acreditavam firmemente, animados por uma filosofia otimista da história e do progresso – o Estado deve seguir esta tendência, refletindo-a pontualmente na legislação. Se assim não fizesse, converter-se-ia rapidamente num corpo estranho, que a comunidade nacional rechaçaria.” FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de la Historia de las Constituciones**. Op. Cit., p. 123.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit., p. 96/97.

No Direito Privado, a maior relevância da lei em relação à Constituição se revela através da constatação do papel central desempenhado pelo Código Civil napoleônico e os seus congêneres, verdadeiras “Constituições do Direito Privado”. Diante da instabilidade do período revolucionário e da pluralidade de fontes no direito medieval, o Código Civil, ao simbolizar um sistema normativo pretensamente completo, coerente, preciso e autorreferencial, realizaria o valor fundamental da segurança jurídica, permitindo que os juízes façam prevalecer os direitos ali previstos em face de ingerências do Executivo e de outros indivíduos.

Por sua vez, o positivismo teórico foi a principal justificação teórica desse modelo político no âmbito do direito.²⁰⁷ Efetivamente, as suas principais teses tiveram boa acolhida no liberalismo europeu oitocentista, v.g.: (i) a redução da atividade de interpretação do direito a um silogismo (subsunção), do que decorre (ii) a neutralidade absoluta do juiz, mera “boca da lei” como dizia Montesquieu, e a (iii) completude da ordem jurídica, pois para toda lide haveria uma solução pré-concebida pelo legislador, cabendo ao intérprete apenas descobri-la.²⁰⁸ Evidente se afigura o vínculo destas teses com a supremacia parlamentar, pois se mantinham em fina sintonia com a perspectiva de que apenas a função legislativa seria, de fato, criadora de direito, enquanto as funções executiva e judicial teriam como ponto de contato a dimensão estritamente aplicativa de direito pré-existente.

Em conclusão, note-se que as características essenciais do Estado Liberal europeu do Século XIX evidenciam a sua patente incompatibilidade com toda a filosofia política que subjaz à noção de Constituição como *lex superior*. Com efeito, o conceito de “soberania estatal” colide com a perspectiva contratualista de que o poder constituinte consiste na prerrogativa soberana de o povo fundar um Estado (soberania popular). Por outro lado, o “mito da lei” fazia com que ela se legitimasse em si própria, e não princípios constitucionais substantivos, tornando-se, na prática, superior à Constituição. Além disto, a concentração de todo o poder político no Parlamento conduzia a um arranjo institucional hierarquizado que não admitia a possibilidade de um controle externo da atividade do legislador soberano. E, por fim, a negação a qualquer papel criativo e/ou político ao Judiciário, bem revelada através da vedação expressa a

²⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 79.

²⁰⁸ V. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995; BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

que o juiz suspendesse a execução da lei ou mesmo que a interpretasse,²⁰⁹ reduzia-lhe à condição de manietado aplicador da lei, incompatível com a função de protetor dos direitos individuais em face de arbitrariedades estatais, inerente ao modelo da *judicial review*.

Não causa espécie, assim, que as tentativas de introdução do controle de constitucionalidade das leis de perfil quase jurisdicional – sendo que a mais célebre delas foi a proposta de Sieyès de introdução de um *jurie constitutionaire*²¹⁰ – não lograssem êxito na Europa até o primeiro pós-guerra. Ao contrário, os mecanismos que se institucionalizaram para o “controle da constitucionalidade das leis” tinham perfil político, como, p. ex., o “direito de censura”, previsto no art. 27 da Constituição Girondina.²¹¹

²⁰⁹(Título X. Seção 1, art. 6, da Constituição Girondina); Apud PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 59.

²¹⁰ Sieyès formulou a proposta de um *jurie constitutionaire* nos discursos do 2 e do 18 Termidor do III ano da República. Neles se percebe uma clara preocupação do publicista francês em tornar a Constituição uma “lei obrigatória”, através da instituição de um guardião para fazê-la prevalecer na hipótese de ser violada. O modelo de Sieyès, porém, combinava elementos políticos e jurisdicionais, e diante da sua complexidade, acredita-se que, caso tivesse sido adotado, dificilmente lograria produzir resultados proveitosos.

Com efeito, embora concedesse legitimidade para provocar o “júri constitucional” aos Conselhos dos Anciãos e dos Quinhentos, a minorias parlamentares e até ao indivíduo, “em homenagem à liberdade individual, que constitui a razão última de todo o ordenamento jurídico”, a composição do órgão por cento e oito membros de procedência parlamentar que deveriam ser renovados anualmente à terça parte, através do voto dos que remanesciam no cargo, deixa entrever as profundas dificuldades operativas que tal órgão provavelmente enfrentaria. V. “Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional”. In SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 273/295.

²¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 58/59. Tratava-se de um procedimento bastante complexo - e igualmente ineficaz - pelo qual qualquer cidadão poderia instar o corpo legislativo a alterar lei contrária à Constituição.

3 - A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

“Aqueles que se encontram entediados em relação à ubiquidade das ordens judiciais sobre políticas públicas nos EUA podem se surpreender com o fenômeno crescente de os juízes elaborarem políticas públicas que anteriormente eram feitas e que, na opinião da maioria, devem ser feitas por autoridades legislativas e administrativas. Na verdade, há diversos fatores que sustentam essa mudança em curso ao redor do globo para o que todos reconhecem como um padrão norte-americano: a expansão do Poder Judiciário” (C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, *in* “The Global Expansion of Judicial Power”)

3.1 A agonia do nascimento da jurisdição constitucional na Europa

Com o aceleração da queda das monarquias no primeiro pós-guerra, o princípio democrático, enfim, se afirma em solo europeu como único fundamento de validade das Constituições nacionais. Nesse período é editada a Constituição austríaca de 1920 que, fortemente influenciada por Hans Kelsen, se consubstancia em marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa.²¹²

Apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entreguerras foi o avanço de movimentos antiliberais. Note-se que a Grande Depressão econômica sepultou o modelo do “Estado Guarda-Noturno” que prevaleceu no século XIX, pois as ortodoxias do liberalismo econômico – em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital - não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica, etc.). A crescente direção e planejamento da economia pelo Estado - sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes - gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (v.g. EUA, Inglaterra e França), pois os Parlamentos

²¹² Há experiências anteriores de controle de constitucionalidade na Europa; contudo, nenhuma produziu impacto sequer parecido com o gerado pela proposta de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado de Kelsen. Cite-se, a propósito, a Constituição Suíça de 29 de maio de 1874 que previa expressamente, em seu art. 118, 2, uma espécie de controle incidental e concentrada de constitucionalidade, senão vejamos: “Art. 118. O Tribunal federal conhece, ademais: (...) 2. As reclamações pela violação dos direitos constitucionais dos cidadãos.” V. TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121

perderam espaço para o Executivo no exercício dessa nova função estatal.²¹³ Com efeito, o Legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam.

Exemplo típico do exposto ocorreu na República de Weimar, pois “crise da desvalorização da moeda” - que reduziu a praticamente zero o valor do marco - foi gerida pelo Presidente da República, através de decretos emergenciais. Em importantíssimo julgado de 1925, o Tribunal do Estado (*Reichsgericht*), embora tenha reconhecido a validade da norma que estabeleceria distinção de índices de correção da moeda em razão do tipo de débito, afirmara, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de leis federais.²¹⁴

Tal decisão suscitou intenso debate acadêmico sobre a pertinência da introdução da jurisdição constitucional na Europa, como comprovam a célebre defesa da jurisdição constitucional por Kelsen no Instituto Internacional de Direito Público, em outubro de 1928, e as discussões que a ela se seguiram.²¹⁵ Neste contexto, a jurisdição constitucional se tornou um dos temas preferidos para teses de doutorado,²¹⁶ tendo ensejado o profícuo debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o Guardião da Constituição.²¹⁷

Nada obstante, a jurisdição constitucional não logrou se desenvolver na Europa, pois a premissa do “governo limitado” se erodia em compasso acelerado. Com efeito, nas décadas de vinte e trinta o liberalismo político vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laisser-faire* e das instituições liberais

²¹³ HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. (tradução Marcos Santarrita). São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 90/113.

²¹⁴ Cofira-se o seguinte o seguinte *obiter dictum*: “Na medida em que a Constituição não contém nenhuma norma segundo a qual a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei deva ser removida das cortes e transferida para outras autoridades, o poder e o dever de o juiz rever a constitucionalidade das leis do Reich devem ser reconhecidos.” V. CALDWELL, Peter. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory and the Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

²¹⁵ V. A Garantia Jurisdicional da Constituição. I. A jurisdição constitucional (Exposição de Hans Kelsen). II. Debate no Instituto Internacional de Direito Público. In **Jurisdição Constitucional**, p. 121/195. Devem ser destacadas, também, as proposições formuladas nas 33 e 34 assembléias da referida associação no sentido de serem ampliadas as atribuições do *Reichsgericht* para o julgamento não apenas de litígios constitucionais dentro dos Estados, mas também dentro do Reich.

²¹⁶ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. (trad.: Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 06 a 08.

²¹⁷ SCHMITT, Carl. **Das Reichgerichts als Hüter de Verfassung** (1929) e **Der Hüter der Verfassung** (1931); KELSEN, Hans. **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?** (1931). Os textos já contam com traduções para o português: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. (trad.: Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007; KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da constituição**. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc, formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa.²¹⁸

Carl Schmitt foi um dos principais teóricos do antiliberalismo europeu. É conhecida a fundação do seu conceito de *político* na dissociação-chave entre amigo e inimigo, considerando-se o inimigo a negação da própria existência da comunidade política, devendo ser repellido por uma questão de autopreservação. Assim, a

*real constituição de um Estado está baseada em princípios que distinguem amigos de inimigos, (...) que constituem a integração orgânica de um povo através de uma vontade solidária ou da sua representação por um líder.*²¹⁹

Desta feita, a lógica da guerra resgataria a unidade originária do Estado, cumprindo ao líder defendê-la em face das ameaças de dissolução que são apresentadas pelas instituições liberais (v.g. separação de poderes, direitos fundamentais etc). Schmitt considera que tais instituições permitiriam que os grupos que aparelham os partidos políticos e os órgãos públicos se mobilizem para “capturar” a vontade do Estado, em uma espécie de “*decomposição pluralista do Estado*” que se assemelharia às Constituições Mistas Medievais, na quais os grupos sociais dispunham de uma legitimidade pré-estatal. Assim, não haveria incompatibilidade entre democracia e ditadura,²²⁰ mas entre democracia e liberalismo, pois as instituições liberais desconsiderariam a superação da rígida divisão Estado-Sociedade pelo Estado-Total, no qual não mais existem áreas infensas à atuação estatal,²²¹ e acabam por produzir um

²¹⁸ HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. (tradução Marcos Santarrita). São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 130. O impacto do antiliberalismo foi notável na América Latina - onde os levantes autoritários ocorreram quase em seguida à quebra da Bolsa de Nova York -, sobretudo pela sua economia depender da exportação de poucos produtos primários cujos preços caíram vertiginosamente. Esse foi o caso brasileiro, onde o Estado Novo de Getúlio Vargas sofreu clara influência do antiliberalismo alemão, e o seu principal jurista, Francisco Campos, se alinhava não menos nitidamente às lições de Carl Schmitt, o principal jurista do nacional-socialismo. V. SANTOS, Rogério Dutra dos. “Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil”. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007. O ponto será desenvolvido no item 4.1.

²¹⁹ CALDWELL, Peter. Op. Cit, p. 102.

²²⁰ V. SCHMITT, Carl. **Sobre el parlamentarismo**. Madrid: Tecnos, 1990.

²²¹ Veja-se a definição que Schmitt dá para o Estado-Total, a sua versão de Estado do Bem-Estar Social: “A sociedade transformada em Estado torna-se um Estado de economia, de cultura, de assistência, de bem-estar, previdenciário; o Estado transformado em auto-organização da sociedade, e, portanto, não mais separável desta, abarca todo o social, ou seja, tudo o que diz respeito à convivência entre os seres humanos; não existe mais nenhum setor a respeito do qual o Estado possa observar uma neutralidade incondicional, no sentido de uma não-intervenção.” V. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. (trad.: Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

fracionamento do poder que é incompatível com a sua versão de democracia, vinculada à “*identidade entre governantes e governados*”.²²²

Segundo Schmitt, a “*democracia pura em seu mais alto grau possível de identidade*” não se revela nas eleições, mas quando o povo se encontra reunido, e se manifesta através da aclamação, ou seja, quando as massas “*expressam por simples gritos a sua aquiescência ou a sua rejeição*.”²²³ Essa vontade popular inorgânica e inapreensível pelo direito tem a sua forma moderna na *opinião pública*, qualificando-se as democracias modernas como “*império da opinião pública, government by public opinion*.”²²⁴ Todavia, como alguma forma de representação institucional é necessária nas democracias de massas, a solução é ver o Presidente da República como um terceiro neutro e imparcial que, por se situar acima dos partidos, poderia proteger a unidade do povo alemão da ameaça pluralista presente no Parlamento.

Tais considerações levam Schmitt a concluir que a função de “Guardião da Constituição”, assim entendida a autoridade responsável por solucionar, em caráter final, as divergências de interpretação da Constituição, deveria ser conferida ao Presidente da República. Com efeito, o Professor da Universidade de Colônia toma de empréstimo de Benjamin Constant o conceito de poder moderador, para atribuir ao Presidente a condição de um “*monarca republicanizado*”, pois, tal qual um rei em uma monarquia constitucional, competir-lhe-ia exercer um poder neutro, intermediário e regulador em face dos grupos políticos que se digladiam no Parlamento.²²⁵

Enquanto Schmitt se utilizava de uma abordagem do Direito Público que enfatizava os seus aspectos políticos e históricos, o objetivo fundamental do edifício teórico de Kelsen foi o de elevar o direito “*à altura de uma genuína ciência*”, refundando a teoria do direito para estabelecer um estatuto próprio a essa peculiar “*ciência do espírito*”. Para tal finalidade, buscava excluir “*raciocínios de política jurídica*” dirigidos “*à formação do Direito*”, enfatizando critérios objetivos e exatos para o conhecimento do sistema jurídico.²²⁶

Não por acaso a principal crítica que Kelsen formula à Schmitt se refere ao caráter ideológico da sua tese, já que, ao misturar direito com política, despiria os seus

²²² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Op. Cit., p. 230.

²²³ Ibid., p. 238.

²²⁴ Ibid., p. 241.

²²⁵ SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Op. Cit., p. 193/207.

²²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, (prefácio à primeira edição, p. XI).

argumentos de cientificidade. De fato, consiste em “*abuso jusnaturalista*” a tentativa de Schmitt de sobrepor o seu conceito positivo de constituição - “*unidade do povo alemão na luta contra o inimigo*” - a constituição de determinado país (notadamente à de Weimar, que concedia amplos poderes ao Parlamento).²²⁷

Ademais, ver o Presidente como um órgão produtor de uma vontade nacional homogênea e real consiste em mito que mascara o inarredável conflito de interesses entre os grupos sociais que atuam perante os partidos e o Parlamento.²²⁸ É, de fato, um mistério saber como o Presidente, cuja eleição depende do apoio dos partidos e cujos atos dependem da referenda dos Ministros responsáveis perante o Parlamento, tem um acesso especial “*ao interesse objetivo do Estado.*” Trata-se, ao ver de Kelsen, de uma nova versão da velha “*ficção democrática*”, que confunde, na melhor das hipóteses, a vontade da maioria com vontade geral.²²⁹

A tese de Schmitt apresenta, contudo, clara índole autoritária, na medida em que, em um contexto de ascensão institucional do Presidente da República, confere suporte teórico a enorme concentração de poderes na sua figura, chegando a afirmar que, caso o Presidente desconsiderasse os “*direitos das minorias*”, a minoria não seria “*violentada ou forçada, mas apenas conduzida à sua vontade real.*”²³⁰ Kelsen rejeita frontalmente tal perspectiva antiliberal, deixando clara a importância da supremacia da Constituição para a tutela de direitos das minorias, como se vê da seguinte passagem:

A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas de acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor a sua vontade a minorias. (...) Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela

²²⁷ KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da constituição.** Op. Cit., p. 294.

²²⁸ KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da constituição.** Op. Cit., p. 281/282.

²²⁹ Note-se, por outro lado, o caráter conservador da tentativa de limitação dos poderes do Parlamento precisamente no momento em que se expandia o sufrágio, e, que, portanto, grupos anteriormente aliados do processo político passaram a ter representação partidária. A ampliação do direito de voto revela, por sua vez, que a defesa da supremacia da lei e do parlamento assume contornos radicalmente distintos nos séculos XIX e XX: enquanto no primeiro a lei era fruto de um acordo entre burguesia e rei, no segundo a lei resulta de consensos bem mais amplos e complexos, por abrangerem grupos anteriormente segregados do processo político. V. CALDWELL, Peter. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory and the Practice of Weimar Constitutionalism.** Op. Cit., especialmente o capítulo 3 “The Radicalism of Constitutional Revolution: Legal Positivism and the Weimar Constitution”, p. 63/85.

²³⁰ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** Op. Cit., p. 212.

*Constituição, tem, pois, um interesse eminente na constitucionalidade das leis.*²³¹.

Kelsen vai além, na medida em que sustenta ser a jurisdição constitucional o método mais eficaz de garantia da supremacia da Constituição, e, via de consequência, de proteção dos direitos das minorias. Kelsen afirma que a experiência no século XIX confirma a sua concepção, diante da ineficácia dos mecanismos de responsabilização política pela edição de leis inconstitucionais²³² e da atribuição ao monarca de um poder moderador.

Nesta linha, é curioso notar que Kelsen, ao defender que se conceda a um Tribunal Constitucional a função de Guardião da Constituição, segue itinerário que remonta, claramente, à lógica de Marshall. Com efeito, considera que a limitação constitucional dos poderes constituídos somente pode ser realizada, de forma efetiva, caso se atribua a terceiro independente e imparcial o poder de anular a lei ou ato do governo inconstitucional. Na hipótese de atribuir-se aos próprios “poderes políticos” a função de controle (Legislativo e Executivo), a anulação do ato irregular sujeitar-se-ia unicamente à discricionariedade do órgão que o produziu, desconsiderando o axioma de que ninguém é bom juiz em causa própria, e, sobretudo, afastando mecanismos de efetivo controle - que, assim, só serão efetivos se forem externos e resultarem na invalidação do ato.²³³

Apesar da consistência dos argumentos de Kelsen, Schmitt nem se dignou a respondê-los, pois o debate foi encerrado pela “força normativa dos fatos”. A experiência de “absolutismo presidencial”, sobretudo na Alemanha após Hitler se tornar Chanceler em janeiro de 1933, fustigou as instituições liberais, fazendo ruir o sistema constitucional de proteção das liberdades, e, conseqüentemente, inviabilizando a consolidação da jurisdição constitucional na Europa até o segundo pós-guerra.

O liberalismo europeu se mostrou indefeso diante do avanço do autoritarismo, pois se somaram aos fatores políticos e econômicos descritos no início do presente item algumas características que lhe são peculiares, sobretudo a doutrina do *laisser-faire* e a

²³¹ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Op. Cit., p. 182/183.

²³² Por exemplo, Paul Laband, o jurista do Império alemão, defendia que o controle de constitucionalidade das leis se desse através da promulgação da lei pelo kaiser, através da qual, ao aferir a compatibilidade formal da lei com a Constituição, atuaria como Guardião e Defensor da Constituição (Wächter und Hüter der Reichsverfassung). Ademais, o Chanceler assumiria responsabilidade pelo ato, pois também assina a promulgação da lei. LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**. Paris: V. Giard E Briere, 6 vol., 1901.

²³³ KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da constituição**. Op. Cit., p. 240.

falta de preocupações institucionais.²³⁴ O *laissez-faire* permitia ao titular das liberdades um exercício absoluto, inclusive no sentido da sua autoanulação, de maneira a tolerar-se a intolerância. Tal circunstância tornava a democracia um regime suicida, já que mantinha neutralidade não entre dois princípios legítimos, mas entre direito e força.

Por outro lado, a sua dimensão moral superava a institucional; desta forma, os liberais europeus visavam impregnar as mentes das pessoas com os ideais que lhe são caros (v.g. liberdade e igualdade), não dispensando tanta atenção, como os americanos, ao desenho das instituições de forma especialmente propícia a realizá-los.²³⁵ Todavia, em um regime como o nacional-socialista a confiança apenas na consciência moral dos governantes e em uma heróica reação dos governados a atos arbitrários parecia uma quimera, pois os princípios morais dos governantes se embasavam na doutrina nazista, e os dissidentes eram condenados à morte.²³⁶

Assim, a principal lição que deve ser tirada da tragédia do nazismo consiste na íntima relação entre o desenho institucional das democracias constitucionais e tutela das liberdades fundamentais, vale dizer: a ausência da estrutura típica das democracias constitucionais contemporâneas²³⁷ e a falta de consciência de um povo acerca da sua importância facilitam o caminho para totalitarismos que, embora sujeitos a diversos rótulos, apresentam como elemento comum uma forte concentração do poder estatal com efeitos deletérios às liberdades fundamentais.²³⁸

Se os revolucionários burgueses consideravam que os grandes inimigos dos direitos fundamentais eram o monarca, o *ancién regime* e a Igreja - vendo as autoridades eleitas como cultoras das liberdades -, a geração europeia pós-segunda guerra mundial teme também as instituições democraticamente legitimadas e as manifestações diretas do próprio povo. Isto porque, via de regra, os movimentos

²³⁴ KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado – os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional de Direito.** (trad.: Urbano Carvelli). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 443/447.

²³⁵ Ibid., p. 447/453.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Por exemplo, a jurisdição constitucional, a separação dos poderes como freios e contrapesos, catálogo constitucional de direitos fundamentais, eleições livres e periódicas etc.

²³⁸ Veja-se, a propósito, a dura constatação de Kriele: “*A mais importante teoria que se extrai do nacional-socialismo prediz: sem o estado jurídico, no qual cada pessoa tem igual prerrogativa de liberdade e respeito à sua dignidade, e o qual repousa sobre as instituições da divisão de poderes, dos direitos civis, e da democracia, tudo é possível – até os campos de extermínio. Contra isso não ajudam os apelos morais ao detentor do poder, nem exigências morais ou acusações aos cidadãos, juízes, funcionários, nem mesmo uma resistência ainda que corajosa e heróica. Direito e justiça repousam na moral e na opinião, mas, porém, em primeira linha, nas instituições jurídicas e na sua ancoragem inabalável na consciência jurídica do povo.*” (grifos do original) Ibid., p. 452/453.

antiliberais que tiveram lugar na primeira metade do século XX ora contaram com o apoio dos “poderes majoritários”, ora foram placitados pelo povo através de plebiscitos e referendos conduzidos por líderes carismáticos. Constatou-se, então, que os direitos fundamentais podem ser colocados em risco pela própria “democracia”.

Nesta esteira, verificou-se uma dupla tendência nas Constituições do pós-guerra: (i) uma “moralização” dos textos constitucionais, que pode ser ilustrada pela Lei Fundamental de Bonn ter erigido a dignidade da pessoa humana como conceito fundador da nova ordem constitucional, estabelecido limites materiais ao poder de reforma constitucional e submetido o Judiciário à “lei e ao Direito”;²³⁹ (ii) uma confiança na tutela de direitos fundamentais por instituições contramajoritárias, sobretudo pelo Judiciário através da jurisdição constitucional.

Enfim, a jurisdição constitucional encontrará condições propícias para a sua afirmação e expansão na Europa. Diante das radicais mudanças acima referidas, o objetivo do próximo item é, precisamente, o de analisar as características desse novo constitucionalismo *vis-à-vis* o modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional.

3.2 O modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional

Uma das críticas mais poderosas veiculadas por Schmitt à proposta de Kelsen, no sentido de o Tribunal Constitucional desempenhar a função de “Guardião da Constituição”, consiste no fato de ela implicar em “*politização da justiça*”,²⁴⁰ na qual “*a política não tem nada a ganhar e a justiça nada a perder*”.²⁴¹ Schmitt considera que se um Tribunal não se limitar a sua típica função de aplicar a lei a um caso concreto, antes atuando no controle da compatibilidade entre lei e norma constitucional, notadamente sob a égide de constituições repletas de princípios ambíguos e contraditórios entre si, como a de Weimar, não exercerá atividade judicial, mas legislativa.

²³⁹ Este cenário suscitou um “renascimento do jusnaturalismo”, com a proposta de legitimação da nova ordem constitucional em princípios materiais suprapositivos, e não apenas na autoridade ou na efetividade da Constituição. São referências fundamentais dessa tendência as obras de BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. (tradução José Manuel M. Cardoso da Costa). Coimbra: Livraria Almedina, 1994, e RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (tradução Marlene Holzhausen) São Paulo: Martins Fontes, 2004.

²⁴⁰ SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Op. Cit., p. 33.

²⁴¹ GUIZOT. **Des conspirations et de la justice politique**. Apud SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Op. Cit., p. 51.

Isto porque, na hipótese competirá ao Tribunal Constitucional a “*eliminação autoritária da dúvida*”, com a imposição “autêntica” de uma determinada forma de concretizar a Constituição em substituição àquela eleita pela autoridade que produziu a norma proclamada inconstitucional. Nas palavras do publicista alemão:

*toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo normativo duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional.*²⁴²

Salienta Schmitt que a independência judicial visa a garantir que o juiz aplique o direito imparcialmente, baseando-se, portanto, na vinculação do juiz à lei, ou, em suas palavras, no fato de decisão judicial ser “*em seu conteúdo, derivada de uma outra decisão, de modo mensurável e calculável, já contida na lei.*”²⁴³ Desta feita, o controle da compatibilidade da lei a princípios constitucionais abstratos significaria uma primazia da vinculação material da lei à Constituição em detrimento da vinculação material da decisão judicial à lei, descurando que a última se encontra vinculada à independência judicial. Desvinculada do seu suporte de legitimidade, a “*independência judicial não poderá protegê-lo mais (o juiz) da responsabilidade política, se ainda tiver que existir, afinal de contas, uma responsabilidade política*”,²⁴⁴ redundando na instituição de “*uma aristocracia de toga.*”²⁴⁵

Com vistas a evitar o mal da “judicialização da política” - Kelsen concorda com Schmitt no sentido de que tal fenômeno seria um mal à democracia, embora não lhe pareça um consectário natural da instituição de um Tribunal Constitucional -, o mestre de Viena configura o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma extremamente reverente ao legislador. Citem-se, por exemplo, as seguintes atenuações: (i) enquanto no constitucionalismo norte-americano à decisão de inconstitucionalidade tradicionalmente se atribuiu natureza declaratória e efeitos retroativos, Kelsen lhe confere natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos; (ii) ao invés de seguir o modelo difuso dos EUA, opta pelo modelo concentrado em que só o Tribunal

²⁴² Ibid., p. 67.

²⁴³ Ibid., p. 56.

²⁴⁴ Ibid., p. 47.

²⁴⁵ Ibid., p. 228.

Constitucional pode invalidar uma lei,²⁴⁶ (iii) além de cogitar de o Tribunal se privar de invalidar lei nas hipóteses de vício formal não significativo ou de norma em vigor há muito tempo.

Além disso, Kelsen (iv) restringia a atuação do Tribunal Constitucional a uma tarefa de “legislador negativo”, em cujos processos objetivos lhe caberia uma análise exclusivamente da questão de direito afeta à incompatibilidade entre normas, excluindo-se o conhecimento de fatos e interesses concretos.²⁴⁷ Na verdade, Kelsen não negava a importância da análise fática para a proteção de direitos fundamentais, apenas considerava que neste âmbito se colocava, em boa medida, a dimensão criativa da concretização da Constituição, de maneira que o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da discricionariedade do legislador.²⁴⁸ Desta forma, se evidencia a razão pela qual Kelsen considera que a atuação do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” consiste em atividade, no essencial, vinculada, enquanto a função de legislador positivo seria eminentemente criativa.

Especial atenção também deve ser conferida (v) à inviabilidade de princípios constitucionais abstratos – como a igualdade, a liberdade, a justiça, a moralidade, etc.- servirem de parâmetro para a fiscalização da constitucionalidade material de leis, apenas se admitindo que normas constitucionais precisas (regras) sirvam a tal propósito. Veja-se eloquente manifestação do mestre de Viena neste sentido:

Quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia corrente, com que toda ordem jurídica se esforça para paramentar, a delegação de equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão destes valores, que tanto o legislador como os órgãos de execução são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. (...)

Mas, precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As

²⁴⁶ Ao contrário da cultura jurídica norte-americana, que deposita forte confiança no Judiciário e vê com naturalidade a criatividade judicial – mercê da tradição da *common law* –, Kelsen não comunga desta visão a respeito dos juízes ordinários. Na verdade, a insegurança causada pelo antiformalismo preconizado e aplicado pelos adeptos da Escola do Direito Livre e, sobretudo, o ativismo judicial conservador vivenciado na República de Weimar, sobretudo através da interpretação elástica do princípio da igualdade para a proteção da propriedade privada em face de tentativas mais radicais de redistribuição da riqueza, nutriam a sua desconfiança.

²⁴⁷ KELSEN, Hans. **A Garantia jurisdicional da constituição**. Op. Cit.

²⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 85/86.

disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes aos conteúdos das leis. Equivocadamente é claro, porque só assim seria se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. (...)

Para evitar tal deslocamento de poder – que ela (a Constituição) com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um Tribunal Constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos aos conteúdos das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.²⁴⁹

Do exposto se pode entrever que *Kelsen vincula a sua proposta de jurisdição constitucional a uma associação entre um conceito concreto de Constituição e um modelo específico de interpretação constitucional, ambos caracterizados pelo “minimalismo”*. Quanto ao primeiro aspecto, Kelsen não cansa de repetir que a Constituição deve ser uma norma basicamente procedimental, e apenas até certo ponto material, ou seja, uma *norma normarum*, que regule essencialmente a estrutura do Estado e a produção de normas jurídicas, admitindo-se um restrito conteúdo material, vinculado, em regra, a pouco direitos fundamentais de primeira geração. Este é, precisamente, o conteúdo básico da Constituição como norma fundamental de garantia, cujo exemplo maior é a Constituição dos EUA.

Todavia, o modelo de Constituição kelseniano se situa num ponto intermediário entre as tradições constitucionais europeia e norte-americana: por um lado, a Constituição não mais se limita a um repositório de princípios políticos despidos de imperatividade (Constituição como norma diretiva fundamental), na medida em que a sua força normativa é assegurada pela jurisdição constitucional (no que se aproxima da tradição dos EUA de ver a Constituição como “lei” judicialmente aplicável). Por outro lado, a Constituição ainda não é concebida como fonte de direitos e obrigações instituídos pela vontade constituinte do povo e exigíveis em face do Estado através do Judiciário, mas como norma de organização interna do Estado (filiando-se, neste ponto, à tradição europeia do século XIX – Constituição como *frame of government*).²⁵⁰

²⁴⁹ KELSEN, Hans. **A Garantia jurisdicional da constituição**. Op. Cit., p. 126.

²⁵⁰ Aliás, a impossibilidade de Kelsen ver a Constituição como “*decisão constituinte da soberania popular sobre o Estado*”, antes a vislumbrando como “*ordem do Estado*”, decorre do fato de vincular a soberania à ordem jurídica - como corolário da norma fundamental pressuposta -, e não ao poder constituinte do povo, pois a sua análise, dado seu caráter supra estatal, estaria além dos limites da teoria

Já a sua proposta de interpretação constitucional se insere na tradição positivista, na medida em que considera que o Tribunal Constitucional deve se mover no campo determinado da Constituição, isto é, zelar pela adequação das leis a regras constitucionais. Já o juízo de compatibilidade das leis aos princípios constitucionais - a esfera indeterminada da Constituição - deve ser relegado integralmente à discricionariedade do legislador. Com efeito, viu-se no trecho acima citado que, caso o Tribunal Constitucional se utilizasse de princípios como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis, haveria um fenômeno de “*deslocamento de poder (...)* totalmente contra-indicado do ponto de vista político”.

À vista de todas essas cautelas, Kelsen delineou o modelo de jurisdição constitucional típico do positivismo jurídico, que se caracteriza por um “*minimalismo constitucional*”:²⁵¹ ao lado de uma Constituição de reduzido conteúdo material, propôs uma série de medidas visando a promover uma restrição da atividade a cargo do Tribunal Constitucional. Embora não reconhecesse uma liberdade total ao Parlamento (como no Estado de Direito legalista do século XIX), a sua limitação apenas ao aspecto formal - e, excepcionalmente ao aspecto material -, preservou a supremacia do legislador, pois a lei remanesceu como o principal instrumento para a resolução de conflitos políticos, sociais, econômicos, etc. Neste modelo, questionamentos a propósito da compatibilidade de leis com princípios abstratos tendiam a ser automaticamente descartados pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, através de um uso mecânico do princípio da separação dos poderes e seus corolários: discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e a doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas.²⁵²

Desta forma, Kelsen buscou equilibrar as noções contraditórias de supremacia da Constituição e da Lei, ou, em outras palavras, cuidou de defender a criação de um Tribunal Constitucional, atribuindo, via de consequência, força normativa à Constituição, sem abrir mão da tradição europeia de supremacia do Parlamento, pois as principais questões político-constitucionais continuavam a ser decididas pelo Legislativo. Parece, portanto, correto Prieto Sanchís ao afirmar que, com Kelsen, o constitucionalismo europeu atingiu os limites da sua possibilidade de desenvolvimento

pura do direito. As citações são da obra de PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 91.

²⁵¹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, pp. 25/35.

²⁵² Ibid., p. 229/266.

sem mudança de paradigma,²⁵³ algo que só ocorrerá com o constitucionalismo do segundo pós-guerra.

3.3 O “neoconstitucionalismo”

O constitucionalismo do segundo pós-guerra é radicalmente diferente do modelo positivista-liberal. O primeiro aspecto que salta aos olhos é institucional: as Constituições do neoconstitucionalismo são fruto da fusão das tradições constitucionais norte-americana e europeia, na medida em que foram incorporadas da primeira a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade, e da segunda um conteúdo constitucional mais amplo do que o presente na Constituição de 1787.²⁵⁴

Como visto, embora as *Constituições como norma fundamental de garantia* tenham um restrito conteúdo normativo, gozam de efetiva superioridade jurídica sobre as leis, diante do controle jurisdicional de constitucionalidade.²⁵⁵ Em sentido diverso, coloca-se a concepção europeia das normas diretivas fundamentais, as quais veiculam um projeto de transformação política e social, de modo a pré-definir como o Estado deve proceder em futuras intervenções em determinadas matérias, mas que tiveram pouca efetividade, diante da ausência do controle de constitucionalidade.²⁵⁶

Neste dilema entre Constituições sem significativo conteúdo normativo material, mas cuja supremacia era garantida pelo controle de constitucionalidade, e Constituições com denso conteúdo normativo substantivo, mas que, na prática, consistiam em meros aconselhamentos ao legislador, o constitucionalismo contemporâneo optou por uma

²⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 110/111.

²⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: editorial Trotta, 2003, p. 126.

²⁵⁵ Trata-se, portanto, “de um judicialismo estritamente limitado à observância das regras básicas da organização política” e a poucos direitos fundamentais de primeira geração. *Ibid.*, p 125. Naturalmente a constatação de Fioravanti se dirige ao sintético texto da Constituição de 1787, que, em seus sete artigos, basicamente se limita a estruturar o Estado. Todavia, o constitucionalismo norte-americano tem uma conotação bem mais ampla, diante da influência da jurisprudência da Suprema Corte. Sobretudo no século XX florescerá uma postura mais ativista da Suprema Corte na tutela de direitos, seja de viés conservador (Lochner Era), seja de viés progressista (Corte de Warren).

²⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. Entretanto, a adoção do modelo das Constituições flexíveis e a consequente inexistência de controle de constitucionalidade acabaram por reconduzir tão ambicioso constitucionalismo a um legalismo, no qual a tutela constitucional dos direitos se dessubstancializara num oco postulado de reserva de lei. Tal modelo restou amplamente rejeitado a partir do segundo pós-guerra, com a constatação da necessidade de estabelecer-se uma vinculação material do Legislador aos direitos fundamentais.

ousada fusão: Constituições com forte conteúdo normativo e cuja supremacia hierárquico-normativa restaria garantida pelo controle de constitucionalidade.²⁵⁷⁻²⁵⁸

A par desta “rematerialização” da Constituição, há uma transformação mais profunda, que afeta a própria ideia de Constituição, já que ela passa a ser vista

*como fonte direta de direitos e obrigações que nascem não de um Estado que se autolimita, mas da soberania popular ou do poder constituinte que, como no velho contratualismo, desenha uma organização política limitada. A partir daí, a justiça constitucional dos nossos dias se afasta definitivamente da tradição legalista e do absoluto e incondicionado respeito à discricionariedade do Parlamento que inspirou a primeira construção europeia de um Tribunal Constitucional.*²⁵⁹

Assim, embora os Tribunais Constitucionais do segundo pós-guerra tenham herdado o figurino do modelo kelseniano (modelo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade), em seu espírito se aproximam do constitucionalismo norte-americano, ao preconizarem não a soberania do Estado e uma quase ilimitada liberdade de ação do legislador, mas a supremacia da Constituição e a vinculação material do legislador às normas constitucionais. *Enfim, estão presentes em solo europeu os pressupostos teóricos para a expansão do controle de constitucionalidade.*

²⁵⁷ PRIETO SACHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Op. Cit. Neste sentido, as Constituições europeias do segundo pós-guerra - v.g.: Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e as Constituições da Itália de 1947, e da Espanha de 1978 -, e a Constituição brasileira de 1988, acompanhadas da instalação de Tribunais Constitucionais (em 1951 na Alemanha; em 1956 na Itália, e em 1978 da Espanha), revelam nitidamente a tendência a, como reação a barbáries e arbitrariedades cometidas por regimes autoritários (v.g.: nacional-socialismo alemão, fascismo(s) e ditaduras militares), desconfiar dos poderes legitimados pelo voto popular, parecendo o constitucionalismo, com a retirada de valores fundamentais do dia-a-dia do processo político, como a melhor solução.

²⁵⁸ Tais Cartas também incorporaram ao texto constitucional um denso conteúdo moral, especialmente no catálogo de direitos fundamentais. Além das liberdades civis, as quais, em regra, geram ao Estado o dever de simplesmente abster-se de determinada conduta (direitos de defesa), é concebida uma nova geração de direitos cuja satisfação, em regra, impõe ao Estado o implemento de prestações positivas, mais precisamente de custosas políticas públicas. Trata-se dos chamados direitos sociais, de que são exemplos os direitos à saúde, à educação, à previdência e à assistência social. Constata-se, por outro lado, que as liberdades civis poderiam dar azo não apenas a abstenções estatais, mas também ao dever de o Estado levar a cabo prestações positivas com o fito de evitar que terceiros ou fenômenos naturais prejudiquem a efetiva fruição do direito. Além disto, foram positivados direitos difusos e coletivos, considerados de terceira “geração” por apresentarem as características da titularidade coletiva e da indivisibilidade. Ademais, tais Constituições, via de regra, se caracterizam pela “constitucionalização abrangente”, pois incidem sobre amplo domínio, como, por exemplo, as relações de trabalho, a economia, a saúde, a educação, a cultura, a defesa do consumidor, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural, a família etc.

²⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luís. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Op. Cit., p. 92.

*O neoconstitucionalismo trouxe também mudanças significativas no plano da teoria do direito.*²⁶⁰ Particularmente neste âmbito, o uso do termo tem dado azo a ambiguidades, vez que são considerados neoconstitucionalistas autores que, além de nunca terem assim se intitulado, defendem concepções incompatíveis.²⁶¹ Todavia, uma característica parece ser essencial ao “*neoconstitucionalismo teórico*”: a atribuição de força normativa aos princípios jurídicos, ou seja, a ideia de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam mediante ponderação.²⁶²

Para a construção desta ideia teve grande influência a Teoria dos Princípios, erigida, em síntese muitíssimo abreviada, a partir da célebre oposição de Ronald Dworkin²⁶³ à concepção de Herbert Hart, seu antecessor na Cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Oxford, e depois desenvolvida analiticamente por Robert Alexy.²⁶⁴

²⁶⁰ Sobre o tema, ver MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7), p. 41/71.

²⁶¹ Cite-se Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelsky, etc. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 301; SARMENTO, Daniel. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 113/147.

²⁶² PULIDO, Carlos Bernal. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 301.

Um inequívoco marco nesse sentido foi o célebre caso no caso Lüth, no qual o Tribunal Constitucional Alemão fixou ideias fundamentais ao constitucionalismo contemporâneo, ao reconhecer que os direitos fundamentais não assumem apenas o caráter de regras, mas também de princípios, os quais tendem a colidir, de maneira que a ponderação se revela necessária.

Discutia-se neste importantíssimo processo, em abreviadíssima síntese, a juridicidade de boicote organizado em 1950 por Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, contra o filme *Immortal Lover*, de Veit Harlan, popular cineasta no regime nazista e produtor do notório filme antissemita *Jüd Süß*. A produtora do filme ingressou com ação junto à Justiça estadual de Hamburgo, obtendo mandado que impedia Lüth de persistir no boicote, por considerar que a sua atitude violara o art. 826 do Código Civil alemão, assim vazado: “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. O Tribunal Constitucional Federal reverteu a decisão em tela, ressaltando que as cláusulas gerais do direito privado, como os bons costumes, devem ser lidas de acordo com os valores inscritos na Constituição, avultando a importância, na hipótese em tela, da liberdade de expressão. Assim, após o sopesamento do interesse de Lüth em manifestar a sua oposição à tentativa de reabilitação de Harlan e do interesse da produtora em evitar que o boicote pusesse em risco o sucesso do filme, a Excelsa Corte entendeu pela prevalência, em concreto, da liberdade de expressão, considerando, via de consequência, o boicote constitucionalmente legítimo. Cf. ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. Ratio Iuris, Vol. 16, n. 02, June 2003. p. 134; BverfGE 198 (1958); KOMMERS, Donald. P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. London: Duke University Press, 1997, p. 361 et seq.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. *Is Law a System of Rules?* In: SUMMERS, Robert (org.). **Essays in legal philosophy**. California: University of California Press, 1968.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Segundo Hart, a resolução dos casos difíceis, tendo em vista a textura aberta da linguagem jurídica, envolveria, inevitavelmente, uma atuação discricionária do magistrado, insuscetível de tratamento racional (tese da discricionariedade, esposada, com visto, também por Kelsen). Dworkin objeta, porém, que, caso se considere a ordem jurídica apenas como um sistema de regras, identificadas por um critério de *pedigree* (como a regra de reconhecimento de Hart ou a norma fundamental de Kelsen), a constatação de que o juiz exerce um poder discricionário é inevitável, pois certamente inexistirá, em toda e qualquer hipótese submetida ao Judiciário, uma - única - regra jurídica claramente incidente, nem os critérios de interpretação e de solução de conflitos normativos proveriam uma resposta inequívoca. Todavia, caso se considere a ordem jurídica como um sistema de regras e princípios, atribuindo à teoria do direito a tarefa de buscar, incessantemente, critérios objetivos para a aplicação dos últimos, afastar-se-ia - ou, ao menos, seria minimizada - a discricionariedade judicial, pois os últimos forneceriam elementos normativos para a resolução dos casos difíceis, tornando possível a obtenção da resposta correta.²⁶⁵

Busca-se, portanto, construir uma nova teoria do direito que desloque o foco dos “casos fáceis” para os “difíceis”,²⁶⁶ ou seja, para o espaço de indeterminação do direito, pois, embora os instrumentos da hermenêutica tradicional sejam aptos a resolver os primeiros, causa espécie que a teoria do direito positivista se emudeça, precisamente, quando o aplicador do direito mais precisa dela, ou seja, quando se depara com um caso difícil.²⁶⁷

Desta forma, a teoria do direito neoconstitucionalista busca reduzir o grau de discricionariedade judicial na resolução dos casos difíceis, através da criação de pautas de controle que, embora não possam ser consideradas absolutamente objetivas, se pretendem racionais. Cuida-se de um conceito de racionalidade menos exigente do que o lógico-dedutivo, mais voltado para a busca de respostas razoáveis para problemas concretos (ou, mais modestamente, a afastar as decisões patentemente equivocadas),

²⁶⁵ CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

²⁶⁶ Inserem-se entre os casos difíceis, por exemplo, aqueles em que (i) inexistente regra jurídica, de maneira que a resolução do caso se dará com a aplicação direta de princípio, (ii) a aplicação da regra existente gerará solução manifestamente despropositada (i.e. contrária a princípio), ou ainda, (iii) em que há um conflito entre princípios jurídicos.

²⁶⁷ CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**, DOXA 21-I (1998).

destinado, enfim, “a obtenção de uma conclusão sobre o que fazer”,²⁶⁸ bem ilustrada pela ideia de “lógica do razoável”.²⁶⁹

Todavia, os princípios têm um rosto de Jânus: se, por um lado, visam a reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues, notadamente se a afirmação da sua força normativa não vier acompanhada de igual ênfase na necessidade de o Judiciário adotar mecanismos de autorrestrição. Isto porque os princípios se caracterizam por possuírem grau de densidade normativa bem inferior ao das regras, de maneira que na sua aplicação judicial é comum não se verificar clara “predeterminação” dos critérios de decisão pelo legislador; antes tais critérios podem ser determinados pelo próprio aplicador do direito. Há, portanto, um enfraquecimento da vinculação do juiz à norma jurídica (à “decisão programadora” do legislador), há muito considerado pressuposto da independência judicial.

Veja-se, a propósito, a clássica conceituação de Alexy de princípios como mandados de otimização:

(são) normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com

²⁶⁸ BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, verbete: razão prática, p. 334.

²⁶⁹ SICHES, Luis Recasens. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. T. 1, 11 ed., México: Porrúa, 1963. p. 536 et seq. Dados os fins deste tópico, buscou-se iluminar os pontos de convergência entre Dworkin e Alexy. Contudo, deve se ressaltar que há divergências importantes entre os pensamentos dos autores.

Destaque-se a crítica de Alexy no sentido de que a figura idealizada do Juiz Hércules de Dworkin transforma a ponderação em uma atividade monológica na qual o juiz, a partir de uma teoria moral material, reconstruiria a ordem jurídica para obter a “resposta correta”. Todavia, diante do desencantamento do cidadão com teorias metafísicas, em um mundo plural só seriam viáveis teorias morais procedimentais que formulem regras para a argumentação prática racional, para então se construir respostas para os problemas jurídicos. Ao reconhecer que não existe qualquer procedimento que garanta inequivocamente a obtenção da resposta correta, substitui a noção de correção absoluta por uma pretensão de correção. Assim, se a resposta é obtida em um procedimento que observe as regras da razão prática ela pode ser considerada certa, ainda que em um sentido mais débil do que o atribuído por Dworkin. V. ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. In: (Id.). **Derecho y Razón Práctica**. México/DF: Fontanamara, 1993; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005; MAIA, Antonio Cavalcanti; SOUZA NETO, Claudio Pereira. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 67/99. Agradeço à Jane Reis e ao Daniel Sarmento por terem mencionado a pertinência da dissociação entre as perspectivas de Dworkin e Alexy.

*as suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - (...).*²⁷⁰

Portanto, a aplicação dos princípios se dá através do princípio da proporcionalidade, assim decomposto:

*(i) adequação: aptidão do meio eleito em fomentar a promoção da finalidade pretendida; (ii) necessidade: aferição da impossibilidade de o objetivo pretendido ser promovido, com a mesma intensidade, por intermédio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido; (iii) proporcionalidade em sentido estrito: sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.*²⁷¹

Evidentemente que a aplicação dos princípios, mediante a proporcionalidade, apresenta maior tendência à subjetividade do que a aplicação de regras, através da subsunção de fatos concretos à sua hipótese de incidência. Os subprincípios da “adequação” e da “necessidade” encerram, aliás, o juízo fático que Kelsen excluía da jurisdição constitucional para evitar uma “politização do Judiciário”.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, (Posfácio, p. 588).

²⁷¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 798, abril/2002, p. 23/50.

Ademais, a adoção da “teoria externa”²⁷² pelos adeptos da ponderação implica que o “conteúdo inicialmente protegido” dos princípios seja delineado da forma mais ampla possível (suporte fático amplo), para que então o intérprete justifique as restrições empreendidas com vistas à proteção de princípio contraposto, mediante raciocínio ponderativo guiado pela proporcionalidade. Este alargamento do âmbito de proteção inicial dos direitos fundamentais acabaria por reconduzir um sem-número de casos aos direitos fundamentais, circunstância que, segundo os defensores da teoria interna, geraria (i) “uma inflação de direitos fundamentais”, que debilitaria a sua força normativa, (ii) uma “multiplicação de litígios jusfundamentais”, muitos deles alusivos a “falsos casos constitucionais”, da qual decorreria (iii) uma ampliação excessiva das competências da Corte Constitucional.²⁷³

Ainda que não possam ser acolhidas, sem mais, as referidas críticas,²⁷⁴ parece haver forte consenso no direito brasileiro no sentido de que a força normativa dos

²⁷² A teoria externa atribui um caráter bifásico ao processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais: primeiro, verifica-se se a situação em apreço insere-se, ou não, no conteúdo *prima facie* do direito, o qual é delineado da forma mais ampla possível, sem considerar os princípios contrapostos. Após ser constatado o acoplamento, utiliza-se o método da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade para se verificar se o direito *prima facie* foi restringido, no caso concreto, por limites externos impostos por princípios constitucionais com ele colidentes, de forma a excluir a presença de um direito definitivo. Assim, uma situação concreta somente será considerada permitida na hipótese de amoldar-se ao conteúdo *prima facie* do direito e de não ser albergada por restrição. Os limites aos princípios constitucionais são externos (verdadeiras restrições), na medida em que decorrem de recortes ao seu âmbito de proteção inicial, realizados após a ponderação.

A teoria interna considera corolário lógico dos conceitos de rigidez e de supremacia constitucional a negativa da possibilidade de o legislador imprimir efetivas restrições aos direitos fundamentais, porquanto tal medida subverteria a hierarquia das fontes do direito. A propósito, a teoria interna pressupõe a existência de um direito com conteúdo predeterminado constitucionalmente, de maneira que toda posição que exceda tal âmbito de proteção não será objeto de tutela jurídica. Assim, cumpre ao aplicador do direito a tarefa de verificar se o “conteúdo aparente do direito” é também o seu “conteúdo verdadeiro”. A diferença fundamental em face da teoria externa consiste no fato de o conteúdo aparente não abranger posições juridicamente protegidas (sequer *prima facie*), mas se cuida simplesmente de artifício destinado a elucidar o conteúdo predeterminado constitucionalmente, de maneira que, quem invoca um direito aparente atua sem direitos, e não com direitos restringidos por outros direitos ou valores constitucionais. Não há que se falar, portanto, em recortes ao conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental impostos por outros direitos ou princípios (limites externos), mas apenas de limites intrínsecos aos direitos (limites internos ou imanentes), que excluem determinadas situações do seu âmbito de proteção. V. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003; ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; PULLIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ao legislador**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2003; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷³ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: EUNSA, 2000. p. 245/246.

²⁷⁴ Este não é o local apropriado para uma defesa das potencialidades da teoria externa, como, aliás, já o fizemos em BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Ver, a propósito, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

princípios constitucionais e a sua “eficácia irradiante” possuem os seguintes corolários: a possibilidade de o juiz (a) decidir um caso concreto tendo como parâmetro um princípio constitucional, (b) negar aplicação ou invalidar lei incompatível com princípio constitucional, (c) rejeitar uma determinada interpretação ou incidência de lei pela sua desconformidade com princípio constitucional, e (d) de preferir uma determinada interpretação da lei por melhor realizar um princípio constitucional.²⁷⁵ Portanto, toda interpretação jurídica passa a ser também interpretação constitucional.²⁷⁶

Diante do exposto nos dois últimos parágrafos, parece razoável concluir que, caso a adoção deste modelo não seja acompanhada da construção de uma sólida doutrina de autorrestricção judicial, corre-se o risco de permitir que o juiz, ao reconduzir a regra legal a princípios constitucionais, refaça livremente a valoração empreendida pelo legislador, assim como, ao aferir se interpretações ou incidências específicas representam “o melhor meio de otimizar princípios constitucionais”,²⁷⁷ venha simplesmente a afastar a solução contida na regra legal pela que ele reputa a mais justa para o caso concreto. Veja-se que tais assertivas não decorrem naturalmente da ponderação em si, mas de considerá-la o “critério geral de aplicação da ordem jurídica”, do que resultaria que “os princípios devem ser usados sempre que eles puderem servir de fundamento para a decisão, independentemente e por cima das regras, constitucionais e legais, existentes (...)”²⁷⁸

Caso a ponderação seja compreendida, de fato, como “critério geral de aplicação da ordem jurídica” afigurar-se-ia correta a clássica conceituação de neoconstitucionalismo formulada por Luiz Prieto Sanchís:

Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços imunes em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade

²⁷⁵ V. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., p. 362 et seq.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 195.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Op. Cit., p. 194.

ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.²⁷⁹

Todavia, considerar que a Constituição está presente “*em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes*” sugere um conceito de Constituição como “*ordem jurídica fundamental de toda a comunidade*”, na qual “*todos os princípios jurídicos e possibilidades de harmonização para a conformação do ordenamento jurídico já estão in nuce contidos na própria Constituição.*”²⁸⁰ Assim, toda a ordem jurídica estaria contida na Constituição, concebida como “*sistema fechado de princípios*”,²⁸¹ de maneira que caberia ao legislador meramente a sua execução ou a sua declaração, não havendo espaço para a discricionariedade legislativa. A Constituição se convolaria em “*genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para a febre*”²⁸², ou, em outras palavras, em uma “*espécie de Al Corão, onde se encontram preceitos normativos para todas as ações da vida política, social e privada da comunidade*”.²⁸³

Evidentemente que essa “hiperconstitucionalização”, para além das diversas outras vicissitudes que apresenta,²⁸⁴ sufocaria o pluralismo político e as competências do Parlamento, sendo absolutamente incompatível com a democracia. Com efeito, tendo em vista competir ao Judiciário a fiscalização do cumprimento pelo legislador do seu dever de otimizar a concretização de princípios constitucionais “*em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes*”, tal conceito “holístico” de Constituição implicaria uma supremacia judicial em substituição à supremacia parlamentar, presentes no Estado de Direito Legalista e no modelo kelseniano. Considerando-se, ademais, que o neconstitucionalismo não se apóia em valores homogêneos, senão em uma “*constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios*”, competiria ao Judiciário dirimir autoritariamente conflitos concretos entre tais valores no âmbito do controle da constitucionalidade. O resultado inexorável parece ser, de fato, uma “*soberba dos juristas*” com o efeito prático de gerar uma

²⁷⁹ PRIETO SANCHÍS. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Op. Cit., p. 131/132.

²⁸⁰ BÖKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “**Grundrechte als Grundsatznormen**”, p. 197, Apud ALEX Y, Robert. Pósfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 579.

²⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 152.

²⁸² FORSTHOFF, Ernst. **Der Staat der Industriegesellschaft**, p. 144 Apud ALEX Y, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p.578.

²⁸³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 277.

²⁸⁴ A propósito, v. SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Op. Cit.

“*asfixia política por saturação jurídica*”,²⁸⁵ já que a visão judicial sobre conflitos políticos e morais profundos prevalecerá sobre a do legislador.

Dentre importantes autores que aderiram ao neoconstitucionalismo, percebe-se a preocupação em evitar a referida disfunção, sobretudo através dos “limites hermenêuticos” ao controle de constitucionalidade, dentre eles se destacando os mecanismos de autorrestrição judicial. Veja-se, a propósito, expressiva passagem de Luís Roberto Barroso:

*(a declaração da inconstitucionalidade de lei) é atividade que deve ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação dos outros Poderes.*²⁸⁶

Dworkin, por sua vez, enfatiza a necessidade de a decisão judicial aplicadora de princípios morais abstratos se inserir na tradição jurídica do país, buscando, assim, conferir coerência e integridade ao sistema jurídico. O professor da NYU se utiliza da metáfora do “*romance em cadeia*” para descrever este importante limite à interpretação judicial do direito. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem:

*Em tal projeto - romance em cadeia – um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista de cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.*²⁸⁷

Também com vistas a equilibrar os papéis do Judiciário e do Legislativo na concretização da Constituição, Robert Alexy desenvolveu denso estudo da Constituição como “ordem-moldura”, que aqui será utilizado para ilustrar o *approach* típico de autores pós-positivistas em relação à ênfase dos mecanismos de autorrestrição

²⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 152.

²⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 164. Sobre a doutrina da autorrestrição judicial, em abordagem abrangente e percuciente dos seus limites processuais, hermenêuticos, funcionais e temáticos, ver MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 203/301.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (trad. Jefferson Juiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

judicial, dada a influência do autor alemão no debate contemporâneo e o grau de desenvolvimento analítico das referidas categorias. Tal modelo se situa em um ponto intermediário entre uma Constituição puramente procedimental, cujo exemplo típico é a kelseniana, na qual a discricionariedade legislativa é, basicamente, limitada por princípios formais de competência e de procedimento; e uma “Constituição puramente material”, na qual a discricionariedade legislativa é aniquilada por uma determinação holística “*de deveres e proibições para toda e qualquer decisão legislativa imaginável*” (Constituição como ordem fundamental da comunidade).²⁸⁸

Se o primeiro é incompatível com a vinculação material do legislador aos direitos fundamentais, já que tudo lhe é facultado, e, portanto, não se afigura compatível com as Constituições do pós-guerra; o segundo não se coaduna com as competências políticas do legislador, já que tudo lhe é constitucionalmente imposto, reduzindo a atividade legislativa ao cumprimento da Constituição. A Constituição como “ordem-moldura” é um modelo material-procedimental, pois considera que há coisas facultadas e não-facultadas ao legislador pela Constituição. Por sua vez, a discricionariedade legislativa, que se situa no âmbito daquilo que é facultado ao legislador, pode decorrer da estrutura das normas constitucionais (discricionariedade estrutural) ou “*dos limites da possibilidade de conhecer os limites da Constituição*” (discricionariedade epistêmica).²⁸⁹

Em formulação simplificada, para fins didáticos, pode-se dizer que a discricionariedade estrutural confere certa liberdade ao legislador para a escolha de fins e de meios, e para a ponderação. Enfocando-se os subprincípios da adequação e da necessidade, que dizem respeito às possibilidades fáticas da aplicação de um princípio, deles não decorre a aferição judicial de o legislador ter logrado atingir um ponto ótimo, como a única resposta correta para a ponderação. A adequação consiste em critério negativo que elimina meios que sejam patentemente inaptos para o atingimento de determinada finalidade;²⁹⁰ assim, “*não determina tudo, mas exclui algumas coisas*”,

²⁸⁸ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit., Ver no direito brasileiro, por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107/117.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 581/583.

²⁹⁰ O exemplo utilizado por Alexy consiste em decisão na qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu que “a exigência de uma prova de competência comercial no caso da exploração de uma máquina automática para vender cigarros não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde ou contra prejuízos econômicos.” *BVerfGE 19. 330 (338-339) Cf. Ibid.*, p. 589.

que seriam, por sua vez, os meios claramente inidôneos para a realização do fim almejado.

A necessidade, por sua vez, apenas exige que o legislador adote o “meio mais suave” para a realização de um fim, também não se destinando à “*otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais.*”²⁹¹ Por fim, quando resultarem impasses na aplicação da lei da ponderação – assim vazada: “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” -, ou seja, quando se colocarem casos em que o “grau de não-satisfação” e a “importância da satisfação” forem equivalentes (leve v. leve, moderado v. moderado e grave v. grave), nada a Constituição impõe ou veda ao legislador, cabendo a ele decidir discricionariamente.²⁹²

Naturalmente, a aplicação dessas máximas pode ser mais complexa do que o sugerido, suscitando sérias dúvidas, sobretudo nas hipóteses em que houver incerteza quanto aos prognósticos empreendidos na adequação e na necessidade, e quanto à intensidade da restrição a um princípio e à importância da satisfação do outro, na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Daí a importância da discricionariedade epistêmica, que, por sua vez, se refere tanto à incerteza na identificação fatos relevantes (empírica, aplicável às máximas da adequação e da necessidade), quanto às dúvidas relacionadas “*a melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo*” (normativa, pertinente à proporcionalidade em sentido estrito).

Exemplo de aplicação da discricionariedade epistêmica se deu com a decisão na qual o Tribunal Constitucional Federal alemão reputou constitucional a proibição da comercialização de produtos derivados da *cannabis*, sob o argumento de que, diante da falta de “*conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em*

²⁹¹ Alexy usa como ilustração decisão na qual o Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional portaria ministerial por meio da qual se proibiu a comercialização de doces que não fossem puramente de chocolate (contivessem também flocos de arroz), com vistas a proteger o consumidor de compras equivocadas. Todavia, o dever de informação no rótulo de que o doce também contém flocos de arroz seria adequado ao cumprimento do dever de informação do consumidor, e menos invasivo à livre iniciativa. *BVerfGE 53, 135 (146)*. Cf. *Ibid.*, p. 590.

²⁹² O exemplo dado por Alexy, se refere ao caso da Revista Stern, na qual o Tribunal Constitucional Federal considerou constitucional a tipificação penal da conduta referente à transcrição textual de trechos de denúncia criminal em reportagem jornalística (apesar de reportagem que não usasse transcrição literal, ainda que mais sensacionalista, não fosse criminalizada), sob o argumento de que tal norma “não é desproporcional”, já que à uma restrição leve à liberdade de imprensa se opõe uma importância também leve na satisfação dos direitos da personalidade dos réus. *BVerfGE 71, 206*; Cf. *Ibid.*, p. 590.

favor de um ou outro caminho”, competiria ao legislador uma discricionariedade a respeito das “*suposições empíricas*” que fundamentaram a proibição.

A impossibilidade de raciocinar-se a *contrario sensu* - no sentido de que, à falta de certeza científica, deve prevalecer o direito fundamental em jogo, sendo, portanto, inconstitucional a proibição - decorre do “*princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado*”, que confere grande importância à certeza das premissas como variável da ponderação. Assim, Alexy chega à segunda lei da ponderação (a lei epistêmica): “*Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.*”²⁹³ Do seu cotejo com a primeira lei da ponderação decorre que a intensidade de controle judicial não deve ser fixa - um juízo de mínimos ou de máximos -, mas variável, acompanhando, basicamente, dois fatores: “*a intensidade na intervenção em direito fundamental e a certeza das premissas (fáticas e normativas).*”²⁹⁴

Tais elementos, especialmente as duas leis da ponderação, permitiria que a jurisdição constitucional orientada pela aplicação de princípios como mandados de otimização, antes de ser sinônimo de decisionismo judicial, tenha uma “*pretensão de correção*”, na medida em que a validade dos argumentos usados pelo Tribunal Constitucional pode ser aferida por critérios racionais. Tal fato, somado à “*existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos*”, conferiria ao Tribunal Constitucional o papel de promover uma “*representação argumentativa*” do povo, cuja *primazia* diante da “*representação parlamentar*” se justificaria no contexto de uma democracia deliberativa que busca institucionalizar a razão e a correção.²⁹⁵

A propósito, Mark Tushnet parece correto em afirmar que uma cultura jurídica que acredite na existência de direitos objetivos, ou ao menos em um núcleo essencial racionalmente cognoscível, e que acredite que o Judiciário tem uma vantagem em acessá-los quando comparado aos demais departamentos estatais, apoiará a supremacia judicial. Inversamente, uma tradição jurídica que admita a existência de múltiplas

²⁹³ Ibid., p. 617.

²⁹⁴ PULIDO, Carlos Bernal. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 325.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: **Constitucionalismo Discursivo**. (trad: Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 155/166.

interpretações razoáveis de princípios jurídicos, e que não vislumbre razoável vantagem comparativa do Judiciário em face dos demais poderes, contestará a supremacia judicial.²⁹⁶

De uma forma geral, acreditamos que o neoconstitucionalismo, especialmente o recepcionado no Brasil,²⁹⁷ está mais próximo da primeira opção, assumindo um “viés judicialista” que deposita elevadíssimas expectativas sobre a capacidade de o Judiciário tirar do papel as promessas ainda não cumpridas da Constituição de 1988. A noção de Alexy de que o Judiciário exerce uma representação argumentativa, que goza de *primazia* em face da representação parlamentar no âmbito de uma democracia deliberativa, é prova eloquente disso. O risco aqui é de o Judiciário se tornar o “guardião das promessas”²⁹⁸ não cumpridas pela modernidade, verdadeiro “muro de lamentações jurídicas”.²⁹⁹

Além disto, conforme salienta Daniel Sarmiento,

*esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição, como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal.*³⁰⁰

Esta premissa “juriscêntrica” se evidencia pela fato de que, mesmo teorias neoconstitucionalistas que despendem consideráveis esforços em delimitar um espaço razoável para a livre conformação legislativa (como pode ser o caso da ordem-moldura de Alexy, dependendo da leitura que dela for feita), aludem apenas aos mecanismos de autorrestrrição judicial como instrumentos de conciliação entre o controle de constitucionalidade e a democracia, como se o juiz encontrasse limites ao seu poder de decisão apenas no direito positivo e na sua consciência (ou boa-vontade) em não avançar sobre o domínio constitucionalmente reservado aos demais poderes.

São, portanto, absolutamente desconsiderados os limites “externos” à atuação do Judiciário (também denominados políticos ou institucionais), notadamente a

²⁹⁶ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, p. 50/51.

²⁹⁷ No item 4.2.3 a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil será apreciada.

²⁹⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v.19, n.2.

³⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Op. Cit., p. 136.

possibilidade de reação dos demais “poderes” a decisões judiciais indesejadas. Por outro lado, essa “paixão obsessiva” pelo Poder Judiciário deposita nele uma enorme confiança na realização de complexos juízos de sopesamento (v.g. leis da ponderação e epistêmica), que talvez o juiz de carne e osso nem sempre tenha condições de exercer, dadas as suas limitações de conhecimento e de tempo.

Além de normativamente questionável,³⁰¹ este cenário, em uma análise empírica, parece uma ilusão dos juristas. Efetivamente, tal perspectiva ignora o fato de o Judiciário não ter a chave do cofre nem a espada, dependendo da atuação dos demais poderes para fazer valer a sua decisão, sendo, aliás, bastante raros os casos de linhas jurisprudenciais que se mantiveram sólidas ao longo de anos a fio, apesar de contrárias à sólida opinião pública e a consenso estabelecido nos demais poderes. Portanto, após o Judiciário dar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição, ao invés de ser encerrada a discussão, normalmente se verifica o desencadeamento de um processo de interação entre diversos atores: o Congresso Nacional, o Presidente, órgãos administrativos, associações civis e corporativas, a comunidade jurídica e o público em geral.³⁰² Em poucas palavras: há condicionantes políticas à expansão do Poder Judiciário, assim como há limites políticos à sua atividade.

No próximo capítulo serão analisadas as condições facilitadoras da expansão do Poder Judiciário sob a perspectiva da ciência política contemporânea, reservando-se à segunda parte da tese o estudo dos limites políticos à jurisdição constitucional. Neste particular, vale destacar que a abordagem neoconstitucionalista elucida condições relevantes para a compreensão da expansão do Poder Judiciário.³⁰³ Todavia, aportes recentes trazidos pela ciência política revelam outros elementos – complementares aos primeiros – que também são fundamentais à expansão do poder dos juízes. Portanto, no próximo capítulo buscaremos sistematizar as condições que ensejam a ampliação do papel político do Judiciário.

3.4 A expansão do Poder Judiciário

³⁰¹ Ver, a propósito, o capítulo V.

³⁰² FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 200.

³⁰³ Como, p.ex: Constituição como fruto da soberania popular e dotada de catálogo de direitos individuais oponíveis ao Estado, controle de constitucionalidade, constitucionalização abrangente, e métodos de interpretação constitucional mais fluidos, que favorecem o ativismo judicial (ponderação, proporcionalidade, eficácia irradiante dos direitos fundamentais etc.).

3.4.1 Panorama do fenômeno

Embora o controle de constitucionalidade tenha sido, de *Marbury v. Madison* (1803) até meados do século passado, uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se dizer que, atualmente, este mecanismo se universalizou, na medida em que 158 (cento e cinquenta e oito) de 191 (cento e noventa e um) sistemas constitucionais possuem a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.³⁰⁴ Até a Inglaterra, exemplo por séculos de supremacia do parlamento e de constitucionalismo flexível, adotou mecanismo de controle de constitucionalidade em sentido fraco (declaração de incompatibilidade, instituída pelo *Human Rights Act*).

Note-se, a propósito, que a primeira onda de afirmação da *judicial review* se deu logo após a fundação dos EUA, com a prolação do caso *Marbury v. Madison* julgado pela sua Suprema Corte em 1803, pois, muito embora houvesse antecedentes importantes, *Marbury* foi o primeiro caso em que o órgão de cúpula de um sistema judiciário declarou inconstitucional uma lei federal, tendo fornecido a justificativa-padrão para o seu exercício.³⁰⁵ A segunda onda, apesar de ter como precedente importante a Constituição austríaca de 1920 (que instituiu um Tribunal Constitucional à moda de Kelsen), somente ganhou volume no segundo pós-guerra, especialmente com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p.ex. Alemanha, Itália, Portugal e Espanha), e com a reconstrução constitucional de países descolonizados (i.e. Índia). Por fim, já nas duas últimas décadas do século XX, surge a terceira e última onda de expansão do controle de constitucionalidade, em virtude da reconstitucionalização de países latino-americanos libertos das ditaduras-militares (década de 80), e de países ex-comunistas, com o esfacelamento da União Soviética (década de 90).³⁰⁶

³⁰⁴ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81.

³⁰⁵ Ver a seção 2.1.

³⁰⁶ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 82/88. Convém destacar, contudo, que a expansão de instituições contramajoritárias responsáveis pela proteção dos direitos humanos não se restringiu às Constituições nacionais. Ao revés, como resposta à lógica de descartabilidade do ser humano verificada pelo extermínio de onze milhões de pessoas pela Alemanha nazista, o segundo pós-guerra impulsionou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afigurando-se o Tribunal de Nuremberg um marco fundamental de duas premissas básicas da internacionalização dos direitos humanos: a limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que o indivíduo tem direitos protegidos no âmbito

Estudos de ciência política da década de 90 perceberam que a habitual previsão do controle de constitucionalidade nas Constituições da segunda metade do século passado foi acompanhada de “*uma expansão global do Poder Judiciário*”,³⁰⁷ com uma consequente “*judicialização da política*”, assim compreendido o

*processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.*³⁰⁸

Cuida-se, portanto, de um processo de transferência do poder de tomar decisões sobre determinadas questões de alta conotação política em favor dos juízes, e em detrimento dos legisladores e do Chefe do Executivo.

Corroboram o fenômeno análises de direito comparado feitas recentemente, na medida em que revelam a judicialização de questões de alta política, muitas das quais consistem em

*controvérsias nucleares que definem (e frequentemente dividem) toda a comunidade política. A judicialização de questões de alta política (mega politics) inclui algumas subcategorias: processo eleitoral; fiscalização de prerrogativas típicas do Executivo, como no âmbito macroeconômico ou de segurança nacional (i.e. o afastamento do que é conhecido na teoria constitucional como “doutrina das questões políticas”); dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações do regime político; e, sobretudo, a judicialização da formação da identidade coletiva e da nação e de conflitos sobre a própria definição - ou *raison d’être* - da política enquanto tal, provavelmente o tipo mais*

internacional. Posteriormente, a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (1966), e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), além de diversos tratados subsequentes, e da criação de órgãos de monitoramento, dentre os quais o recém-criado Tribunal Penal Internacional, agregaram volume e valor ao referido processo.

³⁰⁷ O estudo precursor no mapeamento do fenômeno é a obra coletiva organizada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, intitulado “**The Global Expansion of Judicial Power**”. New York: New York University Press, 1995.

³⁰⁸ TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder “**The Global Expansion of Judicial Power**”. New York: New York University Press, 1995, p. 28. A outra vertente da “judicialização da política” se refere à incorporação de procedimentos e de modos de decidir tipicamente jurídicos por fóruns de decisão não judiciais. Todavia, dados os objetivos do presente capítulo, iremos nos ater a primeira vertente.

As tentativas de elaboração de teorias explicativas da “expansão global do Poder Judiciário”, e, sobretudo, das suas fortíssimas variações de grau e de natureza, apresentam enormes dificuldades, dentre as quais se destacam as diferentes culturas jurídicas e o fato de os processos de reconstitucionalização terem ocorrido em cenários distintos, como, por exemplo, a reconstrução política após a segunda Guerra-Mundial (Alemanha e Itália), a independência em relação à antiga metrópole (Índia e países africanos), a transição de regime ditatorial para democrático (América Latina e Europa Continental), a evolução de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre mercado (Leste Europeu), a incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Européia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).³¹⁰

De qualquer sorte, diante dos propósitos específicos dessa tese, não se pretende no presente trabalho construir ou mesmo aderir, exclusivamente, a uma única teoria explicativa da “expansão global do Poder Judiciário”, inclusive por concordarmos com Tom Ginsburg no sentido de que tais teorias são “raramente exclusivas”, na medida em que cada uma delas traz fatores que, embora impulsionem, de fato, a expansão do Poder Judiciário, podem conviver em um mesmo sistema constitucional com elementos que tenham igual efeito, presentes em outra teoria.³¹¹ Por exemplo, as duas explicações-padrão vinculam a expansão do Judiciário à ampliação da “consciência de direitos” e à previsão de mecanismos institucionais de divisão do poder nos planos horizontal (separação dos poderes) e vertical (federalismo). Ora, os casos dos EUA, da Alemanha e do Brasil apresentam ambas as características. Assim, nas seguintes linhas serão expostas, de forma simplificada, as principais teorias acerca do fenômeno, e, em seguida, será proposta uma sistematização dos principais fatores que estimulam a expansão do Poder Judiciário, para que, no próximo capítulo, seja analisado o sistema brasileiro antes e depois da Constituição de 1988, à luz das referidas condições.

³⁰⁹ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press p. 123.

³¹⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 7 e 8.

³¹¹ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 88.

Pois bem. A propósito das razões que suscitaram a expansão global do Poder Judiciário, tradicionalmente se digladiavam as teorias conceitualistas e funcionalistas.³¹² Exemplo das primeiras é a noção, fortemente compartilhada, de que a expansão do Judiciário é uma decorrência da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, do surgimento de uma “*cultura de direitos*”.³¹³ Assim, a maior prova desta “*revolução dos direitos*” seria conceber a democracia não mais como sinônimo de “*regra da maioria*” - a qual, como constatado nas experiências traumáticas dos regimes autoritários que grassaram na primeira metade do século passado, pode degenerar-se em tirania da maioria – mas como “*democracia constitucional*”, que pressupõe o respeito aos direitos das minorias.³¹⁴ Os juízes, insulados do processo majoritário, seriam os “*guardiões*”, por excelência, da Constituição. Pelo exposto no item anterior, cuida-se, no essencial, de transposição para a ciência política da tradicional explicação dada pela teoria do direito neoconstitucionalista para a expansão do Poder Judiciário.

Uma variação importante dentro do espectro das teorias conceitualistas vislumbra a judicialização como uma importante medida de limitação do poder em um Estado amplo. Parte do pressuposto da drástica queda na confiança nos governos tecnocráticos e na direção da economia pelo Estado, com a conseqüente preocupação em limitar as discricionariedades legislativa e administrativa e, de modo geral, em restringir toda concentração de poderes em órgãos específicos. Todavia, não se quer que o Estado se demita do exercício de funções chamadas para si a partir do advento do constitucionalismo social. Assim, a melhor medida para a garantia de um Estado amplo, mas, ao mesmo tempo, respeitoso aos direitos individuais e à democracia, ou, em outras palavras, a solução da tensão entre “*demandas pró-governo e antigoverno*”³¹⁵ se dá com

³¹² Além delas, há ainda os modelos econômico-institucionais, que consideram o desenvolvimento da constitucionalização e do Poder Judiciário como mecanismos aptos a mitigar problemas de ação coletiva, especialmente para a viabilidade de políticos firmarem “*compromissos críveis*” em face de investidores de capital. Com efeito, duas condições críticas para o desenvolvimento econômico seriam leis estáveis reguladoras do mercado e um sistema jurídico que proteja a propriedade privada. A “*constitucionalização*” e a “*judicialização*” são vistas, portanto, como instrumentos de proteção da propriedade privada, da estabilidade das relações jurídicas e da obrigatoriedade dos contratos, fornecendo a segurança necessária para serem estimulados os investimentos financeiros no respectivo país.

³¹³ Cf. EPP, Charles. **The Rights Revolution**. Chicago: Chicago University Press.

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

³¹⁵ KAGAN, Robert. American Courts and the Policy Dialogue: the role of adversarial legalism. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 33.

a difusão do poder e dos instrumentos de fiscalização recíproca (dentre os quais se destaca a *judicial review*), nos quais haja o acesso a grupos de interesse minoritários marginalizados no processo político.³¹⁶

Já as teorias funcionalistas afirmam que a “judicialização” decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como, p. ex, a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos mais rígidos de separação de poderes, como o presidencialismo - já que, quando comparado ao parlamentarismo, apresenta maior divisão do poder político entre o Legislativo e o Executivo – fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este departamento estatal terá que agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais “poderes” ou entre os Estados-Membros e a União.³¹⁷ Nos países em que foram concebidas agências reguladoras semiautônomas no âmbito de processo de descentralização da Administração Pública, além de o juiz ser frequentemente chamado a resolver problemas de coordenação entre elas, um Judiciário ativo seria necessário para conter as tendências expansivas das agências reguladoras em face dos direitos individuais e das competência de outros órgãos estatais.³¹⁸

Para além desta dicotomia tradicional entre conceitualistas e funcionalistas, novas teorias têm surgido mediante a exploração de um intrigante paradoxo: tendo em vista que o Judiciário depende dos outros poderes para o cumprimento das suas decisões e para que a sua interpretação da Constituição se mantenha no futuro (pois não tem a espada nem a chave do cofre), a sua expansão só é possível se contar com a aceitação, expressa ou tácita, do demais departamentos estatais. Todavia qual seria o interesse dos grupos políticos que ocupam o Legislativo e o Executivo em tolerar um fenômeno que, ao menos aparentemente, reduz o seu poder político?³¹⁹ O foco, portanto, não mais se coloca em uma cultura de direitos ou em um arranjo institucional caracterizado pela forte divisão do poder, mas na atuação estratégica de grupos politicamente relevantes

³¹⁶ SHAPIRO, Martin. “The Success of Judicial Review”. In: **Constitutional Dialogues in Comparative Perspective**. KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Ed.). New York: St. Martin Press, 1999, p. 193/220.

³¹⁷ ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Yale Law School Occasional Papers, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997.

³¹⁸ SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. New York: Oxford University Press.

³¹⁹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 23; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. Op. cit., p. 211/212

(daí tais concepções poderem ser agrupadas sob o rótulo de “teorias estratégicas”). Enfim, desloca-se a atenção da ideologia e da estrutura do sistema político, para os interesses de grupos políticos e para os conflitos sociais, econômicos e políticos concretamente existentes em uma comunidade estatal.³²⁰

Importantíssima concepção que segue esta esteira é a compreensão da expansão do poder das Cortes como uma espécie de seguro político, da lavra de Tom Ginsburg, segundo a qual os grupos políticos, assim como os investidores financeiros, possuiriam uma “aversão ao risco” (no caso de derrota eleitoral). O Professor da Universidade de Illinois considera existir uma relação de direta proporcionalidade entre incerteza eleitoral e expansão do Poder Judiciário, de maneira que, quanto maior for o temor dos grupos políticos relevantes de perderem as eleições, maior será o seu incentivo à constitucionalização e à judicialização. Isto porque, as Constituições impõem limites materiais ao processo majoritário - cuja efetividade será zelada pelo Judiciário -, evitando que o jogo político seja do tipo em que “o vencedor leva tudo.” Desta forma, a constitucionalização serve como um escudo de proteção aos perdedores no processo político, uma espécie de seguro contra os riscos de uma derrota eleitoral, pois tende a garantir-lhes que as regras básicas do processo democrático e um núcleo mínimo da sua “proposta política” não serão alterados em favor do grupo majoritário, já que estarão “entrincheiradas na Constituição”.³²¹

Assim, o fator fundamental para a expansão do Judiciário é a “incerteza política futura”, de modo que, em sistemas políticos nos quais haja um partido dominante que concentre boa parte do poder político a tendência é que se privilegie a flexibilidade constitucional e a restrição à *judicial review*. Caso, ao contrário, se tenha um sistema em que vários grupos competem pela vitória eleitoral, apresentando significativo grau de difusão do poder, a tendência é a opção por um nível maior de rigidez constitucional e a ampliação da *judicial review*. Daí se vê que há uma propensão natural a que o Judiciário e a democracia avancem juntos. Explica-se: se a alternância dos grupos políticos no poder e a incerteza eleitoral são características básicas das democracias bem ordenadas

³²⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Op. cit., p. 38.

³²¹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 21/34.

e também da expansão do Judiciário, pode-se dizer que uma das causas principais para a ampliação dos poderes dos juízes foi a expansão – também global – da democracia.³²²

Efetivamente, a incerteza eleitoral consiste em relevante fator de expansão do Judiciário. No âmbito específico dos processos de reconstitucionalização de países recém saídos de regimes autoritários, podem ser comparados os casos, por um lado, da Espanha e de Portugal, que no período de transição apresentavam forte difusão de grupos políticos, e, por outro lado, o da Grécia, que teve uma transição para a democracia dominada por um único partido (Nova Democracia, liderado por *Constantine Karamanlis*). Embora os três países tivessem a mesma tradição do direito romano-germânico e as transições tenham sido muito próximas, Espanha e Portugal adotaram um modelo forte de controle de constitucionalidade, enquanto a Grécia foi um dos poucos países europeus que não adotou qualquer instrumento neste sentido.³²³

A bem da verdade, atualmente há um grande consenso doutrinário acerca da vinculação entre a expansão da democracia e a ampliação do controle de constitucionalidade, ainda que as virtualidades e as vicissitudes do fenômeno comportem interpretações distintas. Enfocando a questão de forma crítica, Ran Hirschl, após a análise de um grande número de decisões constitucionais dos órgãos de cúpula dos sistemas judiciários israelense, neozelandês, canadense e sul africano, formulou a sua controvertida teoria da expansão do Judiciário como reflexo de uma atuação concertada entre elites políticas, econômicas e judiciais que, embora se mantenham hegemônicas, encontram-se ameaçadas. Hirschl assevera que, diante da recente representação política de grupos historicamente discriminados, em virtude da universalização do sufrágio, dos serviços educacionais, da difusão da informação etc, a deliberação majoritária no Parlamento não mais representa uma tranquila garantia de vitória às elites.

Assim, seria promovida uma mudança à la Lampedusa: altera-se radicalmente o desenho institucional, substituindo-se a supremacia parlamentar pela supremacia judicial, para que tudo continue exatamente igual ao que era antes, notadamente no que se refere ao uso do poder político como instrumento de preservação do *status quo*. Este

³²² GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 91.

³²³ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Op. cit., p. 39/40.

seria o objetivo da constitucionalização: a retirada de princípios caros às elites do processo majoritário - já que as elites não mais dominam o Parlamento -, com o escopo de usar a retórica da legalidade e da imparcialidade presentes no processo judicial, e, notadamente, o acesso especial das elites ao Judiciário, para a imunização daqueles princípios em face de mudanças desejadas pela maioria, enfim democraticamente representada.

Com efeito, Hirschl descreve da seguinte maneira a alvitrada interação entre as elites políticas, econômicas e judiciais:

*especificamente, eu sugiro que o aumento do poder das Cortes através da constitucionalização é mais bem entendido como um produto da interação estratégica entre três grupos-chave: **elites políticas ameaçadas**, que tentam preservar ou aumentar a sua hegemonia através do insulamento do processo político em geral, e preferências políticas em particular, das vicissitudes do processo democrático enquanto elas professam o seu apoio à democracia; **elites econômicas**, que consideram a constitucionalização de direitos, especialmente da propriedade e demais liberdades econômicas, como mecanismos que estabelecem limites à ação governamental e uma agenda favorável ao mercado e aos negócios; **elites judiciais e Supremas Cortes**, que buscam aumentar a sua influência política e reputação internacional.³²⁴*

Um dos exemplos usados por Hirschl para ilustrar a sua tese foi a posição assumida a respeito do controle de constitucionalidade pela minoria branca integrante do Partido Nacional na África do Sul. Enquanto prevaleceu o *apartheid*, e, por óbvio, a minoria branca pôde confiar no processo majoritário, o regime era o da supremacia do Parlamento, tendo uma emenda constitucional de 1958 vedado expressamente o controle de constitucionalidade, além de o Presidente Paul Kruger ter afirmado que tal mecanismo era “*um princípio inventado pelo Diabo*” e o Judiciário ter feito muito pouco pela redução das iniquidades do regime. Quando não mais se mostrou viável manter o *apartheid* através da repressão, Hirschl afirma que a minoria branca, repentinamente, se “converteu” à doutrina dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, e passou a sustentar a introdução do controle de constitucionalidade “*esperando preservar privilégios.*”³²⁵

Ademais na solução de questões políticas profundamente controvertidas nos países analisados, especialmente a tensão entre valores seculares e religiosos em Israel,

³²⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Op. cit., p. 12.

³²⁵Ibid... p. 91/92.

inerente à cláusula constitucional que qualifica o país como “um Estado Democrático e Judaico”, a posição de Quebec na Federação canadense, as questões de justiça reparatoria em favor da população negra na África do Sul pós-apartheid e em relação à população indígena (maoris e aborígenes) na Nova Zelândia e no Canadá respectivamente, os órgãos judiciais se mostraram fortemente inclinados a decidirem tais conflitos com base nas metanarrativas e nos interesses das elites.³²⁶⁻³²⁷

Conforme salientado acima, tais teorias não são exclusivas, antes iluminando elementos distintos que fomentam - para o bem e/ou para o mal - a expansão do Poder Judiciário. Desta forma, um sistema constitucional pode apresentar elementos inerentes a teorias conceitualistas, funcionalistas e estratégicas em diferentes medidas, circunstância que se revela importante para aferir o nível de expansão do Poder Judiciário e, sobretudo, a quem esse fenômeno vem beneficiando: o povo em geral ou elites políticas e econômicas que eventualmente tenham acesso especial ao Judiciário. Portanto, na próxima seção serão sistematizados os fatores que estimulam a judicialização da política, para que, em seguida, seja analisado o sistema brasileiro, à luz desses critérios.

3.4.2 As condições para a judicialização da política

3.4.2.1 As condições políticas

3.4.2.1.1 A democracia e o pluralismo político

Há significativo consenso doutrinário no sentido de que a principal causa para a expansão do Judiciário é a afirmação da democracia. Há aqui intrigante paradoxo: embora recorrentemente criticada no sentido de ser antidemocrática, a *judicial review* é, sobretudo, um produto da democracia, e tende a expandir-se em compasso com a sua ampliação. Desta forma, na prática a relação que se verifica entre democracia e controle de constitucionalidade se pauta pela sinergia e não pela mútua exclusão. Com efeito, as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário por diversas razões.

³²⁶ Ibid... p. 171/172.

³²⁷ Keith Whittington desenvolveu importante tese acerca dos incentivos políticos que o Presidente da República tem - ou possa ter - na expansão do Judiciário, tema que, embora se afigure de grande relevo em regimes presidencialistas como o brasileiro, escapa aos propósitos desta tese, que busca tratar, sobretudo, das relações entre Judiciário e Legislativo. Ver, a propósito, WHITTINGTON, Keith. **The Political Foundations of Judicial Supremacy – The Presidency, the Supreme Court as Constitutional Leadership in U.S. History**. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

Preliminarmente, convém lembrar que as teorias funcionalistas há muito esclarecem que a difusão do poder político consiste em importantíssimo elemento para a judicialização da política, na medida em que, em um desenho institucional em que há divisão do poder em entidades semiautônomas (entes federativos, departamentos estatais, agências reguladoras, etc.), surge a necessidade de o Judiciário resolver conflitos de coordenação entre elas. Note-se que as democracias bem ordenadas pressupõem a alternância de grupos em postos-chave da representação eleitoral, algo que somente será factível se houver nível razoável de fragmentação do poder político (especialmente entre partidos políticos), pois, se, ao contrário, houver forte concentração do poder em um só grupo, a tendência é a de que ele se mantenha no poder até que mude o quadro político. Assim, em uma democracia bem ordenada caberá ao Judiciário zelar pela observância pelos diversos grupos políticos das regras básicas que regem o processo eleitoral e o processo de produção de normas, servindo como uma instância imparcial de solução de controvérsias acerca dessas regras fundamentais do jogo político. Enfim, a um desenho institucional marcado pela divisão do poder político se soma um sistema político-partidário fragmentado como importantes fatores de expansão do Judiciário.

Dados empíricos comprovam a relação de direta proporcionalidade entre democracia e expansão do Judiciário, destacando-se o fato de as ondas de afirmação do controle de constitucionalidade no século XX terem sido, em regra, antecedidas de processos de democratização dos respectivos países.³²⁸ Além disso, Ginsburg, após ampla pesquisa, concluiu que a “*força do partido dominante*” - assim compreendida a diferença de cadeiras obtidas pelo primeiro e pelo segundo partido (ou coalizão) na primeira eleição após a reconstitucionalização do país - consiste em elemento fundamental para a ampliação das atribuições do Judiciário no momento de elaboração da nova Constituição. Assim, quanto maior for a “*força do partido dominante*” - e conseqüentemente a concentração do poder político - no momento da transição para a democracia, menos amplo será o controle de constitucionalidade, e quanto menor for a “*força do partido dominante*” - e, portanto, mais dividido estiver o poder - na transição, mais amplo deverá ser o controle de constitucionalidade.³²⁹

³²⁸ Ver item 4.2. Conferir, também, HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. Cit., p. 31/32.

³²⁹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. Cit., p. 60/64.

Além dos casos referentes aos processos de reconstitucionalização na Espanha, em Portugal e na Grécia, há diversos outros casos que ilustram a forte influência entre a fragmentação do poder político e a expansão do Poder Judiciário, não apenas no momento de elaboração de uma nova Constituição, mas também ao longo da vigência de uma determinada Carta. Por exemplo, a Suprema Corte japonesa adotou linha jurisprudencial severamente autorrestritiva nos trinta e oito anos em que o Partido Liberal Democrático se manteve no poder, o qual inclusive ignorou decisão daquela Corte que declarara inconstitucional lei que estabelecia os distritos eleitorais japoneses (uma das principais razões para o partido ter se mantido tanto tempo no poder era, exatamente, a falta de atualização da lei de distritos eleitorais, que não acompanhou os fluxos demográficos do campo para as zonas urbanas).³³⁰ No México, por sua vez, houve substancial aumento do poder e da autonomia da Suprema Corte em 1994, precisamente o momento em que o PRI (Partido Revolucionário Institucional), que governou o país por décadas a fio, passou a dividir a sua influência política com grupos rivais, os quais tomaram o poder em 2000.³³¹

Uma importante teorização a respeito da relação entre a fragmentação do poder político e a expansão do Poder Judiciário foi levada a cabo por Tom Ginsburg em sua “teoria do seguro eleitoral”. Conforme antes explicitado, Ginsburg parte da premissa de que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, de maneira que grupos políticos temerosos de perder as futuras eleições terão fortes incentivos em estimular a “constitucionalização” para que sejam impostos limites materiais ao poder do grupo vitorioso, evitando que as eleições se tornem um jogo em que o “vencedor leva tudo.” Enfocando-se o fenômeno sob a melhor luz, tem-se a garantia de que o Judiciário zelará (a) pela proteção às regras do jogo eleitoral para evitar tentativas de “virada de mesa” pelo grupo que se encontra no poder, e (b) pela intangibilidade de um consenso político mínimo, de maneira a que todos os grupos (razoáveis) se vejam minimamente reconhecidos no projeto constitucional. Assim, a garantia de lisura das regras eleitorais e da preservação do núcleo básico da sua “proposta política” mesmo no caso de derrota

³³⁰ Ibid. p. 98.

³³¹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Op. Cit, p. 42.

eleitoral, mantém os perdedores vinculados ao projeto constitucional, desestimulando soluções extraconstitucionais.³³²

Note-se, ademais, que em regimes nos quais haja profunda difusão do poder político surgem diversos pontos de veto (*veto points*), circunstância que pode enfraquecer o potencial de a coalização majoritária decidir questões profundamente controversas inclusive em sua base (v.g. aborto, anistia de crimes ocorridos no regime anterior, etc.), de molde que grupos de interesse tenderão a buscar no Judiciário a sua solução. Ademais, a fragmentação da coalização governamental dificultará reações políticas à decisão judicial sobre a matéria (i.e. através de emenda constitucional superadora da decisão), de maneira que as dificuldades de decisão e de reação pelas instâncias majoritárias em questões fortemente controversas pavimentam o caminho para a expansão do Judiciário.

Sem embargo, não há garantia de que sejam retiradas do processo deliberativo majoritário apenas as regras básicas do jogo democrático e um consenso político mínimo, antes podendo ser imunizados privilégios, interesses corporativos e visões de mundo particulares ameaçadas pela universalização do sufrágio, como sugere Hirschl em sua concepção extremamente crítica acerca da expansão do Judiciário. A única forma de saber se a “constitucionalização boa” supera a “ruim” é através da análise dos resultados concretos de uma determinada experiência constitucional, que, muito provavelmente, contará com ambos os elementos em diferentes medidas. De qualquer sorte, parece inequívoco que a alternância eleitoral e a fragmentação do poder fomentam a expansão da “constitucionalização” e da “judicialização” - seja para o bem, seja para o mal.

3.4.2.1.2 Federalismo e separação entre os poderes

Como visto, as teorias funcionalistas sustentam, com propriedade, que a divisão vertical (federalismo) e horizontal (separação dos poderes) do poder político gera maior fracionamento em seu exercício, daí decorrendo frequentes conflitos de atribuições entre entes federativos e departamentos estatais, que, em regra, se convolam em

³³² GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases.** Op. Cit..

conflitos constitucionais dirimidos pelo Judiciário (normalmente pelo seu órgão de cúpula). Bruce Ackerman considera que o “*cenário federalista*” é um dos padrões fundamentais para o atual fenômeno de afirmação de constitucionalismo (rígido) mundial. Com efeito, trata-se de “*caso standard*” de afirmação do controle de constitucionalidade a situação em que um grupo de Estados delega um complexo de funções para um embrionário centro, o qual tenta afirmar a tese de que leis contrárias ao “tratado” são inválidas (inconstitucionais). Se a Suprema Corte aceitar essa perspectiva, o tratado começa a convolar-se em Constituição.³³³

A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA de *Marbury v. Madison* até a *Lochner Era* comprova o vínculo estreito entre federalismo e controle de constitucionalidade. De fato, as principais decisões tomadas pelo Tribunal em matéria constitucional no período visaram a consolidar o federalismo norte-americano, v.g: em *Cohens v. Virginia* (1821) a Suprema Corte decidiu pela sua competência para julgar recursos interpostos de decisões de Cortes estaduais em que o Estado fosse parte; em *Fletcher v. Peck* (1810) declarou, pela primeira vez, uma lei estadual inconstitucional; em *McCulloch v. Maryland* (1819) afirmou que o Congresso Nacional dispunha de poderes implícitos, inclusive para conceder isenção tributária para um banco nacional, etc.³³⁴

A separação de poderes, ao também promover o fracionamento do exercício do poder político, pode, assim como o federalismo, gerar problemas de coordenação entre os departamentos relativamente independentes que são, em regra, solucionados pelo Poder Judiciário. Como salienta Ackerman,

*assim como a criação de poderes independentes no centro e na periferia aumenta a necessidade funcional de um juiz relativamente imparcial coordenar a dinâmica de interação institucional, o mesmo acontece com a criação de um Presidente poderoso e de um Legislativo independente.*³³⁵

³³³ ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Yale Law School Occasional Papers, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997, p. 4.

³³⁴ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. Cit., p. 93.

³³⁵ ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Op. Cit., p. 14.

A importância da separação de poderes para a expansão do Judiciário pode ser comprovada mediante a comparação entre as estruturas administrativas de que se valeram os Estados europeu e norte-americano para levarem a cabo as crescentes atividades a seu cargo: enquanto na Europa foram construídas burocracias administrativas centralizadas, nos EUA se optou por uma estrutura altamente descentralizada e fundada em direitos, nos quais os juízes desempenhavam uma função muito mais relevante do que os seus colegas europeus na resolução de problemas de coordenação entre as agências reguladoras e na contenção de eventuais atos arbitrários que prejudicassem direitos individuais. Desta feita, a tradição norte-americana de desconfiança em qualquer concentração de poderes, com a consequente adoção de um arranjo institucional fortemente descentralizado e *rights-based*, para que um governo com amplas atribuições não se convolasse em tirano, consistiu em importante fator para o avanço da judicialização naquele país.³³⁶⁻³³⁷

Note-se, por fim, que os “conflitos de coordenação” que costumam ser deslindados pelo Judiciário se referem não apenas a “conflitos positivos”, em que dois ou mais entes públicos se julgam competentes para a prática de um ato, mas também a “conflitos negativos”, em que entes se atribuem reciprocamente determinada atribuição. Hipótese singularmente relevante e frequente da última ocorre com a negativa de instituições politicamente legitimadas se pronunciarem sobre temas altamente divisivos na sociedade, diante do temor de que qualquer posição assumida lhe cause sérios danos eleitorais.³³⁸ Constitui clássico exemplo a postura do Presidente Luís Inácio Lula da Silva diante do debate sobre a aplicação, ou não, da lei da anistia aos acusados de tortura durante o regime militar. Diante da notável polarização, sobretudo, entre as Forças Armadas e setores mais à esquerda do espectro político (muitas delas atuantes no

³³⁶ KAGAN, Robert. American Courts and the Policy Dialogue: the role of adversarial legalism. In In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p 33.

³³⁷ Somente com os movimentos de privatização ocorrido a partir da década de oitenta, a Europa adotará uma burocracia administrativa mais descentralizada, favorecendo a expansão do Judiciário na seara específica do controle da validade dos atos administrativos. V. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

³³⁸ TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **“The Global Expansion of Judicial Power”**. New York: New York University Press, 1995, p. 32.

próprio partido do Presidente), o Presidente Lula afirmou que se trata de “*assunto da Justiça*”.³³⁹

3.4.2.1.3 Ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário

As Constituições contemporâneas atribuem ao Estado multifárias atividades, de maneira que, se as instituições majoritárias não conseguem realizá-las de forma efetiva e adequada à luz da visão do povo e dos líderes de grupos de interesse de maior poderio político - em virtude, p.ex., de conflitos na coalizão majoritária acerca de assuntos profundamente conflituosos, trancamento da pauta do Legislativo pela pendência de aprovação de medidas urgentes, ou mesmo pela desconfiança do povo acerca das suas virtudes -, há uma tendência natural de os cidadãos em geral e os grupos de interesse mobilizarem o Judiciário com vistas à realização da sua agenda política.

Conforme salienta, com propriedade, Neal Tate

*quando o público e líderes de grupos de interesse e de organizações sociais importantes consideram que as instituições majoritárias estão imobilizadas, só atendem ao próprio interesse, ou mesmo são corruptas, não é surpreendente que aceitem a transferência de poderes políticos ao Judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e os legisladores. Na verdade, tal tendência deve apenas ocorrer quando se reputar que as instituições judiciais têm **maior** respeito e legitimidade do que outros entes governamentais.*³⁴⁰

3.4.2.2 As condições institucionais

3.4.2.2.1 Catálogo de direitos

³³⁹ Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da reportagem intitulada “Para Lula, Lei da Anistia é assunto da Justiça”: “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva avalia que foi um erro da Secretaria Nacional de Direitos Humanos incluir no novo plano setorial - cujo decreto vem provocando embate dentro e fora do governo - assuntos relacionados à Lei de Anistia. Contrariado com os conflitos desencadeados pela versão final do Programa Nacional de Direitos Humanos, o presidente afirmou a auxiliares que esse tema deve ser tratado exclusivamente pelo Poder Judiciário, e não pelo Executivo.” Disponível no site <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/01/10/para-lula-lei-da-anistia-assunto-da-justica-915500367.asp>; acesso em 20.05.2010. A questão já foi decidida pelo STF no âmbito da ADPF n. 153, na qual restou assentada a recepção da lei da anistia, bem como a sua aplicação aos acusados de prática de tortura no regime militar. Ver o item 4.2.4.

³⁴⁰ TATE, C. Neal. “**Why the Expansion of Judicial Power**”. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. “**The Global Expansion of Judicial Power**”. New York: New York University Press, 1995, p. 30/31.

Parece natural que o surgimento de uma cultura política de direitos fundamentais seja facilitada em países que contenham um catálogo de direitos,³⁴¹ sobretudo quando a sua preeminência em face do processo político majoritário for garantida pelo controle de constitucionalidade. Assim, há uma tendência de que, quanto mais ampla for a Carta de Direitos e o rol de garantias da sua imediata aplicabilidade e efetividade, maior será a sua judicialização.

Quanto ao primeiro aspecto, convém notar que a tradicional feição dos direitos fundamentais como direitos do indivíduo a exigir abstenções estatais (prestações negativas) vem sendo consideravelmente ampliada, com a afirmação dos direitos sociais prestacionais e dos direitos difusos e coletivos, caracterizados, respectivamente, pela dimensão positiva e pela titularidade coletiva. Em relação ao segundo aspecto, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “geração” têm se afirmado como parâmetros de aferição da constitucionalidade de leis, mesmo quando descritos em normas mais vagas (princípios), assumindo inclusive eficácia bloqueadora em face de emendas constitucionais em determinados países (Alemanha, Portugal, Brasil, Índia etc.). A par destes fatores, passou-se a considerar que os direitos fundamentais se consubstanciam não apenas em direitos subjetivos, mas ostentariam também uma dimensão objetiva: enquanto normas de maior densidade moral da Constituição, verdadeiras reservas de justiça,³⁴² teriam o potencial de irradiar-se para além da relação jurídica vertical entre indivíduo e Estado para a qual foram originariamente concebidos, aplicando-se às relações travadas entre particulares, e penetrando nos diversos ramos do direito infraconstitucional, notadamente através da atribuição de sentido concreto às cláusulas gerais.³⁴³

Todavia, a existência de um catálogo constitucional de direitos fundamentais é uma condição facilitadora, porém não necessária, para a judicialização da política.³⁴⁴ Há exemplos de aplicação significativa de direitos fundamentais pelo Judiciário - inclusive como um limite ao processo majoritário - em países cujo catálogo constitucional está

³⁴¹ VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching in” In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **“The Global Expansion of Judicial Power”**. New York: New York University Press, 1995.

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003.

³⁴³ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua aplicação às relações privadas, ver SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, p. 133/173.

³⁴⁴ TATE, C. Neal. **“Why the Expansion of Judicial Power”**. Op. Cit., p. 28.

contido em uma lei, e não em um documento formalmente constitucional. Israel ilustra bem o exposto: seguidor da tradição britânica da *commom law*, Israel não possui uma Constituição escrita e dogmática; ao revés, onze “Leis Fundamentais” compõem o núcleo da sua Constituição não escrita e histórica. Em 1992 foram editadas duas novas “Leis Fundamentais”, intituladas “Dignidade Humana e Liberdade” e “Liberdade de Profissão”.

Em 1995 a Suprema Corte israelense produziu a sua versão de “*Marbury v. Madison*”: refere-se ao caso *United Mizrahi Bank*, no qual o Tribunal pela primeira vez declarou inconstitucional uma lei do Parlamento israelense (*Knesset*), que exonerara assentamentos agrícolas de pagarem elevados débitos que possuíam em face dos principais bancos locais, sob o argumento de violação à propriedade. Depois disto, a Suprema Corte se tornou um agente político fundamental em Israel, decidindo algumas das questões políticas mais importantes do país, como a controvérsia sobre quais imigrantes são considerados judeus (e, assim, podem gozar dos respectivos benefícios governamentais) e o complexo equilíbrio entre os valores seculares e religiosos em uma sociedade que se autointitula um “*Estado Democrático e Judaico*”.³⁴⁵

3.4.2.2.2 Controle de constitucionalidade e o seu perfil

3.4.2.2.2.1 Acesso e o uso das Cortes por grupos de interesse e por partidos de oposição. Atos impugnáveis no controle de constitucionalidade

O acesso à jurisdição constitucional tem variado bastante ao redor do mundo, desde a adoção de modelos mais restritivos, como o modelo original do Tribunal Constitucional austríaco que restringia o acesso aos governos federal e estaduais - convolvendo-se, basicamente, em instrumento de proteção do federalismo - até mecanismos bastante elásticos, como é o caso do controle abstrato na Hungria, que conferiu legitimidade ao cidadão em geral. De qualquer forma, os modelos principais de legitimação são os seguintes: apenas órgãos governamentais (Áustria 1920 e França até 1974), órgãos governamentais e minorias legislativas (França após 1974, Bulgária e Romênia), órgãos governamentais e qualquer Corte (Taiwan e Polônia até 1997), órgãos

³⁴⁵ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. Cit., p. 22.

governamentais, qualquer Corte e cidadãos (Alemanha), e órgãos governamentais, minorias legislativas e entidades da sociedade civil (Brasil após 1988).³⁴⁶

Contudo, a questão fundamental é a seguinte: quanto maior for o acesso, maior a tendência à judicialização da política. Exemplo singular do exposto é dado pelo caso francês: enquanto a legitimidade se manteve restrita a órgãos governamentais, a atuação do *Conseil Constitutionnel* permaneceu vinculada à fiscalização da observância pelo Legislativo e pelo Executivo da divisão do poder normativo estabelecida na Constituição de 1958 entre o domínio da lei e do regulamento, reduzindo, basicamente, a sua atuação a questões ligadas a separação entre os poderes (sobretudo para evitar invasões do Legislativo no domínio do regulamento). Todavia, após a aprovação da emenda constitucional de 1974, que possibilitou que um grupo de, no mínimo, sessenta deputados provocasse *Conseil Constitutionnel*, a sua atuação cresceu bastante em volume e importância, inclusive na seara de proteção dos direitos fundamentais.³⁴⁷

Especial atenção, contudo, deve ser conferida à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares (ou partidos minoritários), visto que tal fator torna o Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas. Tem-se, assim, um cenário em que o Direito é caracterizado pela contínua disputa entre grupos de interesse a respeito da “correta” interpretação de um dispositivo constitucional ou legal, denominado por Robert Kagan de “*adversarial legalism*”.³⁴⁸

Além da legitimidade, outro aspecto fundamental à análise do acesso à Corte se refere aos atos passíveis de impugnação no controle de constitucionalidade, na medida em que, quanto mais amplo for o rol dos respectivos atos, maior o estímulo à judicialização (v.g. só aferição de atos normativos ou também de atos concretos, análise

³⁴⁶ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003, p. 38.

³⁴⁷ V. ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. 7e édition. Paris: Montchrestien, 2006.

³⁴⁸ KAGAN, Robert. American Courts and the Policy Dialogue: the role of adversarial legalism. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 3/13. Conforme salienta Ernani Carvalho “a judicialização da política é um processo que se alimenta de interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e luta das organizações sociais, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais para a realização dos seus objetivos.” CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia Política**, 2004, n. 23, p. 118.

apenas de atos primários ou também dos secundários, exame, ou não, de normas anteriores à Constituição, aplicação, ou não, da doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas, etc).³⁴⁹

3.4.2.2.2 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Quanto aos *efeitos subjetivos* da declaração de inconstitucionalidade, eles poderão ser gerais (*erga omnes* e vinculantes) ou *inter partes*. Os primeiros implicam a invalidação da lei, de maneira que a decisão produz efeitos não apenas para as partes do processo, mas para todos os destinatários da norma constitucional (efeito *erga omnes*), vinculando, inclusive, os órgãos judiciais e administrativos responsáveis pela aplicação da norma (efeito vinculante). Os efeitos meramente *inter partes*, como o nome sugere, vinculam apenas as partes do processo, não impedindo a aplicação futura da lei reputada inconstitucional pelos órgãos judiciais e administrativos, caso, evidentemente, não forem acompanhados pela doutrina do *stare decisis*.³⁵⁰

Trata-se, evidentemente, de solução adequada aos poderes políticos que não desejam significativa limitação das suas atividades pela jurisdição constitucional, não sendo por acaso predominantemente utilizada na América Latina ao longo do século XX. Os efeitos *inter partes* só apresentam eficácia significativa em limitar a ação governamental quando ela atinge um grupo pequeno de pessoas, especialmente se dotadas de um patrimônio mínimo (questões ligadas à propriedade, tributação, concursos públicos, etc.). Todavia, atos governamentais que atinjam um grande número de pessoas, ou que tenham como destinatários pessoas com reduzido acesso à justiça, continuarão em boa medida isentos de um efetivo controle de constitucionalidade.³⁵¹

Assim, a condição fundamental para a expansão da judicialização são os efeitos da decisão, e não, propriamente, a competência (controle difuso ou concentrado) ou o

³⁴⁹ Ver, a propósito, o amplo e denso estudo de direito comparado elaborado por José Adércio Leite Sampaio. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 191/203.

³⁵⁰ A expressão decorre da seguinte frase em latim é “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “*deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo*” é um dos princípios fundamentais dos sistemas jurídicos da *common Law*, nos quais as cortes inferiores estão vinculadas aos precedentes das Cortes superiores. Sobre o tema ver SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, Feb. 1987.

³⁵¹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. Cit., p. 42.

modo de exercício (controle incidental ou abstrato), ainda que pareça razoável sustentar que o controle difuso gere uma tendência à judicialização vinculada à consciência de direitos, pois depende da mobilização de argumentos constitucionais em lides individuais. Já o controle abstrato, principalmente se a legitimidade for restrita a poucas autoridades estatais, tende a vincular-se a problemas de coordenação ligados à separação dos poderes e ao federalismo. Ademais, o controle abstrato dá azo a uma aferição em tese da compatibilidade entre normas, de maneira a distanciar o Judiciário da sua função típica (aplicação da lei ao caso concreto, para a resolução de lides), aproximando-a de uma função legislativa, de inequívoco caráter político.

Quanto aos *efeitos objetivos* da decisão, parece evidente que teorias mais ampliativas, as quais afirmam que os precedentes da Corte Suprema vinculam os demais órgãos judiciais não apenas em relação ao seu dispositivo (i.e. invalidação de determinada lei, como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade), mas também no que toca aos seus motivos determinantes (*ratio decidendi*), assim compreendida a norma ou a tese jurídica central que se extrai da solução do caso concreto,³⁵² consistem em forte fator de fortalecimento do Judiciário.

Por fim, os *efeitos temporais* também constituem elemento importante para o estímulo à judicialização. Com efeito, a adoção da perspectiva norte-americana de que as decisões de inconstitucionalidade têm natureza declaratória e efeitos retroativos (*ex tunc*), de modo a invalidar todos os efeitos produzidos pela norma desde o seu nascedouro, evidentemente constitui elemento favorável ao fortalecimento do Judiciário. Já a solução kelseniana, no sentido de atribuir à decisão de inconstitucionalidade natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos (*ex nunc*), na medida em que convalida os efeitos produzidos pela norma até a decisão da Corte, ameniza a influência da decisão judicial em favor das competências parlamentares.³⁵³

Todavia, mais complexa se afigura a análise dos sistemas jurídicos no quais se autoriza o Judiciário (ou a Corte Constitucional) a modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, autorizando-lhe a decidir caso-a-caso por efeitos retroativos ou prospectivos com base em parâmetros normativos fluidos (como

³⁵² V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118/120.

³⁵³ Sobre os modelos norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, ver CAPPELLETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, p. 120/124.

“segurança jurídica” e “interesse social”, critérios eleitos para tal fim pelo art. 27 da Lei n. 9868/99). Na hipótese, a análise do estímulo à judicialização dependerá não apenas da amplitude do efeito invalidatório da decisão judicial de inconstitucionalidade sobre a norma (se total como na eficácia *ex tunc*, ou parcial no caso dos efeitos *ex nunc*), mas também da natureza da atividade de modulação dos efeitos temporais.

A evolução, neste particular, da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana contribui para esclarecer o exposto. Desde *Marbury* a natureza declaratória e os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade têm prevalecido no direito norte-americano como um corolário da supremacia da constituição sobre as leis, já que tal postulado conduziria à natural conclusão de que as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito. Entretanto, a Corte de Warren afirmou em 1965, no caso *Linkletter v. Walker*,³⁵⁴ à guisa de justificar a invalidação com efeitos *ex nunc* de norma que dispunha sobre a produção de provas em processos penais, que a Constituição de 1787 “*não proíbe nem requer os efeitos retrativos*”.³⁵⁵ Assim, a atribuição de efeitos temporais às decisões de inconstitucionalidade seria matéria de “*política judiciária*”, competindo à Corte decidir casuísticamente. Contudo, em *Griffith v. Kentucky* (1980), uma Suprema Corte crítica ao ativismo da Corte de Warren superou *Linkletter*, tendo “*eliminado os limites à retroatividade em processos criminais*”.³⁵⁶ Na ocasião, o Tribunal retornou ao entendimento original de que lei inconstitucional é nula de pleno direito, tendo inclusive asseverado que é contrária à “*natureza da judicial review*” conceder ao Judiciário a atividade essencialmente legislativa de modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade.

Há no debate constitucional norte-americano uma explícita associação entre, por um lado, ativismo judicial e atribuição ao Judiciário do poder de modular, casuísticamente, os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, e, por outro, autorrestrição judicial e efeitos retroativos. O juiz da Suprema Corte mais apegado à literalidade da Constituição de 1787 (textualismo) deixa claro o antagonismo. Com efeito, Antonin Scalia considera que “*tanto críticos quanto defensores reconhecem que a técnica das decisões prospectivas é um instrumento prático do ativismo judicial*”, na medida em que viabiliza a “*criação consciente e deliberada de normas pelo*

³⁵⁴ 381 US 618, 629 (1965).

³⁵⁵ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. New York: New York University Press, 2000. p. 218.

³⁵⁶ 479 US 314 (1987). *Ibid.*, p. 219.

Judiciário”.³⁵⁷ A seu ver, a modulação de efeitos é incompatível com o Poder Judiciário, na medida em que consiste em atividade legislativa, a cargo do Parlamento.

Por ocasião da aprovação da Lei n. 9868/99, levantaram-se, no Brasil, críticas de igual teor ao seu artigo 27, sendo que uma das mais influentes foi de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que a modulação de efeitos teria retirado a rigidez da Constituição de 1988 e transformado o STF em “*uma terceira Câmara Legislativa*”.³⁵⁸ Em resposta, os defensores da modulação a consideraram uma natural ponderação entre princípios constitucionais (i.e. nulidade da lei inconstitucional v. segurança jurídica), que, além de amoldar-se às atribuições das Cortes Constitucionais contemporâneas, se revela imperiosa ante a necessidade de estes Tribunais zelarem pelos efeitos concretos das suas decisões.³⁵⁹

Independentemente da disputa sobre a legitimidade da modulação de efeitos temporais, parece, de fato, haver consenso entre adeptos e críticos de que a modulação de efeitos temporais confere um significativo poder político ao Judiciário. Efetivamente, competirá a este departamento estatal analisar, caso-a-caso e com base em parâmetros normativos fluidos (v.g. segurança jurídica e interesse social), a partir de que momento uma lei deixará de produzir efeitos diante da sua incompatibilidade com norma constitucional. Embora a concessão dessa notável prerrogativa ao Judiciário consista, a princípio, em fator favorável à judicialização, a forma segundo a qual o seu órgão de cúpula a exercerá parece ser o fator decisivo para a efetiva categorização da modulação como um elemento de ativismo ou de autorrestrrição judicial. De fato, o uso de técnicas de modulação (sobretudo os efeitos *pro futuro*) pode permitir não apenas a autocontenção do Judiciário, mas igualmente que o Judiciário se demita de dar a última palavra sobre determinada questão constitucional controvertida, participando de profícuo diálogo com outras instituições políticas.

3.4.2.2.3 Rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional

³⁵⁷ Conferir o voto (*concurring opinion*) que Scalia proferiu no caso *Harper et Al v. Virginia Department of Taxation*. 509 U.S. 86 (1993). Disponível no site <http://supreme.justia.com/us/509/86/case.html>. Acesso em 31.05.2010.

³⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade”. *RDA*, 220: 1/17-2000.

³⁵⁹ SARMENTO, Daniel. “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”. In: SARMENTO, Daniel (org.) **O Controle de Constitucionalidade e a Lei n. 9868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 101/139.

Parece óbvio que, quanto mais amplo for o elenco de competência da Suprema Corte ou Corte Constitucional, mais matérias serão retiradas do processo político ordinário e decididas pelo Poder Judiciário. Todavia, mais importante do que o aspecto quantitativo, parece ser o relevo político das matérias submetidas à Corte, inclusive porque uma forma de inviabilizar o funcionamento de uma Suprema Corte é dotá-la de um rol de atribuições inexecutável e de reduzida importância.

Atualmente, uma miríade de competências de relevo político vem sendo atribuída aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, cumprindo citar, p.ex.: os controles incidental e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, os conflitos federativos entre a União e os Estados-Membros, processos penais em face de determinadas autoridades (Presidente, Parlamentares, Ministros, etc.), lisura do processo eleitoral, validade de plebiscitos e referendos, ações especiais para a tutela das liberdades civis e dos direitos fundamentais em geral, resolução de conflitos de competência entre tribunais, julgamento de pedidos de extradição, execução de sentenças estrangeiras, etc.³⁶⁰ Como reflexo do atual fenômeno de judicialização da política, algumas atribuições chamam atenção pelo seu caráter radicalmente político, p. ex.: a Constituição da África do Sul concedeu à Suprema Corte o poder de “certificar” o projeto de Constituição elaborado por Assembleia Nacional Constituinte; a Constituição Húngara atribuiu à Corte Constitucional a competência para determinar a dissolução do Parlamento caso a instituição elaborasse, com frequência, leis inconstitucionais³⁶¹ etc.

3.4.2.2.4 Nomeação e investidura dos membros da Suprema Corte ou da Corte Constitucional

A definição do tempo de permanência dos membros da Suprema Corte (SC) ou da Corte Constitucional (CC) em seus cargos é uma das questões mais importantes de desenho institucional do Judiciário, na medida em que repercute diretamente no equilíbrio entre independência judicial e *judicial accountability*. Considerando-se que, a princípio, quanto mais longo for o período na Corte maior a liberdade de decisão do

³⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Op. cit., p. 130/181.

³⁶¹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. Cit.

juiz, tem-se, em um ponto extremo de proteção da independência judicial, o modelo norte-americano, que assegura aos seus membros a garantia da vitaliciedade e a ausência de aposentadoria compulsória por idade, embora busque garantir algum nível de *judicial accountability* através de um duro escrutínio do candidato à vaga no Senado.

No extremo oposto, situa-se mecanismo que enfatiza a necessidade de garantir a *judicial accountability*, através da concessão de mandatos *renováveis* aos membros da SC ou da CC (i.e. Espanha), já que, por óbvio, juízes que queiram ser reconduzidos ao cargo podem se tornar mais sensíveis aos interesses políticos daqueles que têm poderes para realizar – e/ou referendar - a nomeação. Em ponto intermédio, encontram-se os mandatos por prazo fixo e insuscetíveis de renovação (Alemanha: mandato de doze anos; França: mandato de nove anos). Todavia, a prática política estabelecida em torno do processo de nomeação pode ser tão importante quanto aspectos institucionais: por exemplo, no Japão, embora haja a garantia da vitaliciedade, a soma da *praxis* política de nomeação de juristas experientes (com média de sessenta e quatro anos) com a aposentadoria compulsória aos setenta anos, faz com que o tempo médio de permanência na Corte (seis anos) seja inferior aos prazos mais comuns dos mandatos concedidos aos seus colegas estrangeiros.³⁶²

Por sua vez, o processo de nomeação dos membros da SC ou da CC também têm enorme importância na relação entre independência judicial e *judicial accountability*. No nível mais suave de independência judicial, encontra-se a atribuição do poder de nomear a um único órgão ou agente - via de regra, o Presidente da República -, ou ainda a previsão de um mecanismo de confirmação pelo Legislativo que, contudo, não se torne efetivo na prática política, eis que o órgão responsável pela confirmação se limita a uma mecânica aprovação da nomeação presidencial (Taiwan). Mais à frente se situam mecanismos de efetiva cooperação entre órgãos para a nomeação (EUA, Hungria, Rússia), que, assim como a exigência de supermaiorias para a confirmação, revela-se mais propício para a proteção de minorias e para a escolha de juízes mais moderados, embora haja o risco de impasses no processo de nomeação/confirmação.³⁶³

3.4.2.2.5 A constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional

³⁶² GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. Cit., p 46/47.

³⁶³ Ibid., p. 42/46.

Sendo a Constituição norma hierarquicamente superior às demais manifestações do Estado, parece natural que, quanto mais amplo for o seu conteúdo, mais matérias terão sido retiradas do alcance do legislador ordinário. Precisamente por competir ao Judiciário zelar por essa supremacia através do controle de constitucionalidade, quanto mais abrangente for a Constituição, tendencialmente maior será o espaço de atuação do Judiciário, e menor será o do Legislativo.

Por outro lado, o grau de dificuldade do processo de reforma constitucional guarda uma relação de direta proporcionalidade com a rigidez constitucional, na medida em que, quanto mais difícil for a alteração da Constituição, menor será a possibilidade de futuras majorias alterarem as normas constitucionais. Assim, a maior exigência do processo de reforma constitucional tende a reduzir o espaço de atuação do Legislativo e a ampliar o do Judiciário (seja no controle da constitucionalidade de leis, seja na atualização judicial do texto constitucional).

Combinando-se a extensão do texto constitucional e a dificuldade do processo de reforma, tem-se que uma Constituição analítica e difícil de ser alterada apresentará um grau notável de rigidez. Precisamente para evitar uma excessiva vinculação das gerações futuras à Constituição originária, há uma tendência, comprovada por pesquisas empíricas, de a *“escolha constitucional implica(r) um trade-off entre extensão e dificuldade de emendamento”*, de modo que, caso se optar por uma Constituição extensa, provavelmente será escolhido um processo fácil de alteração constitucional, e vice-versa.³⁶⁴

3.4.2.3 As condições “interpretativas”

Sem dúvida que a submissão de controvérsias políticas e morais ao Judiciário não é condição bastante para o encerramento do “ciclo da judicialização”, entendido como a efetiva transferência do poder decisório sobre tais questões das instituições majoritárias para o Judiciário. Para que tal fenômeno se ultime, afigura-se fundamental

³⁶⁴ MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 243.

que o juiz aceite o encargo, ou, mais precisamente, que considere ser função típica do Judiciário a resolução destas controvérsias, adotando postura “ativista” na aplicação direta de princípios, no uso de complexos argumentos técnicos e morais, no emprego de métodos interpretativos mais fluidos (ponderação, proporcionalidade, etc.) do que a subsunção, etc. A adoção de tal postura, por sua vez, pode gerar diversos resultados concretos, como, p. ex.: a imposição de condutas concretas, a revisão dos juízos do poder público contidos em lei, a supressão de omissões do legislador, o afastamento do sentido literal do texto legal, etc.

Já se viu quando da análise do modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional, que Hans Kelsen negava que o Judiciário pudesse, via de regra, revisar a valoração feita pelo legislador mediante o exame da sua compatibilidade material com princípios constitucionais abertos, ou mesmo se valer de um juízo de sopesamento de elementos fáticos (ex. ponderação) ou técnicos (não-jurídicos) na fiscalização da constitucionalidade das leis. Ao contrário, o controle de constitucionalidade consistiria em mero juízo de compatibilidade em tese entre normas (questão de direito, resolvida pelos cânones de hermenêutica jurídica), devendo, ademais, recair sobre o aspecto formal da Constituição, só se imiscuindo no aspecto material quando a lei colidisse frontalmente com normas constitucionais precisas (regras). Assim, o espaço indeterminado da Constituição era integralmente preenchido pelo legislador.

Todavia, uma das características essenciais das concepções “neoconstitucionalistas” consiste na ideia de há uma vinculação material da lei aos direitos fundamentais, os quais, normalmente, são descritos na forma de princípios abstratos. Assim, é afirmada a “força normativa dos princípios”, na medida em que, assim como as regras, os princípios também são considerados normas jurídicas judicialmente sindicáveis, inclusive como parâmetro de revisão da validade das leis e como fontes normativas aptas a fornecer a solução para casos concretos.

Desta forma, a autocompreensão dos juízes de que a ponderação entre princípios, segundo um instrumental mais fluido do que a subsunção, constitui função tipicamente judicial, inclusive se implicar em ampla possibilidade de reexame da ponderação legislativa contida em uma regra jurídica, na imposição de condutas ou em distanciamento do sentido literal do texto legal, consiste em poderoso estímulo à judicialização. Há aqui forte tendência de o Judiciário avançar largamente sobre o espaço indeterminado da Constituição, fazendo prevalecer o seu juízo sobre o emitido

pelos poderes políticos, principalmente se a afirmação da força normativa dos princípios não for acompanhada da construção de uma doutrina de autorrestrição judicial e de uma compreensão adequada acerca das condições e dos limites extrajurídicos à atuação do Judiciário.

3.4.3 A judicialização da política: sistematização das principais hipóteses

Para a sistematização das principais hipóteses da judicialização da política, utilizaremos da excelente pesquisa de Ran Hirschl acerca da transferência do poder decisório às Cortes sobre questões de nucleares para a política.³⁶⁵ Hirschl vislumbra as seguintes hipóteses: (i) *prerrogativas tradicionais dos poderes legislativo e executivo* (v.g. *relações internacionais, política fiscal e segurança nacional*). Vejam-se alguns casos relevantes: a Suprema Corte canadense refutou a aplicação da doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas em relação a testes de mísseis norte-americanos em solo canadense, assim como qualquer questão política ou internacional que viole a Constituição (*Operation Dismantle, 1985*); a Suprema Corte russa se julgou competente para apreciar a constitucionalidade de decreto presidencial que determinara a intervenção militar na Chechênia (*Chechenya Case, 1995*).

Note-se ainda que a Suprema Corte israelense se julgou competente para apreciar a validade da construção de um muro entre os territórios israelense e palestino (*West Bank barrier, 2004*); a Suprema Corte húngara invalidou parte significativa de pacote econômico que promovia sensíveis cortes em benefícios assistenciais e previdenciários e em direitos nas áreas da saúde e da educação pública, com base nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica (*Brokos cases, 1995*); a Suprema Corte argentina considerou constitucional o chamado “*corralito*”, por via do qual foi promovida a total convergência da economia argentina em pesos (*Corralito Case, 2004*).

A segunda seara se refere à (ii) “*corroboração judicial de mudança de regime*”: (a) o exemplo mais emblemático foi a “certificação” do projeto de Constituição elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte por parte da Suprema Corte da África

³⁶⁵ HIRSCHL, Ran. “The Judicialization of Politics.” In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Op. Cit., p. 124/129.

do Sul, no qual pela primeira vez uma Corte Constitucional rejeitou um projeto de Constituição elaborado por uma assembléia constituinte; (b) a Suprema Corte da Coréia do Sul reinstalou, pela primeira vez na história, um presidente que havia sofrido um *impeachment* pelo Parlamento; (c) a Corte de Apelação de Fiji, também de forma inédita, restabeleceu a Constituição derrubada por golpe de Estado (*Fiji v. Prasad, 2001*).

Uma terceira área na qual também se verifica a judicialização é (iii) “*a fiscalização do processo democrático*”: o Judiciário tem fiscalizado não apenas a lisura do processo eleitoral, como também tem decidido questões relativas a financiamento partidário, propaganda eleitoral, definição dos distritos eleitorais, aprovação de candidaturas e, sobretudo, estabelecido o resultado final de eleições (Romano Prodi, Itália em 2006; Felipe Calderon, México em 2006, George W. Bush, USA 2004).

Note-se, ainda, forte judicialização em questões ligadas à (iv) “*justiça restaurativa*”: (a) a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para os que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid* (*AZAPO Case, 1996*); (b) as Cortes Constitucionais da ex-repúblicas soviéticas têm julgado antigos oficiais do regime comunistas por violações aos direitos humanos; (c) os órgãos judiciais de cúpula na Austrália, no Canadá e na Nova Zelândia têm exercido funções destacadas na questões dos direitos das populações nativas.

Por fim, deve-se destacar a judicialização de (v) “*questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas.*” Cite-se, por exemplo, (a) a atuação da Suprema Corte israelense na determinação dos imigrantes que devem ser considerados judeus e a sua tentativa de harmonizar valores seculares e religiosos em um Estado que é formalmente qualificado como “*democrático e judaico*”; (b) a determinação pela Tribunal Constitucional Federal alemão do *status* da Alemanha unificada *vis-à-vis* a ordem supraconstitucional européia (*Maastricht Case, 1993*); (c) a atuação da Suprema Corte canadense acerca da posição de Quebec na federação canadense, inclusive a sua participação no referendo de 1995 acerca da saída de Quebec da federação (a primeira vez na história em que uma país submeteu a um Tribunal a decisão sobre a sua própria dissolução).

Esta sistematização não deve levar à conclusão de que se busca analisar a “*expansão global do Poder Judiciário*”: ao contrário, o objetivo dos aportes trazidos do

direito constitucional comparado e da ciência política contemporânea é o de iluminar as condições ensejadoras desse fenômeno, para que se possa examinar o caso brasileiro. Assim, devem ser analisadas as razões pelas quais, embora tenha sido instalado o controle de constitucional no Brasil desde 1891, só há de falar-se de traços significativos de supremacia judicial após 1988. Enquanto o capítulo quatro assumirá um viés primordialmente descritivo da ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro, reservaremos ao capítulo cinco às críticas que podem ser opostas à supremacia judicial, para no capítulo final expormos um modelo alternativo que nos parece mais adequado à luz da realidade institucional brasileira.

4 - A AFIRMAÇÃO E A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

Em todas as organizações políticas e judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. (...) O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. (Rui Barbosa)

O art. 84, p. 1, do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição (Carlos Mario Velloso, Ministro do STF)

4.1 A inviabilidade da supremacia judicial no Brasil até 1988

Quando as leis cessam de proteger os nossos adversários, virtualmente, cessam de nos proteger (Rui Barbosa)

4.1.1 O Império

O propósito do presente não é o de reconstruir os quase duzentos anos da trajetória constitucional brasileira. Ao contrário, o seu escopo específico consiste na demonstração da tese de que, até 1988, não há que se falar em supremacia judicial no Brasil. Portanto, proceder-se-á um corte epistemológico na história constitucional brasileira para se focar as (ou, mais precisamente, a ausência de) condições para a expansão do poder político do Judiciário, abordando-se eventos históricos específicos apenas quando relevantes para tal fim.

Pois bem. Como salienta Luís Roberto Barroso, começamos mal. Com efeito, em 12 de novembro de 1823, Dom Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, que convocara para a elaboração da nossa primeira Constituição, por considerar que o projeto concebido por Antônio Carlos de Andrada, “*de corte moderadamente liberal*”, já que “*limitava os poderes do rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as forças armadas ao Parlamento*”, não merecia a sua “*imperial aceitação*”.³⁶⁶ O Imperador acabou por outorgar, em 25 de março de 1824, a Constituição que encomendara ao Conselho de Estado.³⁶⁷

A Constituição de 1824 revelava, em seu texto, uma solução de compromisso entre elementos conservadores e liberais: dentre os primeiros, a atribuição ao Imperador do Poder Moderador e a garantia da sua irresponsabilidade; dentre os últimos, a separação entre os poderes (na qual se destacam as competências do legislador) e o

³⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 28. Sobre o conteúdo do projeto de Andrada e o contexto da sua rejeição pelo Imperador, ver CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História – Origem e Reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 386/399.

³⁶⁷ Dom Pedro I buscou legitimar a Carta de 1824 mediante consultas às Câmaras Municipais, as quais, em sua maioria, manifestaram-se favoravelmente à Constituição. V. IGLESIAS, Francisco. **Trajatória Política do Brasil: 1500/1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 138. A reação mais veemente à outorga da Constituição veio de Frei Caneca. V. MELLO, Evaldo Cabral (org.). **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**. São Paulo: Editora 34, 2001.

catálogo de “direitos civis e políticos”.³⁶⁸ Todavia, a tradição portuguesa era claramente antiliberal,³⁶⁹ e a importação do liberalismo da Inglaterra e da França tornava-lhe uma “*idéia fora do lugar*”,³⁷⁰ diante da enorme dificuldade encontrada na tentativa da sua implantação no Brasil.

Por outro lado, assim como às monarquias da Europa Continental do século XIX (v. 2.2), também à monarquia brasileira faltavam a filosofia política e o desenho institucional adequados à afirmação da *judicial review*. Tal assertiva pode ser confirmada por rápida alusão à obra do jurista do império brasileiro, José Antônio Pimenta Bueno, cujo método, aliás, em muito se assemelha à estratégia de exposição sistemática e acrítica dos institutos do direito público, que consagrou Paul Laband como o jurista do império alemão, à luz da Constituição de 1871.³⁷¹

De fato, o primeiro aspecto que chama atenção é a atribuição da soberania à Nação,³⁷² na linha dos magistérios de Sieyès, Carré de Malberg e Laband. Assim, a soberania não se radicava no povo, concebido como grupo real de pessoas dotado do poder soberano de criar uma nova ordem jurídica, como na tradição contratualista, que fornece o substrato teórico para a supremacia da Constituição. Ao revés, a atribuição da soberania à Nação enquanto “*realidade histórico-cultural*” ou “*sucessão concatenada de gerações*”, nega que os “vivos” exerçam esse poder político fundacional, possuindo um caráter estatalista que consiste em antítese do conceito individualista de soberania popular. Com efeito, enquanto a soberania popular consiste no poder de o povo definir, originariamente, as instituições políticas, a soberania da nação se traduz no poder de as instituições políticas excluírem qualquer influência externa a elas próprias.³⁷³

³⁶⁸ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 95 et seq.

³⁶⁹ Sobre o tema cumpre mencionar a célebre obra de FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. 2 Vol., 11 ed.. São Paulo: Globo, 1997. Sobre o patrimonialismo e a figura do homem cordial ver também HOLANDA, Sérgio Buarque. **As raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, especialmente p. 139/153.

³⁷⁰ A expressão é de SCHWARTZ, Roberto. “As Idéias Fora de Lugar”. In: (id.) **Ao Vencedor as Batatas**. São Paulo: Duas Cidades, 2000, p. 11/31.

³⁷¹ Ver a seção 3.1.

³⁷² Veja-se passagem ilustrativa: “A soberania é pois um atributo nacional, a propriedade que a nação tem de sua própria inteligência, força e poder coletivo e supremo; é o indisputável direito de determinar as formas, instituições, garantias fundamentais, o modo e condições de delegação do exercício desse mesmo poder.” BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958, pp. 25/26.

³⁷³ *Ibid.*, p. 116/117.

A índole estatalista do conceito de soberania nacional na obra do Marquês de São Vicente fica clara quando ele nega que o povo faça uso *sponte propria* da soberania, competindo o seu exercício, exclusivamente, aos poderes instituídos. Assim, o Imperador e a Assembléia Geral Legislativa são “*as mais altas delegações do poder nacional (...), representam a suma autoridade nacional, decretam leis, que são verdadeiros atos de soberania.*”³⁷⁴ Daí se vê a enorme distância entre o modelo brasileiro (assim como o modelo europeu do século XIX) em relação ao modelo norte-americano de supremacia da Constituição, que pressupõe que a Constituição seja concebida como norma hierarquicamente superior, por meio da qual o poder constituinte do povo vincula os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais assumem, efetivamente, o caráter de poderes constituídos.

A absorção do poder constituinte pelos “poderes constituídos” se revelava na supremacia que a lei gozava em face da Constituição: enquanto as leis eram consideradas “*atos de soberania*” que demonstram a “*onipotência política*” do poder legislativo (desempenhado pelo Parlamento e pelo monarca), na medida em que somente estariam limitadas pelos fluidos limites do direito natural (os quais deveriam ser aferidos pelos autores da lei – Parlamento e Imperador),

*a Constituição por si só é (era) pouco mais do que um símbolo de esperanças lisonjeiras. É o frontispício grandioso do edifício representativo, que para não ficar só em simples decoração isolada demanda suas colunas de segurança (as leis).*³⁷⁵

Soma-se a isto a configuração do poder moderador. Com efeito, o art. 98 da Constituição atribuía o poder moderador, considerado “*chave de toda a organização política*”, privativamente ao Imperador como “*chefe supremo da Nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os poderes.*”³⁷⁶ Note-se que, segundo a lição original de

³⁷⁴ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.** Op. Cit., p. 26/27.

³⁷⁵ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.** Op. Cit., p. 44, 45 e 47. Anote-se também o caráter semirrígido da Constituição de 1824, na medida em somente a parte da Constituição relativa “aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais da população” se sujeitava a modificação por um processo mais difícil do que o legislativo ordinário. Ver o art. 178 da Constituição de 1824, o qual se inspirou claramente na obra de Benjamin Constant. Cf. CONSTANT, Benjamin. “Reflexões sobre as Constituições e as garantias”. In: (id.). **Escritos sobre a Política.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 295.

³⁷⁶ Ademais, o art. 99 da Constituição de 1824 estatuiu que “A pessoa do imperador é inviolável e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Benjamin Constant, o poder moderador seria neutro, visto que superior a todas as paixões e interesses, com a finalidade de limitar o poder estatal e zelar pelos direitos individuais. Todavia, Constant negava que o poder moderador fosse concedido a “poderes” que já contassem com relevantes atribuições (v.g. Poderes Executivo e Legislativo), sob pena de denegerar-se em tirania.³⁷⁷ No Brasil, contudo, tal poder foi concedido ao Imperador, que possuía um espectro bem amplo de prerrogativas, tais como: desempenho da função executiva, nomeação de Senadores, sanção às leis, dissolução do Parlamento, suspensão de magistrados, etc.

Assim, apesar de o poder moderador ser justificado como um poder intermediário, que não se colocaria acima dos “poderes do Estado”, na prática a sua concessão a Imperador que já gozava de tão amplos poderes, os quais incluíam a possibilidade de interferência nos outros poderes, tornava-o um soberano dentro do Estado. A legitimação política do regime recaía, portanto, no princípio monárquico - o que, aliás, era comprovado pela outorga da Constituição por Sua Majestade -, ou, na melhor das hipóteses, no compartilhamento da soberania entre o Monarca e o Parlamento, o que se tornará possível no segundo reinado menos pelas características da Constituição de 1824, e mais pelas virtudes republicanas de Dom Pedro II.³⁷⁸ Todavia, as principais crises constitucionais persistiam sendo resolvidas pelo Imperador, como se deu, p. ex., no embate entre o Presidente do Conselho de Ministros, Zacarias de Góis e Vasconcelos, e o Min. da Guerra, Duque de Caxias, durante a Guerra do Paraguai.³⁷⁹

Desta feita, as virtudes liberais da Constituição de 1824 se limitavam a adoção da separação dos poderes segundo o modelo da separação orgânico-funcional das

³⁷⁷ V. CONSTANT, Benjamin. **Escritos sobre a Política**. Op. Cit., p. 20.

³⁷⁸ As incipientes “reformas liberais” não infirmam, antes confirmam, a assertiva. O Ato Adicional de 1834, a única alteração formal à Constituição de 1824, tinha claras inspirações liberais. Tal norma, além de substituir a regência trina pela uma, ampliou a autonomia das Prrovíncias, mediante a instituição das assembleias legislativas provinciais, e pôs fim ao Conselho de Estado. Todavia, a tendência liberalizante e descentralizadora foi tolhida pela chamada “Lei Interpretativa” (Lei n. 105), que, sob o argumento de meramente interpretar o Ato Adicional, restringiu os poderes das assembleias provincianas.

Ademais, a precária experiência parlamentarista no Segundo Reinado se inicia com Decreto do Imperador que instituíra o posto de Presidente do Conselho de Ministro, a quem competia a delinear o gabinete. Dom Pedro II deu início à praxe de nomear para tal cargo o indivíduo indicado pelo partido político que constituísse maioria na Câmara dos Deputados, de maneira que o gabinete passou a sustentar-se na fídúcia do Imperador e da Câmara. Contudo, nas oportunidades em que houve conflito entre o Imperador e a Câmara, o primeiro exerceu o seu “poder moderador” para adequar o gabinete às suas preferências.

V. SARMENTO, Daniel. “A Trajetória Constitucional Brasileira”. In: (Id.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 14/15.

³⁷⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Pedro II – Ser ou não ser**. Coleção Perfis Brasileiros (coord. Élio Gaspari e Lilia Schwarcz). São Paulo: Companhia das Letras, 2007

funções estatais como requisito ao Estado de Direito, no qual a atribuição das funções de criar e de executar as leis a departamentos separados (Legislativo e Executivo) visava a evitar que um deles concentrasse todo o poder, abrindo caminho para o absolutismo. Todavia, este modelo preconizava a supremacia da lei, não admitindo, como o projeto de Antônio Carlos de Andrada o fazia, que as leis contrárias à Constituição fossem consideradas nulas, muito menos que tal fiscalização coubesse ao Judiciário. Ao contrário, no Império ao Judiciário cumpria a função de fiel aplicador da lei a casos concretos. Mesmo o mais alto dos Tribunais, o Supremo Tribunal de Justiça, foi concebido à moda da Corte de Cassação francesa, ou seja, como órgão responsável por corrigir erros de interpretação da lei e por uniformizar a jurisprudência dos tribunais inferiores, enfim, como “*juiz dos juízes, o censor das sentenças, o defensor do império e da pureza da lei (...)*”.³⁸⁰

Em sintonia ao contido nas seções 2.2 e 2.3, diante da (i) ausência da tradição contratualista que via a Constituição como instrumento por meio do qual o poder constituinte do povo criava e limitava os departamentos estatais, antes prevalecendo a “soberania da nação”, (ii) da supremacia da lei em face da Constituição, (iii) e do restrito papel atribuído ao Judiciário, afigurava-se inviável a afirmação da revisão judicial das leis no Império brasileiro, da mesma forma que acontecera na Europa Continental do século XIX.

Saliente-se, contudo, que Dom Pedro II já havia demonstrado a intenção de instituir no Brasil um Supremo Tribunal à moda norte-americana. Com efeito, quando, em meados de 1889, Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira se preparavam para embarcar em missão oficial aos Estados Unidos, o Imperador pediu-lhes que estudassem

*com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal semelhante ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador, a nossa Constituição ficaria melhor. Dêem toda a atenção a este ponto.*³⁸¹

³⁸⁰ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Op. Cit., p. 336.

³⁸¹ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. I). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, p. 1

4.1.2 A República Velha

Diante da proclamação da República em 15 de novembro 1889, não houve tempo hábil para o Imperador colocar em prática a sua ideia, que acabou sendo levada a cabo pelos republicanos, no bojo do Decreto n. 510, de 22.06.1890, que instituiu a “Constituição Provisória da República Federativa do Brasil”, posteriormente referendada, nesse particular, pela nossa primeira Constituição republicana (de 24.02.1891).³⁸² Note-se que a possibilidade de os juízes deixarem de aplicar uma lei por vício de constitucionalidade já havia sido reconhecida pelo Decreto n. 848/1890, que instituíra a Justiça Federal, tendo o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade sido confirmado pela Constituição de 1891.³⁸³

Aspecto fundamental que merece ser destacado é a radical “mudança de índole” do Judiciário republicano quando comparado ao monárquico, visto que a atribuição a ele da função de controlar a constitucionalidade das leis, na esteira de Campos Sales, Ministro da Justiça do Governo Provisório, representaria a convação de “poder subordinado” em “poder soberano”, na medida em que ele se encontraria

*apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão... Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.*³⁸⁴

A atribuição constitucional das competências da Corte Suprema, e, posteriormente, a reforma do Regimento Interno do STF para garantir ao seu Presidente e Vice-Presidente que tomassem posse no próprio Tribunal, e não mais perante o

³⁸² Sobre o cotejo entre a Constituição Provisória e a Constituição de 1891 ver LYNCH, Christian Edward; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “O Constitucionalismo da Inefetividade: A Constituição de 1891 no Cativo do Estado de Sítio”. In: BONAVIDES, Paulo et. al. **As Constituições Brasileiras: Notícia, História e Análise Crítica**. Brasília: OAB Editora, 2008.

³⁸³ Sobre as raízes do movimento militar que resultou na proclamação da República, ver CARVALHO, José Murilo. **A Formação das Almas: O Imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; no direito constitucional ver CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História – Origem e Reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**, p. 433/441.

³⁸⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. vol. 1. Op. Cit., p. 2.

Presidente da República,³⁸⁵ pareciam, de fato, constituir uma Suprema Corte independente, que lograsse resolver os principais conflitos constitucionais, e que limitasse a ação do poder público em prol dos direitos fundamentais do cidadão.

Aliás, a Carta de 1891 consistia no “*grande monumento de nossa erudição liberal*”,³⁸⁶ especialmente do maior dos nossos liberais, Rui Barbosa, notável cultor do constitucionalismo norte-americano, que desempenhou função de destaque na sua elaboração.³⁸⁷ A filiação liberal da Constituição se revelava na substituição de um regime político unitário e centralizador, presente no Império, por um sistema decisório descentralizado, tanto no plano horizontal (separados de poderes) quanto no vertical (federalismo).³⁸⁸

Ademais, igualmente louvável foi o fato de o Brasil ter conseguido, ainda no século XIX, ter uma Constituição *promulgada* por uma Assembléia Constituinte eleita pelo povo. Com efeito, a circunstância de o preâmbulo da Constituição de 1891 fundar a legitimidade da nova ordem constitucional em “*nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático*”, ao invés de se ter uma Constituição outorgada aos súditos por Sua Majestade o Imperador, que se legitimava “*por graça de Deus*”,³⁸⁹ revelava, ao menos formalmente, que a Constituição tinha o seu alicerce na soberania popular e não mais no princípio monárquico.

Assim, a presença de uma Constituição legitimada apenas na soberania popular, que previa a separação dos poderes, o federalismo, um amplo catálogo de direitos fundamentais, e que constituía finalmente o Judiciário como “*poder autônomo*”, incumbindo-lhe do exercício do controle de constitucionalidade, consistia em começo alvissareiro da nossa história republicana, e, sobretudo, semeava o solo para a afirmação e para a expansão do Poder Judiciário brasileiro.

³⁸⁵ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**; Op. Cit., p. 33.

³⁸⁶ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Op. Cit., p. 250.

³⁸⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. vol. II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 126/128.

³⁸⁸ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Op. Cit., p. 249/251. Ainda no plano da separação dos poderes, importantes instrumentos foram positivados, como as responsabilidades penal e política do Presidente da República, as imunidades parlamentares, etc. Por outro lado, cumpre ser ressaltada a extinção dos privilégios de berço, e, especialmente, o amplo rol de liberdades fundamentais (liberdades de expressão, de associação, de reunião, de ir e vir, inviolabilidade de domicílio, habeas corpus, etc.).

³⁸⁹ Ver o preâmbulo à Constituição de 1824.

Todavia, havia um fosso profundo entre a “Constituição Jurídica” e a “Constituição Sociológica”,³⁹⁰ pois os mecanismos de freios e contrapesos que integram a essência do sistema norte-americano de separação dos poderes não funcionaram bem em *terra brasilis*. Com efeito, a República Velha, notadamente após o governo Campos Sales, se caracterizou pela “política dos governadores”, assim denominado o pacto de não-agressão firmado entre o Presidente da República e as oligarquias estaduais.³⁹¹ Evidentemente que, como se cuidava de compromisso dos referidos atores de abdicarem do controle uns dos outros, para a garantia de uma total liberdade de ação de cada um em sua esfera,³⁹² o papel fiscalizatório desse arranjo era bastante reduzido.

Assim, o federalismo se reduziu a uma disputa entre oligarquias, que, antes de se guiar pelas leis e pela Constituição, se orientava pela lei do mais forte: a mais poderosa subjugava as demais, sendo as fraudes eleitorais um fenômeno absolutamente corriqueiro da época.³⁹³ A irrelevância do princípio democrático e do seu consectário natural - a alternância do poder entre os grupos políticos - se mostrava, cruamente, na chamada “política do café com leite”, em que as oligarquias paulistas e mineiras se revezavam na Presidência da República, e na implacável perseguição do governo aos adversários políticos.³⁹⁴ O cenário se aproximava daquele que foi descrito por Schmitt como “*uma decomposição pluralista de um Estado refeudalizado*”:³⁹⁵ ao invés de a soberania popular estatuir em uma Constituição escrita órgãos sujeitos a mecanismos de recíproca fiscalização e com poderes delimitados pela manifestação superior da soberania popular, na realidade o que se via era a resolução dos mais complexos

³⁹⁰ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Op. Cit., p. 252.

³⁹¹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. Vol. 2, Op. Cit., p. 551/569. No plano municipal, conforme identificou Victor Nunel Leal em obra clássica, prevaleceu o coronelismo, nos quais são frequentes as trocas de votos por benefícios pessoais, naquilo que se convencionou chamar de “voto de cabresto”. Para Leal, o coronelismo é fruto de um acordo entre o poder público fortalecido e os chefes políticos locais (senhores de terra), em decadência. O coronel mantém o seu poder através de favores pessoais dispensados aos indivíduos, e, naturalmente, precisa estar vinculado ao governo para perpetuar o seu poder. Desta forma, o sistema não estimula o oposicionismo; ao revés, nutre-se do adesionismo, tornando o coronel subordinado à figura do governador.

A propósito, “na República (Velha), o Município enfraquecido e o coronelismo dependente são o combustível do poder das oligarquias estaduais, estas, sim, forças emergentes aptas a confrontar o governo central e o estamento político.” COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do Estado e Contexto Brasileiro – crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 44; LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto – O município e o regime representativo no Brasil**. 3 edição. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

³⁹² SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 31.

³⁹³ SARMENTO, Daniel. **A Trajetória Constitucional Brasileira**. Op. Cit., p. 25.

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 16.

³⁹⁵ A expressão é de Carl Schmitt. Ver a seção 3.1.

conflitos constitucionais por um acordo entre elites, como se a Constituição estivesse sob a sua disposição, e as elites possuíssem uma legitimidade supraconstitucional, como ocorria nas Constituições mistas medievais.³⁹⁶

Quanto à separação dos poderes, as esperanças de instituir-se um sistema de *checks'n'ballances* caíram por terra com o irromper de um “presidencialismo imperial”, cujos poderes absolutos se manifestaram das mais diversas formas: prisões arbitrárias, desterros, expulsões, aposentadorias compulsórias e cassações de opositores políticos, estados de sítio e intervenções federais sem a presença dos pressupostos constitucionais, golpes militares, etc. Enfim, restaram anuladas “*desde as bases, a legalidade republicana e federativa das instituições.*”³⁹⁷

Diante desta realidade, parece natural o Judiciário não ter reunido as condições necessárias para controlar os atos produzidos pelos poderes políticos, sendo frequentes as mais diversas reações políticas a decisões indesejadas pelos governos de ocasião, como, p. ex., o descumprimento das respectivas determinações e os ataques institucionais à Corte (redução ou aumento do número de ministros, exclusão de matérias da sua apreciação, cassação de ministros, suspensão das garantias da magistratura e do Judiciário), etc.

Assim, parece excessiva a crítica de João Mangabeira, no sentido de que

*o órgão que, desde 1892 a 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal. (...) O órgão que a Constituição criara para a sua guarda, e destinada a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de terror, quando, exatamente, mais necessitava ela da lealdade, da fidelidade e da coragem dos seus defensores.*³⁹⁸

³⁹⁶ Ver a seção 2.2.

³⁹⁷ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Op. Cit., p.252. Embora Rui Barbosa, em seu discurso de despedida no Senado, tenha se penitenciado de ter colaborado com a introdução entre nós de um regime presidencialista à moda americana, nisto o Brasil não esteve sozinho. Ao contrário, Bruce Ackerman, na esteira Juan Linz, considera o presidencialismo “o mais perigoso produto de exportação dos EUA”, pois nas trinta nações latino-americanas que o adotaram se verificaram episódios em que, diante da oposição de um Congresso recalcitrante às orientações políticas do Presidente, este se valeu das Forças Armadas, ou de extraconstitucionais consultas diretas ao povo, para fazer prevalecer a sua vontade. ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, vol. 113. n. 3, p. 646.

³⁹⁸ MANGABEIRA, João. **Rui: o estadista da República**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

Abstraída a situação pessoal do autor - que teve indeferidos Habeas Corpus pelo STF durante o governo Vargas - Mangabeira comunga do mesmo erro cometido por aqueles que sustentam que a supremacia judicial é corolário natural da supremacia da Constituição. Ambos desconsideram que, em virtude da fraqueza institucional do Judiciário, não se deve ser ingênuo a ponto de considerar que o exercício independente da *judicial review* depende apenas da coragem do magistrado, ou que a supremacia judicial é conquistada pela positivação formal de um princípio. Ao revés, se não estiverem presentes, em boa medida, as condições arroladas no capítulo anterior, mesmo a positivação formal do controle de constitucionalidade (como visto, um *minus* em relação à supremacia judicial) torna-se uma vã tentativa de limitação dos poderes políticos.

Não se quer negar que, por vezes, o Tribunal tenha sido “*omisso, ou simplesmente caudatário do poder*”,³⁹⁹ mas apenas realçar o fato de que, em um contexto político altamente instável, marcado pela concentração do poder político nas mãos das oligarquias estaduais, por sucessivos estados de sítio, intervenções federais, suspensões de garantias fundamentais, fraudes eleitorais, prisões arbitrárias etc., não se pode exigir um heroísmo do Judiciário. De fato, a ausência das condições políticas elencadas viabilizou que, nos momentos em que o Supremo Tribunal Federal se opôs a atos do governo reputados fundamentais pelo Poder Executivo, o Tribunal sofresse reações que inibiram a manutenção de uma postura ativista. Todavia, a jurisprudência política do STF na República Velha não foi construída apenas por submissões. Ao contrário, no período foram proferidas importantes decisões nas quais o STF logrou anular atos arbitrários praticados pelos grupos que se encontravam no poder, constituindo, apesar dos percalços, um início auspicioso da sua jurisprudência. A propósito, vejam-se alguns exemplos.

No ano seguinte à substituição do Presidente Deodoro da Fonseca pelo seu Vice, Floriano Peixoto (1892), em virtude da renúncia do primeiro, os protestos contra a não-realização de nova eleição pelo substituto foram calados pela decretação de estado de sítio e pela realização de prisões e aposentadorias abusivas. Rui Barbosa impetrou habeas corpus perante o STF em favor dos insurretos que se mantinham presos após o fim do prazo estipulado no decreto que instituiu o estado de sítio, provocando a ira de

³⁹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** (2 ed.) São Paulo: Malheiros, 2002, p. 117.

Floriano Peixoto, que teria afirmado que “*se os juízes do Tribunal concederem o habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus que, por sua vez, necessitarão.*”⁴⁰⁰ Acuado pelo Presidente, o Tribunal denegou a ordem, sob o argumento de que não lhe caberia a apreciação do pedido até que o Legislativo se pronunciasse sobre a constitucionalidade do estado de sítio. Após amplo debate na imprensa e no Congresso Nacional, o último resolveu aprovar as medidas tomadas pelo Presidente e anistiar os presos.⁴⁰¹

Embora o resultado do julgamento tenha sido favorável ao Presidente, a animosidade entre ele e o STF só fazia crescer. Outro embate se deu por ocasião da Revolução Federalista no Rio Grande do Sul, na qual o almirante Vandenkolk armou o navio mercante Júpiter, havendo um confronto com as tropas governistas na Baía do Rio Grande. Preso o almirante e a sua tripulação em Santa Catarina, Rui, o incansável defensor das liberdades constitucionais, impetrou habeas corpus em favor dos “paisanos” no STF.

Na sessão de 2 de agosto de 1893, o Tribunal conheceu a ação, fixando a competência da Justiça Federal para a aferição da legalidade de prisões determinadas por autoridades federais não-judiciárias, e, no mérito, concedeu a ordem. Contrariado, o governo cumpriu a decisão, embora o Ministro da Guerra tenha comunicado a sua desaprovação ao Tribunal, por intermédio de ofício publicado no Diário Oficial antes do conhecimento dos ministros, em procedimento em que o “*Tribunal sentiu arderem-lhe as faces de vergonha e de indignação*”, ante a interferência do Executivo em suas decisões.⁴⁰²

Saliente-se, por outro lado, que o STF acabou por indeferir o HC impetrado por Rui em favor do almirante Vandenkolk,⁴⁰³ diante do fundado receio de que decisão

⁴⁰⁰ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 30.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Cuida-se de passagem atribuída ao Ministro Macedo Soares. V. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. vol I**. Op. Cit., p. 38.

⁴⁰³ Segundo o próprio Rui, o HC foi impetrado contra “os avisos salutareos da prudência, cuja sabedoria ousei transgredir.” O Procurador-Geral da República teria lhe mandado o seguinte recado: “Diga ao Sr. Rui Barbosa que se contente com os triunfos já obtidos (ele qualificava assim benevolentemente o fruto da minha luta nos tribunais); não vá adiante; não persista em suscitar o habeas corpus a favor dos oficiais presos; porque isso não lhe será perdoado pela ditadura militar iminente. A minha posição junto ao governo habilita-me a saber que ela está feita e o país perdido. Rui afirma ainda que “a notícia não podia ser mais fidedigna, a confiança mais generosa, o conselho mais solene. Era tempo de recuar, se eu soubesse recuar no caminho do dever.” BARBOSA, Rui. Obras Completas Apud RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. vol. I**. Op. Cit., p.37.

favorável ao paciente causar a dissolução do Tribunal.⁴⁰⁴ Contudo, caso paradigmático se deu com a concessão da ordem ao capitão-tenente reformado Huet Bacelar - que também participou do “caso do vapor Júpiter” - com base na tese de que, sendo ele oficial reformado, não poderia ser submetido à jurisdição militar, de maneira que ele estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da prisão determinada por autoridade militar.

Três dias após a decisão do STF (25.09.1894), o seu Presidente leu em plenário ofício em que o Ministro da Guerra afirma que o governo não cumprirá a decisão do STF, pois as “*leis e imemoriais estilos militares*” consideravam que os oficiais reformados remanesciam como militares, e estariam, portanto, sujeitos à jurisdição militar. E arremata, em concepção que poderia ser considerada um departamentalismo em sentido forte que, “*sendo, portanto, este o direito pátrio vigente, a ele tem de subordinar o Governo sua ação, para que se mantenha em plenitude o princípio fecundo da harmonia e independência dos poderes constitucionais da República.*”⁴⁰⁵ Indagado pelo Tribunal a respeito do teor do ofício, o Procurador-Geral da República afirmou que o governo agira de boa-fé, à vista de o próprio Tribunal já ter emitido entendimento contrário ao mais recente, e de o Congresso Nacional ter referendado os atos invalidados em juízo.⁴⁰⁶

Note-se, por fim, que também no ano de 1894, por ocasião da “Revolta da Armada”, o Tribunal deferiu importantes habeas corpus nos quais assentou que não tinha o “*Executivo o direito de deportar estrangeiros em tempos de paz por simples medida política e fórmula administrativa*”; todavia, as respectivas ordens judiciais foram descumpridas por expediente ardiloso: foi exarado decreto de expulsão dos beneficiários da mencionadas decisões judiciais com data retroativa.⁴⁰⁷

Daí se vê que o governo Floriano Peixoto foi recortado por sérios conflitos entre o STF e o Executivo, os quais eram qualificados pelos seus opositores como uma “*luta entre a lei e a ditadura*”, e pelos seus correligionários - como o Senador Aristides Lobo - como um antagonismo entre “*um imaginário constitucionalismo mal pensado*” e o Executivo, que, em uma leitura semelhante a de Carl Schmitt, via o Presidente como um

⁴⁰⁴ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 32. Um ano depois (em 31.09.1894), seria deferido HC ao almirante Vandenkolk, em face da prisão ter se estendido por prazo indeterminado.

⁴⁰⁵ COSTA, Edgard. **Efemérides Judiciárias**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1961.

⁴⁰⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. vol. I**. Op. Cit., p. 52/53.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 50.

Monarca republicano, ou seja, como “*representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social, de cujo fortalecimento dependia a permanência da República.*”⁴⁰⁸

Ademais, o Senador governista alertava ser preciso “não ser cego”, já que “*no jogo das instituições, a garantia institucional não está nas mãos desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do Executivo (...)*”.⁴⁰⁹ Os eventos que se seguiram parecem confirmar a primeira visão: Floriano partiu para um duro ataque institucional à Corte, deixando de nomear os sucessores dos Ministros que se aposentaram, circunstância que deixou o Tribunal desfalcado e sem quórum para decidir questões importantes. No final de 1893, o Presidente nomeou um médico (Barata Ribeiro) para o cargo de Ministro do STF, o que provocou a rejeição da sua nomeação pelo Senado.⁴¹⁰ A crise findou apenas nos estertores do seu governo, quando vários Ministros foram nomeados.

O governo Prudente de Moraes (1894-1898) não trouxe a pacificação esperada. Cite-se, por exemplo, o atentado à vida do Presidente no retorno das tropas governistas após o massacre de Canudos, que resultou na morte do Ministro da Guerra, Machado Bittencourt. Aprovado o estado de sítio pelo Congresso, foram presos civis e militares, dentre eles o Senador João Cordeiro e os Deputados Barbosa Lima e Alcindo Guanabara. Apesar dos pacientes serem seus adversários políticos, Rui impetrou HC no Supremo, tendo sido indeferida a ordem, pelo fato de o Congresso ainda não ter deliberado sobre a validade das medidas tomadas durante o estado de sítio. Posteriormente, em novo HC impetrado em favor dos mesmos pacientes, o STF acabou por conceder a ordem, sob o argumento de que, após a sua diplomação, deputados e senadores somente poderiam ser presos em flagrante de crime inafiançável, pois se o Executivo tivesse o poder de remover das suas cadeiras os parlamentares, o Congresso Nacional ficaria despido da independência que a Constituição lhe atribuíra.⁴¹¹

Também adotando um “departamentalismo em sentido forte”, Prudente de Moraes criticou o acórdão em mensagem ao Congresso, na qual asseverou que o STF não observara a harmonia entre os poderes, visto ter se imiscuído na competência do Chefe do Executivo para a “manutenção da ordem”. A manifestação do Presidente

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 52.

⁴¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**, Op. Cit., p. 119.

⁴¹¹ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 36.

gerou repercussões distintas: o Min. Lúcio de Mendonça leu em Plenário um manifesto contra a mensagem do Presidente, o qual foi subscrito por outros três membros do Tribunal, enquanto os jornais governistas fizeram duras críticas aos Ministros.⁴¹² O conflito culminou com o envio de projetos à Câmara visando aumentar o número de Ministros do STF de onze para dezesseis e a reduzir direitos já adquiridos pelos magistrados. Ambos foram rejeitados.

A respeito da quizila, Rui defendera a tese do monopólio judicial na interpretação da Constituição, senão vejamos:

*o STF é o juiz das suas atribuições. Uma sentença é uma sentença: não pode ser julgada por outro poder. Será desatendida; poderá ser violada, desrespeitada, mas não pode ser julgada. Se a doutrina geral dos advogados do Poder Executivo lhe reconhece o direito de apreciar as sentenças do STF, como foram apreciadas na mensagem do Presidente da República ao Congresso para as declarar inconstitucionais, apaixonadas, injurídicas, esta doutrina coloca o Poder Executivo o primeiro poder do país, converte-o no tribunal dos tribunais, e habilita-o para acusar de prevaricação os supremos magistrados da República.*⁴¹³

Nesta esteira, à guisa de comentário à mensagem na qual Prudente de Moraes afirmara não ter faltado o “respeito devido” ao Poder Judiciário, Rui reputa ser absurdo sustentar-se que “*não se desliza do acatamento devido a um tribunal quem argui os seus membros de paixão e espírito de partido.*”⁴¹⁴ Em discurso proferido no Senado Federal em 29.12.1914, Rui defendeu, contudo, a doutrina da supremacia judicial, *verbis*:

*Em todas as organizações políticas e judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. (...) O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.*⁴¹⁵

⁴¹² Segundo o jornal o “Debate”, depois da sessão do dia 18, (...) não haveria mais no STF juízes, mas apenas um grupo de políticos, que debaixo da toga que vestiam, escondiam parcialidades e exagerações partidárias.” V. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I.** Op. Cit., p. 127.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ V. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I.** Op. Cit., p. 132/136.

⁴¹⁵ Ibid.

O reiterado descumprimento de decisões judiciais e o âmbito restrito de atuação do direito constitucional na nossa primeira República (estruturação do poder e proteção de direitos de primeira “geração”, seguindo o figurino liberal da Constituição como *norma fundamental de garantia*) formam o contexto a partir do qual a defesa por Rui do monopólio judicial ou da supremacia judicial deve ser entendida. Rui era um homem a frente do seu tempo, um liberal em um país oligárquico, e defender a supremacia judicial (ou mesmo o monopólio judicial) em matéria de interpretação constitucional naquele contexto tinha um quê de revolucionário, consistia em tentativa de antecipação da afirmação do Estado de Direito, para a qual o país somente estaria maduro após 1988.

Embora seja difícil contextualizar o relevo do seu magistério, um exemplo parece ilustrativo: diante da tradição jurídica legalista herdada do império, não obstante a existência de expressa previsão constitucional acerca da possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, na década que se seguiu à Constituição de 1891 juízes que o exerceram sofreram processos criminais.⁴¹⁶ Rui teve uma enorme importância na introdução na cultura jurídica brasileira (inclusive no Supremo Tribunal) dos pressupostos teóricos à supremacia da Constituição e à doutrina da inconstitucionalidade das leis.⁴¹⁷ Com a decisão de novembro de 1894, em que o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado da Bahia, que introduzira imposto de importação estadual sobre mercadorias estrangeiras já tributadas pela União, as lições de liberalismo de Rui surtiram efeito, e pode-se dizer que o controle de constitucionalidade vingou no Brasil.⁴¹⁸

Apesar dos diversos tipos de reações políticas às decisões judiciais, e dos sucessivos avanços e recuos, é lícito afirmar que o período de 1891 a 1926, sobretudo a doutrina brasileira do habeas corpus, foi um momento áureo da jurisprudência do STF.⁴¹⁹ No primeiro interregno, para além das citadas decisões, o STF engendrou uma das mais – senão a mais – importante construção jurisprudencial da sua história: a doutrina brasileira do habeas corpus.⁴²⁰ A propósito, a Corte alargou o objeto do HC para abranger quaisquer direitos subjetivos violados por ato ilegal ou abusivo de

⁴¹⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. vol. I.** Op. Cit., p. 82/90.

⁴¹⁷ Ver capítulo 3; BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais.** (2. Ed.) Campinas: Russel, 2004.

⁴¹⁸ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** Op. Cit., p. 35.

⁴¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** Op. Cit., p. 199.

⁴²⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. Vol III.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

autoridade (e não apenas o direito de ir e vir), conferindo aos cidadãos um remédio processual célere e dotado de provimento liminar para a tutela das suas liberdades fundamentais violadas por atos estatais arbitrários.

Através desta interpretação ampliativa das potencialidades do HC, o Tribunal conheceu de violações às liberdades de reunião, de associação, de expressão, de imprensa, e de profissão, e ao direito de propriedade; apreciou a validade de decretos que demitiram, aposentaram ou cassaram indivíduos de cargos ou funções; decidiu, com enorme frequência, sobre a validade de estados de sítio e de intervenções federais, e sobre a dualidade de governos (decidindo qual dos governos que se autointitulavam legítimos tinha o direito de governar); zelou pela separação entre Igreja e Estado, pelos limites da competência da justiça militar, pelas competências dos entes federativos⁴²¹ etc.

Assim, nos primeiros anos de sua atuação, embora em cada decisão polêmica se colocasse o risco iminente de descumprimento de ordem judicial, o Tribunal foi progressivamente afirmando uma jurisprudência que preconizava a limitação dos poderes Executivo e Legislativo à Constituição, e que afirmava parâmetros para a proteção de liberdades fundamentais. Ademais, as suas decisões costumavam atrair grande interesse da mídia e do Congresso Nacional, além do próprio povo, que apinhava as galerias do Tribunal e vibrava com os argumentos deduzidos pelos advogados e pelos Ministros. Portanto, na República Velha já havia mínima penetração do constitucionalismo na vida das pessoas. Todavia, além das já referidas instabilidade institucional e oligarquização do poder tolherem bastante a independência judicial, o STF inaugurou uma triste tradição da jurisprudência constitucional brasileira: *a filiação a um liberalismo seletivo e conservador, em que a efetiva fruição das liberdades dependia de quem pedia a sua tutela e dos propósitos do exercício da respectiva liberdade.*⁴²²

Com efeito, o caráter seletivo se evidenciava já no fato da importação, pela metade, do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. Explica-se: embora tenhamos adotado o controle difuso e incidental, onde qualquer juiz ou Tribunal

⁴²¹ Há importante jurisprudência do STF na República Velha em matéria federativa, que não será analisada neste tópico dada a ênfase à tutela dos direitos fundamentais, alinhada aos propósitos do presente trabalho. Sobre o tema, conferir RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. (2. Ed. - vol. II). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

⁴²² COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 56/57.

tem o poder-dever de examinar, incidentalmente à solução do caso concreto, a constitucionalidade de lei ou ato normativo, não trouxemos a doutrina do “*stare decisis*” e a conseqüente vinculação dos órgãos judiciais inferiores aos precedentes do STF. Assim, os efeitos meramente *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade, somados às sérias restrições ao acesso à justiça na República Velha, montaram um cenário no qual os atos do poder público só se submetiam a efetivo controle judicial quando colocavam em risco interesse de elites; mesmo nesse caso, havia o risco sempre presente de descumprimento de decisão judicial. Ao revés, os atos do poder público ficavam imunes de controle judicial quando atingiam a população rural e/ou carente, despida de acesso à justiça, ou os adversários do regime.

Quanto ao último aspecto, convém destacar o evidente viés antimonarquista da jurisprudência do STF na República Velha. Ilustra o exposto o caso do “Centro Monarquista de São Paulo”: intimado pela polícia a fechar as suas portas, João Mendes de Almeida impetrou HC perante o STF, cuja maioria se posicionou de acordo com a manifestação do Procurador da República, segundo o qual os monarquistas queriam garantias do governo republicano para conspirar contra ele. Restou vencido o Min. Macedo Soares, que em seu lúcido voto afirmara que “*seria ridículo, impolítico, incurial e injurídico que os monarquistas tivessem na República menos liberdade e direitos do que os republicanos no império.*”⁴²³ -⁴²⁴

Os Ministros do STF também demonstravam resistência em aplicar a sua incipiente jurisprudência favorável às liberdades do cidadão quando os requerentes eram operários, especialmente na hipótese de o seu exercício se destinar a propagar princípios socialistas, anarquistas ou comunistas. Cite-se o indeferimento de HC em 1917, no qual o STF assentou que a proibição de realização de *meeting* operário pela polícia era constitucional, pois o legítimo exercício do direito se condicionava à preservação da

⁴²³ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 36.

⁴²⁴ Quanto ao viés antimonarquista, vale mencionar também o indeferimento de HC em 1893 em favor do Conde D’Eu e de outros membros da antiga dinastia brasileira que haviam sido banidos do território nacional pelo Decreto n. 78 A/1889, sob o argumento de que inexistia prova de constrangimento ilegal atual ou iminente. No mesmo sentido se coloca o indeferimento do HC impetrado em 1907 em benefício de D. Luís de Orleans e Bragança, filho da Princesa Isabel, cuja ementa era explícita: “A família de Sua Majestade o Sr. D. Pedro II, incluída nela os seus netos, está banida do território brasileiro ex-vi do Decreto 78 A, de 21 de dezembro de 1889, que não foi revogado pela Constituição Federal, art. 72, p. 2, 10 e 20.” Mais uma vez os votos vencidos tentaram estabelecer, em vão, o princípio da igualdade perante a lei, como se vê de trecho do voto do Min. Alberto Torres: “A República não inverteu a hierarquia na sociedade, nivelou a sociedade. Isto posto, todos os brasileiros, quaisquer que seja a sua origem, o seu passado, as suas crenças, as suas pretensões, têm o direito de entrar em tempo de paz no território nacional e dele sair sem a necessidade de passaporte.” RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. vol. II. Op. Cit., p. 19/30.

ordem pública e a fins lícitos. Na hipótese o Tribunal considerou que os fins da reunião eram duplamente ilícitos, vez que destinados a propagar o anarquismo - tido como a mais subversiva das doutrinas sociais - e a impedir os trabalhadores de trabalhar. Embora fossem frequentes votos vencidos no sentido de que a mera alusão a ideias contrárias à organização social vigente, sem que se estimule a prática de atos ilícitos, consistia em conduta lícita, a maioria do Tribunal não se sensibilizava pela leitura liberal da Constituição contra os “inimigos da República”. Como bem salientado por Emília Costa

*o horror ao anarquismo e, mais tarde, ao comunismo, levava o Tribunal a criar perigoso precedente, pondo em risco a liberdade democrática ao permitir à polícia interferir em reuniões políticas, sob o pretexto de impedir movimentos sediciosos.*⁴²⁵

Nada obstante, a incipiente proteção das liberdades fundamentais garantia ao período uma posição de destaque na história do Supremo Tribunal Federal. Todavia, haverá um refluxo com a Reforma Constitucional de 1926, aprovada no governo Arthur Bernardes, diante não apenas da vigência de estado de sítio em todo o seu mandato, mas, sobretudo, da superação da doutrina brasileira do habeas corpus, retornando o remédio processual à sua original função de proteção exclusiva da liberdade de locomoção.⁴²⁶ O grande retrocesso em matéria de limitação do poder, contudo, virá com o movimento antiliberal que adveio após a Revolução de 1930.

4.1.3 A Revolução de 1930 e o Estado Novo

O caráter centralizador e autoritário da nova concepção de Estado já se fazia sentir com o Decreto de 11.11.1930, que, ao instituir o Governo Provisório, concentrava nele as funções executiva e legislativa até que fosse eleita a Assembléia Nacional Constituinte.⁴²⁷ Menos de três meses depois, o STF viria a sofrer um dos mais duros ataques institucionais da sua história: em 03.02.1931 foi expedido Decreto que, dentre

⁴²⁵ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 56.

⁴²⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. vol. III, Op. Cit. Sobre o tema ver CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História – Origem e Reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. Op. Cit., p. 469/474.

⁴²⁷ O mesmo ato dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras municipais, substituiu os governadores por interventores, a quem competia a nomeação de prefeitos, suspendeu as garantias constitucionais, excluiu da apreciação judicial os atos do governo provisório e dos interventores, e instituiu um Tribunal especial para o julgamento de crimes políticos e funcionais.

outras medidas, reduziu o número de membros do STF de quinze para onze (novo *court packing plan*) e estabeleceu regras para abreviar os seus julgamentos. Dias depois, Vargas aposentou seis membros do STF (inclusive o Procurador Geral da República) que, à exceção de Pedro Mibielli, constituíam o bloco ultraconservador da Casa, tendo, em seguida, nomeado dois novos Ministros.

Apesar do ferimento de morte à independência do Tribunal, os demais Ministros, após alguma hesitação, optaram por permanecer na Corte. Em 13.07.1931 foi editado novo decreto que instituiu a aposentadoria compulsória por idade e estatuiu que a garantia da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados não excluía a incidência de impostos, taxas e contribuições de caráter geral.

A Constituição de 1934, contudo, foi o marco do “novo constitucionalismo social”, na medida em que, na esteira da Constituição de Weimar de 1919, contém rol de direitos sociais, uma ordem econômica e social, normas sobre família, educação e cultura, além de conferir uma dimensão cooperativa ao federalismo brasileiro.⁴²⁸ O seu caráter compromissório,⁴²⁹ por sua vez, decorreu da disputa entre os grupos favoráveis e contrários à Revolução de 1930, os quais disputaram o poder político nos primeiros anos da década de trinta.⁴³⁰

Especificamente no que tange ao controle de constitucionalidade, manteve o modelo difuso e incidental, a ele agregando inovações relevantes.⁴³¹ Todavia, o retorno

⁴²⁸ BERCOVICI, Gilberto. “Tentativa da Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930/1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 30/35.

⁴²⁹ As Constituições compromissórias são aquelas que refletem o consenso possível entre forças ideológicas plurais atuantes na Assembleia Constitucional Constituinte, de modo a frequentemente positivarem princípios *prima facie* contraditórios. Sobre o conceito ver BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

⁴³⁰ GOMES, Ângela Maria de Castro et. al.. **História Geral da Civilização Brasileira. Tomo III: o Brasil Republicano; Vol. 10: Sociedade e Política (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 18/19.

⁴³¹ Cite-se, por exemplo, a atribuição ao Senado Federal da competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF, permitindo que fossem atribuídos efeitos erga omnes às decisões de inconstitucionalidade; a instituição da Representação Interventiva, espécie de Ação Direta de Inconstitucionalidade cabível apenas em face de leis que promoviam intervenções federais nos Estados; a criação da “reserva de plenário”, assim entendida a exigência de que a inconstitucionalidade somente poderia ser reconhecida pelo voto da maioria absoluta dos votos do respectivo Tribunal, incorporando a construção feita pela Suprema Corte norte-americana a partir do princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Convém ser destacada, ainda, a criação do Mandado de Segurança, remédio processual que veio a suprir a lacuna deixada em relação a violações cometidas por atos de autoridade a direitos outros que não a liberdade de locomoção, em virtude da extinção da doutrina brasileira do habeas corpus pela Reforma Constitucional de 1926. V. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade –**

à legalidade democrática, com a promulgação de uma Constituição, não se concretizou. No seu primeiro mês de atuação, o Presidente eleito, Getúlio Vargas, enviou para o Congresso Nacional o projeto da Lei de Segurança Nacional, que acabou sendo aprovado, em versão ainda mais rigorosa, em 04.04.1935. A norma criou as condições jurídicas necessárias para a persecução penal, em tribunais de exceção, de dissidentes políticos, considerando passíveis de punição a incitação ao ódio ou à luta entre classes e entre religiões, a instigação de atentados por motivos políticos, a indução aos trabalhadores a fazerem greve etc.⁴³²

Por sua vez, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas⁴³³ e fortemente influenciada pelas Constituições polonesa de 1935 e portuguesa de 1933,⁴³⁴ instituiu um Estado fortemente centralizado na figura do Presidente da República. Em meio a outras mudanças no controle de constitucionalidade,⁴³⁵ a Carta trouxe uma novidade impactante: a possibilidade de o Presidente da República, com vistas ao bem-estar do povo e ao interesse nacional, submeter decisão de inconstitucionalidade do STF ao Congresso Nacional, que poderia, por deliberação de dois terços dos seus membros, torná-la sem efeito. Contudo, tendo em vista o fechamento do Congresso Nacional durante o Estado Novo, o Presidente reputou-se competente para, com base no referido permissivo constitucional, afastar decisões do STF por decreto-lei, como, de fato, mais tarde o faria.⁴³⁶

Em relação à sua modificação, o art. 174 da Constituição de 1937 estabelecia procedimentos distintos de acordo com a iniciativa. Se os projetos de alteração fossem deflagrados pelo Presidente da República sujeitavam-se ao quorum de maioria simples,

Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23/26; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 84/85.

⁴³² COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** Op. Cit., p. 84/85.

⁴³³ Note-se, contudo, o art. 187 da Carta previa a convocação de plebiscito para legitimá-la, o qual nunca foi convocado. Afonso Arinos considera que tal vício de origem inquina a validade da Constituição, que, assim, nunca teria existido validamente. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro,** Vol. 2. Op. Cit., p. 208/209.

⁴³⁴ BERCOVICI, Gilberto. **“Tentativa da Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930/1964).”** Op. Cit., p. 40. Daí vem o apelido de “polaca”.

⁴³⁵ Em relação às inovações no controle de constitucionalidade promovidas pela Constituição de 1934, a nova Carta aboliu a Representação Interventiva e a competência do Senado estender os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, mantendo apenas a reversa de plenário. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** Op. Cit., p. 85.

⁴³⁶ Além de o Parlamento não ter funcionado durante o Estado Novo, tendo o Presidente acumulado o exercício das funções legislativa e executiva, o plebiscito previsto na Carta de 1937 para a sua confirmação popular nunca foi realizado.

e se eles fossem rejeitados pelo Congresso Nacional, ainda assim o Presidente poderia convocar plebiscito para que o povo decidisse sobre a controvérsia. Se a iniciativa fosse do Parlamento, o quorum seria de maioria absoluta, submetendo-se o projeto em seguida ao Presidente, que poderia devolvê-lo ao Congresso para ser novamente votado na próxima legislatura. Caso o projeto fosse aprovado poderia o Presidente convocar plebiscito para que o povo desse a “última palavra”.

Tal complexo mecanismo nem chegou a ser colocado em funcionamento, pois o Parlamento não funcionou durante o Estado Novo. Assim, Vargas alterava unilateralmente a Constituição, autoarrogando-se o exercício de poder constituinte. Tal cenário, associado à ausência de cláusulas pétreas e de controle judicial dos seus atos, convolou a Carta de 1937 em uma “Constituição Flexível”, que não limitou minimamente a atuação do Presidente da República.⁴³⁷

Ademais, a Constituição de 1937 excluiu da apreciação do Poder Judiciário as questões políticas e os conflitos relativos a dualidades de governos, além de ter reduzido a idade para a aposentadoria compulsória de setenta e cinco para sessenta e oito anos, circunstância que implicou a imediata condução à inatividade de três Ministros do STF. Deve também ser destacada a instituição da censura prévia a atividades jornalísticas e artísticas para “*garantir a paz, a ordem e a segurança pública*” e a “*moralidade pública e dos bons costumes*”. Por fim, a Carta criou as figuras do “*estado de emergência*” e do “*estado de guerra*”, sendo que em todo o Estado Novo (1937 a 1945) vigeu o primeiro.

O caráter autoritário do Estado Novo encontrou a sua mais refinada elaboração teórica na obra do jurista que redigiu a Carta de 1937, Francisco Campos. Campos, que se inspirara confessadamente nos escritos de Carl Schmitt, foi, no campo do direito público, o grande nome da reação antiliberal à República Velha.

Com efeito, o jurista mineiro considerava que o fracionamento do poder entre os departamentos estatais (separação dos poderes) e entre os entes federativos (federalismo) gerava “*localismos dispersivos*” e “*espírito de paróquia*”, que fomentavam a divisão do país e a consolidação de privilégios de oligarquias locais.⁴³⁸ Por sua vez, o pluralismo de partidos políticos no Parlamento seria particularmente danoso aos interesses da Nação, eis que produziria paralisia decisória incompatível com

⁴³⁷ SARMENTO, Daniel. “A Trajetória Constitucional Brasileira”. Op. Cit., p. 42.

⁴³⁸ SANTOS, Rogério Dutra dos. “Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil”. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007, p. 287.

a recente intervenção do Estado na economia, que necessitava de decisões céleres e técnicas.

Para evitar a “*decomposição pluralista do Estado*”, Campos, fiel a Schmitt, postula a reabilitação dos poderes do Presidente da República. Em busca de tal objetivo, supera o modelo de representação puramente eleitoral - chegando inclusive a questionar o sufrágio universal - por um modelo que enfatiza a representação como relação de identidade entre o povo e o seu líder, independentemente de intermediação pelo voto. Na linha da democracia substancial de Schmitt, considera que a verdadeira vontade do povo não é colhida no resultado das eleições, mas na opinião pública. Sendo o Presidente da República o símbolo da unidade nacional, poderia mobilizar diretamente as massas para, em torno da sua figura, ser restabelecida a unidade do império, que se dispersara na luta pelo poder entre as oligarquias locais, representadas pelos partidos políticos.⁴³⁹

Quanto à introdução da possibilidade de o Legislativo tornar sem efeito decisão judicial de inconstitucionalidade de leis, argumentava que a interpretação constitucional não é monopólio do Judiciário, competindo igualmente aos demais “poderes”, no exercício das suas atribuições (aproximando-se do departamentalismo). Além disto, ao se atribuir ao Judiciário a última palavra na definição do sentido da Constituição os inevitáveis processos de mudança social acabariam por ser impedidos “*por uma interpretação constitucional orientada por critérios puramente formais ou inspirados na evocação de um mundo que já morrera*”.⁴⁴⁰

De qualquer sorte, diante da inexistência de “garantias objetivas” do acerto da interpretação constitucional, a atribuição da última palavra na interpretação da Constituição ao Judiciário torna presente o risco de que os juízes, por debaixo da linguagem técnica que empregam, venham a “*decretar como única legítima a sua filosofia social ou concepção de mundo*”, mesmo que tal visão “*obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do Governo em benefício da Nação*.”⁴⁴¹ Portanto, a possibilidade de o Parlamento tornar sem efeito decisão do STF cuidar-se-ia, a seu ver, de mais uma prova do caráter democrático da Constituição de 1937.

⁴³⁹ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942

⁴⁴⁰ Ibid., p. 310/311.

⁴⁴¹ Ibid.

O exposto já é suficiente para se concluir pela ausência das condições políticas para a expansão do Judiciário. De fato, diante (i) da prevalência de um arranjo institucional caracterizado pela forte concentração do poder político no Executivo federal, (ii) da afirmação de uma filosofia política autoritária e estatalista, e (iii) dos reflexos desses fatores no direito positivo e na *práxis* política do país, não é de causar surpresa que o STF, no período entre 1930 e 1945, tenha tido o menor grau de independência da sua história, tornando-se submisso ao governo.⁴⁴² A consequência disto também é previsível: houve um relevante refluxo da sua jurisprudência liberal, tendo o Tribunal se tornado um instrumento do regime,⁴⁴³ ao invés de ser um *locus* de proteção dos direitos do cidadão contra arbitrariedades do governo.

Com efeito, as esperanças que advieram da criação do Mandado de Segurança pela Constituição de 1934 foram rapidamente frustradas: já no primeiro MS, impetrado em face da exclusão de um “praça” do Corpo de Marinheiros Nacionais, o STF, que tradicionalmente reconhecia a sua competência para julgar a validade de atos demissórios, afastou-se da sua consolidada jurisprudência, ao afirmar que os atos do governo provisório eram insuscetíveis de controle judicial. Encontrando-se acuado pela aposentadoria compulsória dos seus Ministros e pelo rumo autoritário que o país ia tomando, o STF não questionou a validade da referida restrição ao acesso à justiça, demitindo-se de fiscalizar as arbitrariedades cometidas pelo governo provisório.

A jurisprudência acerca da insindicabilidade judicial das questões políticas - posteriormente referendada pela Constituição de 1937 - foi aplicada a diversas matérias, destacando-se as intervenções federais nos Estados. Desta forma, as destituições de governos eleitos pelo voto popular, feitas pelo Executivo Federal, ficavam sem controle judicial, como se dera no indeferimento de MS impetrado por Vereadores da Câmara Municipal do Distrito Federal para a legislatura de 1935 a 1939.

Por outro lado, a repressão aos dissidentes políticos mantinha-se dura, sem que o Supremo Tribunal atuasse em resguardo às liberdades de expressão, de reunião e de associação. Veja-se o caso da Aliança Nacional Libertadora (ANL), que consistia na reunião de setores liberais, socialistas e comunistas em torno de programa nacionalista e igualitário.⁴⁴⁴ Em pouco tempo a ANL - cujo Presidente de honra era Luís Carlos

⁴⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** Op. Cit., p. 119/121.

⁴⁴³ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** Op. Cit., p. 74.

⁴⁴⁴ A ANL defendia, por exemplo, defesa da luta contra o imperialismo, da suspensão do pagamento da dívida externa, da nacionalização de empresas estrangeiras, da realização da reforma agrária, do

Prestes - contava com mais de mil unidades no país e promovia manifestações populares de grandes proporções. O governo, por considerar que a ANL “*vinha desenvolvendo atividade subversiva da ordem política e social*” determinou o fechamento por seis meses de todas as suas unidades e o cancelamento do seu registro civil. Em MS impetrado pelo presidente da associação, o Tribunal denegou a ordem de forma unânime, sendo particularmente expressivo o voto do Min. Carvalho Mourão, no qual afirmou que a limitação da liberdade de associação a “fins lícitos” não deve ser interpretada como a antítese de “fins criminosos”, visto que a Constituição não visa a proibir medidas de polícia destinadas a preservar a ordem pública que não fossem tipificadas pelo direito penal.⁴⁴⁵

Especialmente após uma tentativa de golpe comunista realizada em novembro de 1936 em quartéis de Natal, Recife e Rio de Janeiro - posteriormente conhecida como “*intentona comunista*” – a repressão aos opositores do regime recrudesciu. Nada obstante, o STF manteve a sua postura de deferência aos poderes políticos. De fato, no julgamento do HC impetrado por João Mangabeira em benefício de parlamentares presos em virtude do seu suposto envolvimento com a “*intentona comunista*”, o STF indeferiu a ordem por decisão unânime.⁴⁴⁶ Olga Benário, companheira de Luís Carlos Prestes, que havia sido presa como “*estrangeira pernicioso à ordem pública*”, impetrou HC visando a impedir o seu envio à Alemanha, com base no fato de estar grávida. O STF negou a ordem, sendo Olga enviada à Alemanha nazista, vindo a falecer num campo de concentração, para onde foi encaminhada por ser judia.⁴⁴⁷

Curiosamente, episódio isolado de decisão do STF contrária aos interesses do governo no Estado Novo se deu com o provimento de mandados de segurança para afastar a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos de magistrados e servidores públicos. Getúlio Vargas, na forma do respectivo permissivo constitucional, editou o Decreto-Lei de 05.09.1939, no qual negou aplicação às decisões do STF, sob o

restabelecimento das garantias constitucionais etc. COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 85/87.

⁴⁴⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. vol. IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 61/64.

⁴⁴⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. vol. IV, Op. Cit., p. 65/69.

⁴⁴⁷ Saliente-se, ainda, que no período Habeas Corpus impetrados em favor de correligionários da Ação Integralista Brasileira na Bahia foram igualmente rejeitados, por se considerar que os mesmos estavam envolvidos em “atividades subversivas”. Também foi indeferido HC impetrado por João Mangabeira e por seu filho, Francisco Mangabeira, pois o STF não acolheu o argumento de que o Tribunal de Segurança Nacional era um Tribunal de Exceção, antes o considerando “um juízo especial autorizado pela Constituição”.

argumento de que elas não respeitariam o interesse nacional, nem o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto de renda.⁴⁴⁸

4.1.4 A República de 1946/1964

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Brasil se reaproxima da democracia. Releva notar, contudo, que há uma rejeição tanto da República Velha quanto do Estado Novo: da primeira são criticadas as fraudes eleitorais, as práticas oligárquicas, a falta de representatividade dos governos, a corrupção e os constantes estados de sítio; da segunda são rechaçadas a enorme concentração de poderes na figura do Presidente da República, a sujeição dos Estados à União, a vulnerabilidade do Judiciário a ingerências do Executivo, a recorrência dos estados de emergência e de guerra, e o desrespeito às garantias constitucionais.⁴⁴⁹

Neste viés, o texto constitucional resgata as melhores tradições do liberalismo brasileiro, na medida em que sujeitou o estado de sítio à aprovação do Congresso Nacional, positivou amplo rol de direitos fundamentais (inclusive de direitos sociais, na trilha da Constituição de 1934), e recuperou o federalismo, embora a centralização de competências na União tenha se mantido como reflexo da rejeição da “política dos governadores” da República Velha.⁴⁵⁰ Assim, a “*Constituição de 1946 buscou conciliar liberalismo e democracia com o Estado Social.*”⁴⁵¹

Especial ênfase foi conferida ao modelo de separação entre os poderes como reação à notável hipertrofia do Executivo no Estado Novo, Efetivamente, o constituinte de 1946 elaborou quicá o arranjo institucional mais descentralizado no plano federal da história do constitucionalismo brasileiro, buscando “*devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático.*”⁴⁵² Embora os princípios estruturais do sistema político não sejam, em absoluto, peculiares - p. ex. o presidencialismo, o multipartidarismo e o sistema eleitoral

⁴⁴⁸ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 77/78.

⁴⁴⁹ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 105.

⁴⁵⁰ SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 91.

⁴⁵¹ SARMENTO, Daniel. **A Trajetória Constitucional Brasileira**. Op. Cit., p. 49.

⁴⁵² BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Op. Cit., p. 409.

proporcional para as cadeiras na Câmara dos Deputados estão presentes na Constituição de 1988 -, na Constituição de 1946 se percebia uma significativa diminuição do papel do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo.⁴⁵³

Tais fatores conduziram a maior independência do Congresso nas relações travadas com o Executivo, sobretudo no processo de produção de leis. Neste âmbito se verificou o surgimento de uma agenda compartilhada, na medida em que, das leis aprovadas no lapso entre 1946 e 1964, 42.8% advieram de projetos de lei apresentados pelo Executivo, enquanto 57.2% foram iniciadas por parlamentares – portanto, a *taxa de dominância* do processo legislativo pelo Executivo era relativamente baixa.⁴⁵⁴ Também são percebidos no período percentuais bastante altos de não aprovação de projetos do Executivo pelo Congresso e de alteração substancial do seu teor (assim a *taxa de sucesso* do Executivo também era relativamente baixa), bem como níveis baixos de coesão partidária, circunstâncias que revelam que o padrão de relação entre os poderes foi caracterizado pelo conflito e pela incerteza.⁴⁵⁵

Porém, a maior fragmentação do poder político não gerou uma democracia em que o Presidente e o Parlamento compartilhassem a influência do processo legislativo através de coalizões partidárias relativamente estáveis, ou mesmo um presidencialismo mais aberto à deliberação parlamentar do que as anteriores experiências de hipertrofia do Executivo. Antes disto, o que se viu na Quarta República brasileira foi, infelizmente, o retorno a práticas oligárquicas, ao autoritarismo, a um liberalismo conservador e seletivo, a impasses decisórios causadores de instabilidade política etc.

Com efeito, o caráter compromissório da Constituição de 1946 não resolveu o antagonismo entre as pressões nacionalistas e dos capitais estrangeiros, entre as pretensões de empregadores e empregados a respeito da legislação trabalhista, entre os interesses da União e de oligarquias estaduais pela centralização ou pela descentralização de competências, entre tendências autoritárias e liberais a propósito da leitura das garantias constitucionais etc. Os embates sobre a melhor interpretação da

⁴⁵³ Cite-se o reduzido rol de matérias sujeita à iniciativa privativa do Presidente da República (apenas leis que criem cargos ou aumentem vencimentos na sua esfera ou que tratem das forças armadas), o fato de tanto o Presidente quanto os Parlamentares poderem apresentar projetos de leis orçamentárias, a impossibilidade de o Presidente solicitar urgência na deliberação parlamentar acerca dos projetos de sua iniciativa etc.

⁴⁵⁴ SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Op. Cit., p.72/83. Conforme será ressaltado na próxima seção, diferenças nas regras do processo legislativo da Constituição de 1988 contribuíram para maior concentração de poderes no Executivo.

⁴⁵⁵ Ibid.

Constituição se perpetuariam nos Governos Dutra (46/50) e Vargas (50/54), não logrando a Constituição de 1946 trazer a estabilidade democrática desejada.

Neste cenário, não é de causar estranheza que, apesar do resgate do modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1934, não tenha havido expansão significativa do papel político do Judiciário (ao menos em relação à República Velha). Cite-se, por exemplo, o caso das Representações Interventivas: ao contrário do que se poderia supor pela análise da sua positividade formal, a prática do seu manejo não constituiu o STF como um árbitro final dos grandes conflitos federativos, já que eles continuavam a ser resolvidos mediante a decretação pelo Presidente de estado de sítio. Inversamente, através do julgamento das Representações Interventivas o STF atuou com vistas a promover a adequação dos ordenamentos jurídicos estaduais à Constituição Federal, isto é, como instrumento de centralização normativa.⁴⁵⁶

Para além disto, a jurisprudência do STF se mantinha fiel a um liberalismo seletivo e conservador. Com efeito, os novos inimigos da República (os comunistas) continuavam a bater, em vão, às portas do STF. A propósito, convém notar que a instalação da Quarta República coincidiu com a guerra fria, de maneira que o cenário geopolítico internacional influenciou na Assembléia Constituinte. Desta influência resultou o art. 141, p. 12 da Constituição de 1946, que vedava o funcionamento de partido ou de associação cujo programa contrariasse o regime democrático, e o seu art. 119, I, que autorizava a Justiça Eleitoral a conceder e a cassar os registros dos partidos. Tais dispositivos foram usados pelo Tribunal Superior Eleitoral para cassar o registro do Partido Comunista, diante da acusação formulada pelo Procurador Geral da República a respeito do seu envolvimento com greves e agitações de trabalhadores. Em vista da extinção do Partido Comunista, o Congresso Nacional aprovou projeto de cassação dos mandatos dos seus parlamentares (Lei n. 211/1948).

Foi impetrado HC em nome de Luís Carlos Prestes e de outros deputados, no qual se deduziu a tese de que o cancelamento do registro do Partido no TSE não repercutiria efeitos no funcionamento da respectiva associação privada, devendo, então, os impetrantes ser autorizados pelo Tribunal a entrar e sair da sede e dos comitês locais

⁴⁵⁶ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 120. Mencione-se também a declaração da inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que instituíam regime parlamentarista, da Constituição do Estado do Ceará, que sujeitavam à Assembléia Legislativa a nomeação de secretários e de prefeitos, da Constituição do Estado de Alagoas, que instituíam novos tipos de crimes de responsabilidade do governador etc.

da agremiação. O Tribunal, acolhendo o voto do Relator, Min. Castro Nunes, não conheceu do HC, com base no argumento de que o direito em análise não seria o de ir e vir, de maneira que o instrumento processual idôneo seria o Mandado de Segurança, e não o Habeas Corpus.⁴⁵⁷

Ao lado de questões constitucionalmente relevantes como essas, o STF continuava a decidir controvérsias menores, como casos relativos a heranças, separações, recursos criminais, confisco de bens, ações de reintegração de posse, questões tributárias etc., que giravam, especialmente, em torno do direito à propriedade. O cidadão comum, prejudicado pelas dificuldades do acesso à justiça e pela manutenção dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade, continuava distante do STF. Assim, o Supremo não se afastou de um “*liberalismo conservador e pouco democrático*”,⁴⁵⁸ em fina sintonia - reconheça-se - com as metanarrativas nacionais da época.

O trágico fim do governo Vargas (50/54) consiste em excelente exemplo de que, apesar da realização de eleições na Quarta República, a persistência de um cenário de instabilidade democrática mantinha incólume a tradição golpista nacional, na qual as Forças Armadas continuavam a exercer o seu tradicional papel de árbitras finais dos conflitos constitucionais mais relevantes. De fato, com o suicídio de Getúlio Vargas, assumiu a Chefia do Executivo o seu Vice, Café Filho, em cuja presidência ocorreram as eleições de outubro de 1955, nas quais se sagrou vencedor Juscelino Kubitschek.

Quando, aparentemente, já estava em curso um movimento golpista visando a impedir a posse de Juscelino, Café Filho se ausentou do cargo, por ter sofrido um ataque cardíaco. Carlos Luz, presidente da Câmara dos Deputados que lhe sucedeu, resistiu às pressões do Ministro da Guerra, General Lott, para punir os envolvidos nas tratativas golpistas. Convencido de que o golpe de estado era iminente, o General Lott, com o auxílio do Exército, realizou um “contragolpe preventivo” para assegurar a posse do

⁴⁵⁷ Além disto, o recurso extraordinário interposto em face da cassação do registro pelo TSE não foi conhecido, pois o STF considerou soberanas as decisões da Justiça eleitoral, na esteira do voto do Min. Laudo Camargo. Também foi indeferido mandado de segurança impetrado em face das cassações dos mandatos dos deputados comunistas, com lastro na tese de que a democracia instituída pela Constituição de 1946 seria um “Estado de Partidos”, no qual os eleitores votam no partido, e não no candidato. Assim, sendo a filiação partidária condição de elegibilidade, cancelado o registro do partido restaria *ipso facto* cancelado o mandato parlamentar. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal. Tomo IV.** Op. Cit., p. 69/87.

⁴⁵⁸ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** Op. Cit., p. 122.

Presidente eleito pelo povo, mediante a presidência interina de Nereu Ramos, Vice-Presidente do Senado.⁴⁵⁹

Não se cogitou de recurso ao STF para garantir o cumprimento da Constituição. A fragilidade institucional do Tribunal na tradição antidemocrática nacional se mostrou, com toda a sua crueza, no mandado de segurança impetrado por Café Filho para reassumir a presidência, no qual postulava a invalidação das resoluções da Câmara e do Senado que mantinham o seu impedimento para o exercício da presidência. Embora a maioria da Corte tenha decidido pela sustação do julgamento até a suspensão do estado de sítio, alguns *obiter dicta* dizem mais a respeito da posição assumida pelo STF do que a *ratio decidendi*, como pode se constatar dos seguintes trechos do voto do Min. Sampaio Dória:

*A insurreição é um crime político, disse ele, mas quando vitoriosa passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infringiram; sua vontade é o que conta, e mais nada. (...) Contra um insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição, com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não cometeria a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. Aqui está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre.*⁴⁶⁰

Durante os governos Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros o STF não foi chamado a decidir questões de grande relevo político, tendo se limitado a julgar “questões habituais”.⁴⁶¹ Quando eclodiu o primeiro grande conflito constitucional (1961), com a renúncia de Jânio Quadros e a posse de João Goulart, seu Vice-Presidente, a solução foi inicialmente arbitrada pelo Congresso Nacional, com a

⁴⁵⁹ V. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. Op. Cit., p. 29/30.

⁴⁶⁰ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p.133/135. Ainda mais eloquente foi o desabafo do Min. Nelson Hungria após uma série de críticas no Congresso Nacional e na imprensa no sentido de que o STF não teria cumprido a sua missão constitucional: “Jamais o STF desertou a sua função constitucional, que não é, positivamente, a de debelar insurreições vitoriosas. (...) Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, assim como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não deve ser obscurecida por aqueles que parecem supor que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de um arsenal de livros de direito, disponha de um arsenal de schrapnels e de torpedos. (...) Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito.” Ibid.

⁴⁶¹ Por exemplo, habeas corpus de presos em revoltas populares, não incidência de imposto de renda sobre magistrados, invalidade de eleições indiretas, inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais etc.

aprovação do sistema de governo parlamentarista com o escopo de submeter o Presidente ao Parlamento.⁴⁶²

Todavia, diante do viés de esquerda assumido pelo governo João Goulart, evidenciado pelas Reformas de Base e por medidas nacionalistas e favoráveis aos trabalhadores, setores mais à direita conspiravam para a sua deposição, sob o argumento de que o país dera uma guinada definitiva ao comunismo. Desta vez, os militares não apenas arbitrariam o conflito, como deporiam o presidente eleito e assumiriam o poder. Em 1964 tem início a ditadura militar, inaugurando mais um período negro na história da tutela das garantias constitucionais e da jurisprudência do STF.

4.1.5 A Ditadura Militar

O golpe militar foi formalizado juridicamente através do Ato Institucional n. 01, de 09.04.1964, que, embora subscrito pelos comandantes das Forças Armadas, fora redigido por Francisco Campos e Carlos Medeiros da Silva.⁴⁶³ Em seu preâmbulo, há lição exemplar de teoria constitucional autoritária:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.⁴⁶⁴

⁴⁶² RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. (vol. IV). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, P. 165/230.

⁴⁶³ SARMENTO, Daniel. **A Trajetória Constitucional Brasileira**. Op. Cit., p. 58.

⁴⁶⁴ Confira-se outros trechos expressivos do preâmbulo do Ato Institucional n. 01:

“O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das Três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente,

O teor do Ato confirmava índole autoritária que se extraía do preâmbulo: foram restringidas a estabilidade e a vitaliciedade, facilitado o processo de emenda à Constituição, ampliado os poderes legislativos do Presidente, autorizou-se o Presidente a suspender direitos políticos de cidadãos e cassar mandatos legislativos, excluiu-se o controle judicial dos respectivos atos ec.

Apesar dos militares se arvorarem no exercício do poder constituinte originário, do conteúdo autoritário do Ato Institucional n. 01, dos atos arbitrários praticados desde no início do golpe militar, e de uma postura adesista do STF que a princípio se anunciara,⁴⁶⁵ surpreendentemente o Tribunal teve, nos primeiros anos da ditadura militar (1964/1968), um dos seus momentos mais elevados.

Mencione-se, inicialmente, o HC impetrado pelo Professor Sérgio Cidade de Resende, em virtude de ter sido preso por ter distribuído aos seus alunos um manifesto crítico à situação política do país. Prevaleceu o voto do Relator, no qual o Min. Hahnemann Guimarães deferia a ordem, à vista de não haver percebido nada no panfleto que pudesse ser considerado “*propaganda de processo violento para a subversão da ordem política e social ou instigação à desobediência coletiva do respeito à lei*”. Contrariado, o Presidente Castelo Branco, que se orgulhava de ser um “legalista”, cumpriu a decisão.⁴⁶⁶

Também no ano de 1964, o governador de Goiás, Mauro Borges Teixeira, impetrou HC no STF em razão de haver contra ele inquérito policial militar, apesar de a Constituição estadual lhe conferir foro por prerrogativa de função para o julgamento de

manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.” A íntegra do AI se encontra disponível no site: http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm; Acesso em 02.03.2011.

⁴⁶⁵ Em visita do presidente Castelo Branco ao STF pouco depois da sua posse, o Min. Ribeiro da Costa o saudara, afirmando que “a sobrevivência da democracia nos momentos de crise se havia de fazer com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais”, além de ter acusado o governo deposto de ser “o responsável pela situação em que se encontrava o país.” COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 161. Todavia, o próprio Ministro Ribeiro da Costa teria dito ao saudoso Sobral Pinto que “se mexerem no Supremo Tribunal, fechá-lo-ei e entregarei a sua chave ao Presidente Castelo Branco.” V. BALEEIRO, Aliomar. “**O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**”, Apud VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal**. Op. Cit., p. 124.

⁴⁶⁶ COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. Cit., p. 162.

crimes de responsabilidade perante a Assembléia Legislativa. A ordem foi deferida pelo Tribunal, que acolhera o corajoso voto do Min. Gonçalves de Oliveira, no qual restringira a competência da Justiça Militar aos crimes contra a segurança externa do país ou das instituições militares, nos termos da literalidade da Constituição de 1946. Todavia, Castelo Branco decretou a intervenção federal em Goiás e o governador foi deposto.⁴⁶⁷

Em outro caso de grande repercussão, o governador de Pernambuco, Miguel Arraes, impetrou HC no STF, vez que respondia a processo perante a Justiça Militar, no qual era acusado de ser o “*cabeça da subversão no Nordeste*”, “*ativista da linha comunista de orientação chinesa*”. O Tribunal deferiu a ordem, por ter reconhecido a competência do Tribunal de Justiça, e não da Justiça Militar, para o processamento e julgamento do governador.⁴⁶⁸

A animosidade dos militares com o STF atingiu o seu clímax com a manifestação do Min. Ribeiro da Costa, na qual o Presidente do STF não só reputara inconstitucional projeto que visava aumentar o número de Ministros do STF, como também afirmara que “*já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação (...)*” A resposta ao Tribunal não tardaria: com a edição do Ato Institucional n. 02, de 27.10.1965, os militares promoveriam mais um duro ataque institucional ao STF, com o aumento do número de Ministros de onze para dezesseis (as novas vagas foram preenchidas por Ministros com militância partidária na UDN, e, portanto, alinhados ideologicamente ao governo), e com a suspensão das garantias da estabilidade e da vitaliciedade por seis meses, de modo que os detentores dos respectivos cargos poderiam deles ser alijados por procedimento sumário, cujo controle judicial limitar-se-ia à análise de formalidades extrínsecas.⁴⁶⁹

Pouco mais de um mês depois do AI-2, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 16/65, que, ao criar a Representação de Inconstitucionalidade (RI), introduziu em nosso

⁴⁶⁷ Ibid., p. 163/164.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 164/165. Cite-se também o HC impetrado por Francisco Julião, um dos líderes das Ligas Camponesas, que tivera o seu mandato de deputado federal cassado pelos militares, cujo pedido foi deferido com base na expiração do prazo de validade da sua prisão.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 166. Como anota Elio Gaspari, “com esse Ato – e os outros dois que vieram em sua esteira – iniciou-se um processo de corrosão da cidadania que impediu os brasileiros de eleger governadores por dezessete anos e o presidente por quase um quarto de século.” GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. Série: As ilusões Armadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 254. A guinada autoritária do regime político brasileiro é descrita com riqueza de detalhes na citada obra às fls. 251/267.

ordenamento jurídico o controle abstrato de constitucionalidade, competindo ao STF analisar a compatibilidade, em tese, de lei ou ato normativo com a Constituição. Enquanto a Representação Interventiva tinha por objeto exclusivamente atos que decretassem a intervenção federal nos Estados, a Representação de Inconstitucionalidade não possuía restrições materiais significativas. Além do aumento da sua abrangência, houve também um elástico dos seus efeitos subjetivos, quando comparados aos do controle incidental até então praticado com exclusividade pelos Tribunais brasileiros: enquanto neste a decisão de inconstitucionalidade atinge apenas as partes do processo (*inter partes*), naquele a decisão projeta efeitos para todos os destinatários da norma constitucional (*erga omnes*).⁴⁷⁰

Apesar de o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro (a partir de então misto) ter se fortalecido com a EC n. 16/65, daí não se pode inferir que tenha havido uma expansão do Judiciário, o que comprova, mais uma vez, que os principais fatores de propulsão desse fenômeno são políticos. Com efeito, em um regime de exceção com hipertrofia do Executivo e sem alternância democrática no poder, não havia condições para o Judiciário decidir com independência e expandir o seu papel político.

Aliás, a circunstância de a legitimidade ativa para a RI ser exclusiva do Procurador-Geral da República, à época detentor de cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente e responsável pela chefia da advocacia da União, denotava que o propósito da instituição do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil não era o de fortalecer o papel do Judiciário de protetor de direitos fundamentais do cidadão, senão o de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas.⁴⁷¹ A concentração de poderes no STF com tal propósito se expandiu com a Emenda Constitucional 7/77, que conferiu ao Supremo Tribunal competência para interpretar, com efeito vinculante, atos normativos (Representação Interpretativa), e para avocar causas submetidas a qualquer juiz ou

⁴⁷⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. Op. Cit., p. 40/43.

⁴⁷¹ Sobre a reduzida valia da Representação de Inconstitucionalidade para um efetivo controle dos atos do poder público, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. Op. Cit., p. 122/123.

tribunal, quando reputasse haver “*perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas*” (avocatória).⁴⁷²

Todavia, mesmo após o AI-2, ainda seriam encontrados no STF espasmos de resistência ao regime, como a decisão pela qual o Tribunal determinou a soltura de oitenta e um estudantes presos há seis meses sem autorização judicial, em virtude da participação em manifestações contra o governo. Todavia, qualquer possibilidade de resistência judicial caiu por terra com a edição do Ato Institucional n. 05 em 13.12.1968.⁴⁷³

De fato, o AI-5 excluiu os atos praticados com base nos atos institucionais da apreciação do Poder Judiciário, autorizou o Presidente a decretar o “recesso” dos órgãos legislativos, a suspender direitos políticos, a cassar mandatos eletivos, suspendeu as garantias da vitaliciedade e da estabilidade, e o habeas corpus em crimes contra a segurança nacional etc. Como era de se esperar, vieram “os anos de chumbo”: mais de oitenta deputados foram cassados, vários servidores públicos foram demitidos ou aposentados compulsoriamente, restabeleceu-se a censura, foi realizada uma série de prisões arbitrárias, torturas, homicídios etc.⁴⁷⁴ No âmbito do STF, foram cassados os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. Daí em diante não mais teria o STF condições de resistir ao regime,⁴⁷⁵ transformando-se, antes, em seu instrumento, sobretudo com vistas a controlar a atuação dos juízes e Tribunais brasileiros.

4.1.6 Conclusão

Em síntese, pode-se afirmar que, embora a partir da proclamação da República as Constituições brasileiras tenham, formalmente, se fundado na soberania popular, e o

⁴⁷² Neste ínterim, ainda teria sido editada a Constituição de 1967, que apesar de ter promovido concentração de poderes na figura do Presidente, tinha por principal característica ser uma Constituição semântica, ou seja, mero disfarce para regime autoritário, na linha da metáfora de Loewenstein. V. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

⁴⁷³ Reputam-se relevantes causas para o recrudescimento do regime a negativa do Congresso em processar o Deputado Márcio Moreira Alves pela realização de discurso considerado ofensivo aos militares, o acirramento do debate ideológico entre os defensores da ditadura e dos defensores do retorno à legalidade, o surgimento da luta armada contra o regime, etc.

⁴⁷⁴ Sobre a tortura no regime militar ver o comovedor relato da Arquidiocese de São Paulo contido no livro: **Tortura Nunca Mais: um relato para a história**. 30 ed. Petrópolis: Editora Vozes.

⁴⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. Op. Cit., p. 124.

Judiciário passasse a ser considerado um poder autônomo e competente para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, *não se pode falar no Brasil em supremacia judicial antes de 1988*.⁴⁷⁶

Com efeito, *nos períodos autoritários (1930 a 1945 e 1964 a 1988)* a hipertrofia do Executivo gerava um arranjo institucional hierarquizado em cujo ápice se encontrava o Presidente da República, não havendo nível significativo de fracionamento do poder que viabilizasse que o Judiciário exercesse, com independência, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do governo. Tentativas de resistência judicial à “camisa-de-força” que lhe era imposta causaram as reações políticas mais diversas: desde o frontal descumprimento da decisão judicial até duros ataques institucionais à Corte, tornando-lhe subserviente ao regime. Nestes períodos, sequer a supremacia da Constituição, o Estado de Direito e a *judicial review* (um *minus* em relação à supremacia judicial) se mostravam, efetivamente, presentes, na medida em que os governos exerceram poderes praticamente ilimitados pela Constituição.

Todavia, também *nos “períodos democráticos” (1891 a 1930 e 1946 a 1964)*, não houve supremacia judicial; nem mesmo a limitação do poder através da *judicial review* foi resguardada satisfatoriamente a todos os brasileiros. Sem dúvida que a presença de nível razoável de fracionamento do poder político, a vigência das garantias de independência dos magistrados, a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade etc., permitiram que o Supremo Tribunal Federal construísse uma jurisprudência que estabelecesse parâmetros para a proteção das liberdades fundamentais pelos poderes públicos. Houve, portanto, um avanço na afirmação da supremacia da Constituição sobre os atos do Legislativo e do Executivo com vistas à proteção do indivíduo. Neste sentido, o STF, apesar das dificuldades do período, conseguiu construir, pontualmente, linhas jurisprudenciais favoráveis à tutela das liberdades.

Entretanto, a falta de tutela das liberdades em favor dos inimigos da República (operários, anarquistas, integralistas, socialistas e comunistas), e a limitação do seu exercício a compatibilidade com cláusulas abertas como “ordem pública”, “bem comum”, “interesse público”, etc., - que, via de regra, eram aferidas por autoridades

⁴⁷⁶ A propósito, Daniel Sarmento assinala que “Na acidentada história institucional do país, não faltaram constituições (...). Mas, se sobraram constituições, tem-nos faltado constitucionalismo. A maior parte das constituições que tivemos não logrou limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados”. SARMENTO, Daniel. **A Trajetória Constitucional Brasileira**. Op. Cit., p. 3.

administrativas e policiais -, revelavam o caráter seletivo e conservador do liberalismo que emergia da jurisprudência do STF. Em defesa ao Supremo deve se reconhecer que dificilmente seria diferente, pois tal perspectiva condizia com a metanarrativas das elites do país, e as reações políticas acima mencionadas limitavam muito a possibilidade de o STF proferir decisões, efetivamente, contramajoritárias. Portanto, as garantias do Estado de Direito eram concedidas apenas aos que não esposavam doutrinas subversivas, e que dispunham de patrimônio e cultura mínimos para disporem de acesso à justiça (vide os efeitos *inter partes* do controle incidental de constitucionalidade, a única modalidade efetivamente disponível para a tutela das liberdades até 1988).

Além disto, tais “momentos democráticos” foram entrecortados por sucessivas decretações de estado de sítio e de intervenções federais - muitas vezes sem a presença dos seus pressupostos constitucionais e sem controle judicial -, e pela consequente suspensão das garantias constitucionais, com a realização de arbitrárias prisões, cassações de mandato, demissões, aposentadorias compulsórias etc. Diante da fraqueza institucional do Judiciário e da força bélica do Exército, os grandes conflitos constitucionais eram resolvidos, com maior frequência, pelos quartéis do que pelo STF.⁴⁷⁷

Por outro lado, foram frequentes as reações políticas às decisões do Tribunal incômodas aos governos de ocasião. Dentre as mais diversas formas de descumprimento de decisão judicial, citem-se: a expedição de decreto de expulsão com data retroativa para atingir beneficiários de habeas corpus do STF, o envio pelo governo de ofício ao STF informando-lhe que não daria cumprimento à sua decisão por entender que ela não veicularia a interpretação adequada da Constituição etc.

Vale lembrar as ameaças de dissolução do Tribunal, que fizeram com que ele, em várias oportunidades, se abstinisse de tomar determinadas decisões, e os efetivos ataques institucionais à Corte, como a não-nomeação de Ministros por Floriano Peixoto (e posteriormente a nomeação de médicos e de militares), as propostas de alteração do número de Ministros da Cortes e de redução da sua competência (i.e. exclusão de determinados atos da sua cognição), que visavam a privá-lo da independência necessária para decidir com imparcialidade. Daí se vê que, em casos altamente conflituosos, o não

⁴⁷⁷ V. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. Op. Cit., p. 116/126.

cumprimento de decisão do STF e investidas contra a sua independência estiveram frequentemente presentes.

Assim, em boa parte de nossa história constitucional pré-88 a Constituição consistiu em mero instrumento de organização do Estado (*frame of government*), já que as normas que transcendiam esse conteúdo específico tinham o seu sentido concreto determinado pelos poderes políticos, sobretudo através de leis, decretos-lei e atos administrativos. A Constituição, portanto, era basicamente um instrumento político, despido de eficácia jurídica, fato que impedia que juízes e tribunais a aplicassem diretamente a casos concretos ou a utilizassem como parâmetros para a verificação da validade de leis. *Não há, portanto, mínima plausibilidade em se falar em supremacia judicial no Brasil antes de 1988.*

4.2 A expansão do Judiciário no regime constitucional pós-88

4.2.1 As condições políticas

A Constituição Federal de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização do país, simbolizando a transição de um Estado autoritário, que se guiava pela legalidade paralela dos atos institucionais e por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, para um Estado Democrático de Direito, que vem avançando na consolidação da separação dos poderes, da democracia e dos direitos fundamentais. Ademais, houve significativa mobilização popular no processo constituinte, apesar da forte atuação de grupos de interesse na Assembléia Nacional Constituinte e de aspectos do seu processo decisório terem facilitado a inclusão de interesses particulares na Constituição.⁴⁷⁸ Assim, da positivação de um Estado Democrático de Direito e da ampla participação do povo na sua elaboração não parece exagerado considerá-la fruto da soberania popular, na medida em que resultante de um processo deliberativo qualitativamente superior ao ordinário.

Analisando-a em perspectiva, a Constituição de 1988 tem dado azo a uma feliz história de sucesso: nos seus vinte e dois anos de vigência o Brasil está vivendo o seu mais longo período de estabilidade democrática, já que a experiência democrática

⁴⁷⁸ Ver item 4.2.1

anterior durou apenas dezoito anos (1946/1964).⁴⁷⁹ Neste período foram realizadas seis eleições presidenciais, “*com debate público amplo, participação popular, e alternância dos partidos no poder*”,⁴⁸⁰ cumprindo destacar a eleição de político de esquerda (Luís Inácio “Lula” da Silva), sem que as elites nacionais cogitassem de quebras à legalidade constitucional. E, conforme destacado por Barroso, “*não foram tempos banais*”: muito ao contrário, as crises e os escândalos de corrupção se sucederam, como ilustram o caso dos “anões do orçamento”, da violação do painel do Senado, das supostas compras de voto dos parlamentares (“mensalão”), e, o mais importante deles, o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo.⁴⁸¹

Em todos os casos citados (além dos vários outros que ocorreram no período), o regime político instituído pela Constituição de 1988 soube absorver as crises pelos mecanismos institucionalizados para tanto, sem haver espaço para soluções extraconstitucionais (i.e. participação das Forças Armadas). Assim, embora a democracia brasileira necessite de aperfeiçoamentos importantes, pode-se dizer que a democracia brasileira, enfim, se estabilizou e se consolidou, não havendo fundado temor de reversão autoritária.⁴⁸²

No que tange ao desenho institucional do sistema político, a Constituição de 1988 resgatou princípios macroinstitucionais adotados pela Constituição de 1946, destacando-se o *sistema de governo presidencialista, o sistema eleitoral proporcional com lista aberta* para os Legislativos federal, estadual e municipal (com exceção do Senado, no qual se aplica o sistema majoritário), e o *federalismo*, que foi fortalecido pelo aumento das capacidades administrativa e fiscal das subunidades da federação.⁴⁸³

Tais mecanismos tendem a promover forte fragmentação do poder político. Com efeito, a nítida separação de atribuições entre os poderes Executivo e Legislativo - típica do presidencialismo - pode dar azo a conflitos institucionais, sobretudo na hipótese de o

⁴⁷⁹ MARRENCO, André. Devagar se vai ao longe? “A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada”. In **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 73. Desconsidera-se a República Velha, dada a sua estruturação oligárquica e as reiteradas fraudes eleitorais.

⁴⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. “**Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos**”. Op. Cit., p. 36

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. “Instituições Políticas e Governabilidade – Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”. In **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

⁴⁸³ Ibid., p. 147.

Presidente não dispor de maiorias sólidas (ou de supermaiorias, no caso de reforma à Constituição). Por outro lado, o sistema proporcional com lista aberta, no qual o eleitor pode votar individualmente em seu candidato sem que haja vinculação ao voto para a eleição majoritária, estimula a adoção de um comportamento individualista pelos políticos, pois a estratégia de buscar uma ligação direta com o eleitor se mostra conveniente pelo fato de o candidato de um determinado partido competir com os seus correligionários para a obtenção de uma dentre as cadeiras asseguradas pelo partido. Por outro lado, as legislações eleitoral e partidária não trazem obstáculos significativos à criação de partidos, antes a estimulam, com a concessão de horário eleitoral gratuito em rádio e televisão e recursos do Fundo Partidário.⁴⁸⁴

O estímulo ao comportamento individualista do parlamentar e à criação de partidos tende a gerar redução da disciplina e da densidade ideológica dos partidos, criando um cenário de fragmentação partidária (multipartidarismo) e de instabilidade das coalizões governamentais. Por fim, o federalismo, para além de dividir o poder político entre os entes federativos - circunstância que pode gerar disputas e problemas de coordenação entre eles - também favorece a difusão partidária. Isto porque, não possuindo os principais partidos hegemonia em todo o território nacional, há a possibilidade do surgimento de pequenos e médios partidos que exerçam papel relevante na composição da coalizão governamental no Congresso Nacional.⁴⁸⁵

O quadro de profunda fragmentação partidária do sistema político instituído pela Constituição de 1988 se evidencia pela evolução do percentual de cadeiras ocupadas pelo maior partido na Câmara dos Deputados, a partir da reforma partidária de 1979 que pôs fim ao bipartidarismo da ditadura militar: enquanto nas duas primeiras eleições (1982 e 1986) o PMDB obteve 41.8% e 53.4% das cadeiras na Câmara, nas duas primeiras eleições que se seguiram à Constituição de 1988 (1990 e 1994) o PMDB obteve “apenas” 21.5% e 20.9%, e nas eleições seguintes o partido majoritário não atingiu o teto de 20.0% das vagas de deputado federal. De 1990 a 2006, dos vinte e oito

⁴⁸⁴ MELO, Carlos Ranulfo. Nem Tanto ao Mar, Nem Tanto a Terra – Elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro. In **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 273/280.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 277.

partidos atualmente existentes somente de seis a oito agremiações conseguiram 5.0% das cadeiras na Câmara dos Deputados.⁴⁸⁶

Note-se, também, significativa variação da representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados que, somada a alternância na ocupação do cargo de Presidente da República, revela a competitividade do sistema partidário brasileiro. Todavia, tamanha fragmentação e competitividade não têm gerado instabilidade a ponto de ensejar rupturas institucionais, diante do controle pelos partidos da disputa pela Presidência da República ter produzido um efeito estabilizador sobre a estrutura partidária. Com efeito, tendo em vista a polarização das últimas cinco disputas presidenciais entre PSDB e PT, tais agremiações vêm se afirmando como alternativas de *polices* ao eleitorado nacional, e, por conseguinte, como pontos de referência do sistema partidário.⁴⁸⁷

Para alguns autores, a combinação desses fatores centrífugos (presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo) geraria paralisias decisórias e ingovernabilidade, com o surgimento de vários *veto players* que obstarium a implementação da agenda do governo e a realização de efetivas mudanças no *status quo*. A partir de um cenário assim delineado - embora tenha escrito antes da Constituição de 1988 -, Sérgio Abranches cunhou o termo “*presidencialismo de coalizão*”, em virtude “*de o Brasil (ser) o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões.*”⁴⁸⁸ Em virtude das dificuldades de formação de uma coalizão forte e sólida exclusivamente com base em acordos partidários, sobreviveria o poder político de elites políticas e de oligarquias regionais, que se traduziria na construção da “base aliada” através das tradicionais técnicas clientelistas da “patronagem”, notadamente a distribuição de ministérios, cargos, emendas orçamentárias etc.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Ibid., p. 276/279.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 293.

⁴⁸⁸ ABRANCHES, Sérgio. “O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.” **Dados** 31 (1). 1988, p. 21/22.

⁴⁸⁹ SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Op. Cit. Em artigo mais recente, redigido sob a égide da Constituição de 1988, Abranches reafirma o seu argumento, porém esclarece que as dificuldades presentes na democracia brasileira não são de ordem institucional, mas de índole sociológica. Ver, a propósito, a seguinte passagem: “Não creio que o fisiologismo e o clientelismo sejam intrínsecos ao regime de governança. Eles são componentes do padrão de relacionamento entre partidos e eleitores, portanto um dado sociológico. Se os partidos majoritários logram conquistar essa maioria por meio desse tipo de mecanismo de manipulação do eleitor despossuído e não há alternativas

Por outro lado, a Constituição de 1988 apresentou novidades em relação ao regime de 1946 que caminharam em sentido antagônico ao acima exposto, na medida em que trouxeram coesão e governabilidade, facilitando que o governo federal implementasse a sua agenda política. A propósito, Figueiredo e Limongi salientam que “o processo decisório na atual democracia brasileira caracteriza-se por um alto grau de delegação de poderes do Congresso para o Executivo e, no interior do Congresso, dos parlamentares para os líderes partidários.”

Quanto à majoração da participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, destacam-se a notável ampliação das matérias sujeitas à sua iniciativa privativa (vastos assuntos administrativos, financeiros e orçamentários),⁴⁹⁰ nas quais não caberá emenda parlamentar que implique aumento de despesa;⁴⁹¹ a possibilidade de o Presidente da República solicitar urgência em projetos de sua iniciativa, de apresentar projetos de emenda constitucional, de editar medidas provisórias e leis delegadas, mediante as quais pode inovar *sponte propria* a ordem jurídica etc. Ademais, o Regimento Interno do Congresso Nacional e das suas Casas tornou o Poder Legislativo federal extremamente centralizado em torno dos líderes partidários.⁴⁹²

A ação combinada da centralização de poderes legislativos no Presidente da República e nos líderes partidários neutralizaria os efeitos fragmentadores do presidencialismo, do sistema proporcional e do federalismo, como demonstram as altas taxas de sucesso (índice de projetos de lei de iniciativa do Executivo aprovados) e de dominância (percentual de leis editadas pelo Parlamento que são de iniciativa do Executivo). Com efeito, enquanto no período entre 1946/1964 as médias das taxas de

competitivas em muitos redutos, a relação entre maioria legislativa e o Executivo terá, de fato, um elevado grau de propensão ao fisiologismo e ao clientelismo. Mas seria assim, se o governo não fosse de coalizão.” Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique. “A Democracia Brasileira Vai Bem Mas Requer Cuidados”. In: **“Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil? VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.)**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001, p. 268.

⁴⁹⁰ V. art. 60, p. 1 c/c art. 165 da CF/88.

⁴⁹¹ Art. 63, p. 1, CF/88. A exceção se dá no caso das leis orçamentárias, em que as emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa serão admitidas desde que indiquem a fonte de custeio.

⁴⁹² V.g., poderes de determinação e de obstrução da pauta, de designação e de substituição de relatores e membros das comissões, de representação da bancada do partido, de solicitar urgência na apreciação de projetos de lei, etc.) FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. “Instituições Políticas e Governabilidade – Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”. In **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 151/156.

sucesso e de dominância foram de 29.5% e de 38.5% respectivamente, no lapso entre 1988/2006 as aludidas médias foram de 75.8% e 83.3%.⁴⁹³

Nesta esteira, a taxa média de coesão partidária na democracia atual é bem superior à da que a antecedeu: o índice mais alto de disciplina de partido da base aliada entre 1946/1964 (60.3%, do PSD) é inferior ao menor índice de disciplina de partido da coalizão governamental no lapso entre 1988/2006 (72.2%, do PMDB).⁴⁹⁴ Daí se vê que *o Executivo brasileiro é o principal legislador do país*, ditando, através do “*apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária*”, o que é votado e aprovado no Congresso Nacional.⁴⁹⁵

4.2.2 As condições institucionais

Quanto ao *catálogo de direitos*, convém destacar que a Constituição de 1988 contém o mais generoso rol de direitos da nossa história constitucional. Com efeito, a atual Constituição trouxe, simbolicamente, o catálogo para o início do seu texto, erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da nossa República (art. 1, III) e os direitos humanos a princípios reitores das relações internacionais travadas pelo Brasil (art. 4, II), a par de possuir um título exclusivo para os “direitos e garantias fundamentais”,⁴⁹⁶ o qual se caracteriza, sobretudo, pela amplitude (só o artigo 5 conta com setenta e oito incisos). Além disso, o constituinte de 1988 conferiu uma “eficácia reforçada” aos direitos fundamentais, na medida em que lhes atribuiu eficácia imediata (art. 5, § 1º), *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) e hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º com a redação dada pela EC n.º 45/2003). Por fim, foram positivados com igual ênfase direitos de primeira, segunda e terceira “geração”, sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas.⁴⁹⁷

Em relação ao *controle de constitucionalidade*, foi mantido o sistema misto existente no Brasil desde a EC n. 16/65, com a combinação da modalidade incidental e

⁴⁹³ Ibid., p. 156/157.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 169/170.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 186.

⁴⁹⁶ No Título II estão inseridos os capítulos I (direitos e deveres individuais e coletivos), II (direitos sociais), III (direitos da nacionalidade), IV (direitos políticos), V (partidos políticos).

⁴⁹⁷ Ver ,por todos, SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

difusa à moda americana, com a modalidade concentrada e abstrata à moda austríaca.⁴⁹⁸ Todavia, a notável ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade viabilizou o *acesso ao controle abstrato de constitucionalidade por grupos de interesse e por partidos de oposição*.⁴⁹⁹

Assim, a circunstância de qualquer partido político que possua um deputado ou senador ter legitimidade para a propositura de ADI, no âmbito de um sistema partidário altamente fragmentado, faz com que virtualmente toda questão política relevante se convole em questão judicial. De fato, a oposição, recorrentemente derrotada no Congresso Nacional, diante do fato de os governos terem conseguido construir coalizões razoavelmente sólidas e disciplinadas, tende a utilizar o STF como nova arena de batalha política, com vistas a reverter a derrota sofrida na deliberação majoritária.

O uso do controle de constitucionalidade por partidos de oposição é claramente comprovado por números: enquanto no governo FHC os partidos de esquerda (oposição) foram responsáveis 63.3% e os de direita (que compunham a “base aliada”) por 18.9%; com a eleição de Luis Inácio “Lula” da Silva para a presidência a relação se inverteu: os partidos de esquerda, agora no governo, propuseram 6.0% das ADIs, ao passo que os partidos de direita ajuizaram 73.0% das ADIs do período. Ainda mais emblemática é a atuação do Partido dos Trabalhadores: enquanto no governo FHC era o líder isolado de ADI, respondendo por 57.3% das ações propostas neste período, no governo Lula o PT não propôs uma ADI sequer.⁵⁰⁰

Por outro lado, cumpre notar a intensa atuação das entidades de classe de âmbito nacional na propositura de ADIs, apesar de o Supremo Tribunal ter estabelecido uma série de restrições, como, p. ex., considerá-las “legitimadas não-universais”, de molde a exigir-lhes a comprovação da “*pertinência temática*” entre o objeto da ação e as suas

⁴⁹⁸ Foge ao objetivo do item a descrição de todas as inovações trazidas pela Constituição de 1988 ao controle de constitucionalidade, já que o nosso objetivo é apenas o de destacar a presença, ou não, das condições arroladas na seção 4.2.2.2.2. Para a análise sistemática das inovações, ver CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁹⁹ Com efeito, o art. 103 da Constituição de 1988 conferiu legitimidade ativa para a ADI não apenas a órgãos ou autoridades federais (Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República), como também a órgãos ou autoridades estaduais (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa Distrital e Governador de Estado ou do Distrito Federal) e - destaque-se - a atores da sociedade civil (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional).

⁵⁰⁰ VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v.19, n.2, pp. 66/70.

finalidades institucionais;⁵⁰¹ e ter se utilizado da analogia à Lei Orgânica dos Partidos Políticos para aferir o caráter nacional da associação, o qual depende da presença em, pelo menos, nove Estados da Federação.⁵⁰²

Com efeito, entre 1988 e 2005, as associações propuseram 24.9% das ADIs, só perdendo, e mesmo assim por pequena diferença, para o Governadores de Estado, que apresentaram 26.0% das ADIs no período. Tais dados confirmam a hipótese de que a sociedade civil organizada vem sendo uma das protagonistas no processo de judicialização da política,⁵⁰³ de maneira que diversos grupos de interesse (especialmente aqueles que mais manejaram as ADIs: nesta ordem, funcionários públicos, empresários, trabalhadores, profissionais liberais e notários) também veem o Judiciário como um foro alternativo de disputa política, sobretudo quando restam vencidos nos embates parlamentares.

Tal fenômeno foi reforçado pela criação, através da Lei n. 9868/99, do *amicus curiae* e da audiência pública, permitindo que a sociedade civil organizada e grupos de interesse também participem de processos que não foram instaurados por eles. Desta forma, virtualmente todas as leis que afetem, de forma relevante, grupos de interesse razoavelmente organizados - especialmente os grupos econômicos e profissionais - acabará se sujeitando à revisão judicial, convolvendo-se o conflito de interesses em ação judicial.

Quanto aos *atos impugnáveis no controle de constitucionalidade*, cumpre notar, por um lado, que não há restrições significativas no controle incidental, e, por outro lado, que no controle abstrato o respectivo rol vem sendo bastante ampliado nos últimos anos, mercê da evolução da jurisprudência do STF e de inovações legislativas. Note-se que o STF tradicionalmente admite ADI em face de leis ou atos normativos federais e estaduais, inclusive em relação a emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-legislativos e Resoluções do Congresso Nacional e de suas Casas (inclusive o decreto-legislativo pelo qual o Congresso aprova tratado internacional – art. 49, I, CF/88), medidas provisórias, atos administrativos autônomos, dispositivos de Constituições estaduais etc. Todavia, recentemente o STF superou o entendimento a respeito do não cabimento de ADI em face de leis de efeitos concretos,

⁵⁰¹ STF, ADI 202, DJ de 2-4-1993, p. 5612.

⁵⁰² STF, ADI 386, DJ de 28-6-1991, p. 8904.

⁵⁰³ VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v.19, n. 2, p. 71.

na ocasião em que reviu a sua jurisprudência acerca do não cabimento de ADI em face de leis orçamentárias (espécie de lei de efeitos concretos), para conhecer e declarar a inconstitucionalidade de medida provisória que abriu crédito orçamentário extraordinário sem a observância dos requisitos constitucionais.⁵⁰⁴

Além disto, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC n. 03/1993 permitiu que se solicite ao STF a declaração da *constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal com vistas a pacificar, de forma célere e definitiva, controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato. Por sua vez, a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei n. 9882/99 fixou o seu cabimento em face do direito pré-constitucional, de leis municipais, e dos atos do poder público, expressão genérica que vem dando azo à ampliação do seu objeto para o atingimento, p. ex., de interpretações judiciais, de atos administrativos de especial relevo etc.⁵⁰⁵ Tais atos não podiam ter a sua constitucionalidade questionada em tese perante o STF, de molde que a *regulamentação da ADPF expandiu, consideravelmente, o espectro do controle abstrato de constitucionalidade*, ainda que o paradigma constitucional seja mais restrito do que o da ADI, visto que se restringe às normas constitucionais que ostentem a condição de “preceitos fundamentais”.

Evolução notável ocorreu na seara dos *efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF*. Viu-se no item anterior que, desde a criação do modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade até o advento da finada Representação de Inconstitucionalidade (EC n. 16/65), as decisões de inconstitucionalidade do STF somente produziam efeitos *inter partes*, não se aplicando a pessoas que, embora estivessem em situação rigorosamente igual, não fossem partes do respectivo processo. Em um país de dimensão continental, com enorme desigualdade social, e despido de um sistema efetivo de assistência judiciária gratuita, a maior parte da população não tinha acesso à justiça, persistindo os efeitos dos atos inconstitucionais nas suas esferas jurídicas.

A criação da Representação de Inconstitucionalidade, na qual as decisões do STF possuíam efeitos *erga omnes* (aplicáveis não só às partes do processo, mas a todos os destinatários da norma constitucional), não produziu avanço do papel político do

⁵⁰⁴ STF, ADI 4048/MC, DJ de 22.8.2008, p. 55.

⁵⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1156/1165.

Judiciário. As razões são óbvias: a EC n. 16/65 foi editada pouco mais de um mês após o Ato Institucional n. 02, que aumentara o número de Ministros do STF de onze para dezesseis - os cinco novos cargos foram preenchidos por juristas vinculados à UDN - e extinguiu a vitaliciedade dos seus membros. Ademais, o Procurador-Geral da República, à época detentor de cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente e responsável pela Chefia da advocacia da União, possuía o monopólio da legitimidade ativa da RI. Tais fatores somados à *praxis* política que, para dizer o mínimo, não estimulava atos de insubordinação ao regime, evidenciam o fato de que no modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil até 1988 predominavam, largamente, as decisões de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*.

A referida ampliação dos legitimados para a propositura de ADI teve um impacto fortíssimo em nosso modelo de controle de constitucionalidade, na medida em que produziu uma elevação exponencial do número e da importância das ações diretas de inconstitucionalidade. De fato, de 1988 a 2005 foram propostas 3.648 ADIs. Além disso, após um pico no número de ações entre 1989/1990 - decorrente da adequação das Constituições estaduais à Constituição Federal - o número de ADIs propostas voltou a crescer, circunstância que indica “*a consolidação dessa via de judicialização.*”⁵⁰⁶

Por outro lado, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC n. 03/93, e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei n. 9882/99, ampliaram consideravelmente as hipóteses em que o STF pode se pronunciar, originariamente, acerca da constitucionalidade de ato do poder público, em decisão aplicável a todos os destinatários da norma constitucional (efeitos *erga omnes*).

A Emenda Constitucional n. 03/93 trouxe, ainda, o efeito vinculante, interpretado pelo STF como um *plus* de eficácia em relação aos efeitos *erga omnes*, eis que resulta na aplicação da decisão do STF não apenas aos destinatários da norma constitucional, como também aos órgãos administrativos (administração federal, estadual e municipal, seja direta, seja indireta) e judiciais que não o próprio STF.⁵⁰⁷ Assim, caso tais autoridades não se orientarem por decisão do STF dotada de efeito

⁵⁰⁶ VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v.19, n.2, p. 46.

⁵⁰⁷ Embora a EC n. 03 só tenha previsto, expressamente, o efeito vinculante para as decisões do STF em ADC, o STF já decidira que as decisões na ADI possuíam igual efeito, diante da natureza dúplice dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade. De qualquer sorte, a Lei n. 9868/99 e a EC n. 45/2004 ratificaram tal orientação, e, posteriormente, a Lei n. 9882/99 reconheceu que as decisões proferidas pelo STF em ADPF também produziram efeito vinculante.

vinculante, ao invés de a parte prejudicada ter que percorrer toda a sistemática recursal ordinária para ter acesso à Corte Suprema, pode propor diretamente perante o STF reclamação, com vistas a restabelecer a autoridade da sua decisão.

Saliente-se, por outro lado, que mesmo no *controle incidental e difuso*, tradicional reduto dos efeitos meramente *inter partes*, tem se verificado notável ampliação dos seus *efeitos subjetivos*. Com efeito, inovações recentes têm atribuído a determinadas decisões tomadas em controle difuso e incidental efeitos que transcendem as partes do processo. Cite-se, inicialmente, a dispensa de submissão de questão constitucional ao Plenário do Tribunal, em atenção ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88), na hipótese de já haver prévia decisão do plenário do STF ou do próprio Tribunal (art. 481, CPC). Além disso, o STF tem admitido a realização de controle incidental de constitucionalidade em sede de ações coletivas, cujas decisões geram efeitos *erga omnes*.⁵⁰⁸ Há também forte tendência no processo civil contemporâneo de fortalecimento das competências monocráticas do relator, tendo como parâmetro jurisprudência dominante ou sumulada.⁵⁰⁹

Todavia, certamente as inovações mais impactantes, nesse ponto, são a *súmula vinculante e a repercussão geral*. Com efeito, a EC n. 45/2004, mediante a introdução do art. 103-A, da Constituição, permitiu que o STF, na hipótese de ter proferido reiteradas decisões em matéria constitucional, que sejam objeto de controvérsias cuja demora no deslinde cause grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, edite súmula vinculante, mediante o quorum qualificado de dois terços. Note-se que tais súmulas, embora frutos de decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental, produzem efeito vinculante (como no controle abstrato e concentrado), de molde que, se autoridade administrativa ou judicial não seguir a sua orientação, caberá reclamação perante o STF. Por outro lado, após o STF ter se pronunciado sobre questão em relação a qual reconheceu a presença de repercussão geral, se os Tribunais de origem não se retratarem, poderá o STF “*cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.*” (art. 543-B, p. 3, do CPC).

⁵⁰⁸ V. STF, RE n. 227.159, DJ de 17.05.2002.

⁵⁰⁹ Por exemplo, o art. 557, caput e p. 1-A do CPC autorizam, respectivamente, o relator a negar seguimento a recurso em contradição com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, e prover o recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com a referida súmula ou jurisprudência dominante.

Relativamente *aos efeitos objetivos das decisões em controle abstrato de constitucionalidade*, convém mencionar a chamada tese da “*eficácia transcendente dos motivos determinantes*”. Cuida-se da atribuição de eficácia geral não apenas ao dispositivo do julgado - i.e. declaração da inconstitucionalidade de determinado ato normativo -, mas também à tese jurídica principal que se extrai da questão constitucional dirimida pelo STF.

O *leading case* foi a Reclamação n. 1.987-0/DF. A questão dizia respeito à Instrução Normativa n. 11/97 do TST, que equiparara o não pagamento de precatório e o pagamento inidôneo (a menor ou intempestivo) à preterição da ordem de pagamento de precatório, com vistas a permitir o sequestro das respectivas verbas públicas. No bojo da ADI n. 1.662, o STF declarou a inconstitucionalidade da mencionada Instrução Normativa, sob o argumento de que ato infraconstitucional não poderia criar novas hipóteses de sequestros de verbas públicas, para além daquela prevista na Constituição (preterição da ordem de pagamento de precatórios). Não obstante, a Presidente do TRT da 10 Região determinou o sequestro de verbas públicas em hipóteses que não a de preterição na ordem de pagamento de precatórios, fundamentando a sua decisão na EC n. 30/2000, que nada inovara nesse ponto.

O Governador do DF propôs a referida reclamação, na medida em que vislumbrou descumprimento pela Presidente do TRT da 10 Região da decisão proferida pelo STF na ADI n. 1.662. É interessante repisar que o dispositivo desta decisão apenas invalidara a Instrução Normativa n. 11/97 do TST, e a decisão questionada não usara tal norma na sua fundamentação, mas a EC n. 30/2000. Todavia, a decisão em si determinou o sequestro de verbas públicas em hipóteses distintas da preterição da ordem, precisamente a medida reputada inconstitucional na fundamentação da decisão na ADI.

Portanto, para que a reclamação fosse provida o STF teria que superar a tradicional orientação no sentido de que somente o dispositivo vincula os demais órgãos judiciais. Foi precisamente o que fez a maioria do Tribunal, ao afirmar que a hipótese justificava

a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e

*autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.*⁵¹⁰

Parece inequívoco que a tese da “eficácia transcendente dos motivos determinantes” amplia, sobremaneira, os efeitos objetivos das decisões de inconstitucionalidade do STF. Embora a matéria subsista controvertida no âmbito do controle abstrato,⁵¹¹ a tendência presente no STF no sentido de admitir que a interpretação fixada em seus precedentes no controle incidental - e não apenas o dispositivo - autoriza o relator a negar seguimento a recursos extraordinários similares, revela que se encontra em curso no STF forte tendência no sentido da afirmação da tese da “eficácia transcendente dos motivos determinantes”.⁵¹²

Por fim, *os efeitos temporais*. Embora o art. 27 da Lei n. 9882/99 tenha reconhecido a possibilidade de o STF modular os efeitos temporais das suas declarações de inconstitucionalidade, o Tribunal vem usando tal prerrogativa excepcional com comedimento. Portanto, a ampla maioria de decisões de inconstitucionalidade o STF tem se mantido fiel à regra geral dos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que houve uma alteração muito significativa nos efeitos do controle de constitucionalidade, que resultou em forte estímulo à expansão do Judiciário. Com efeito, se até 1988 os efeitos produzidos pelas decisões de inconstitucionalidade do STF eram, basicamente, *inter partes*, hoje, com o avanço do controle abstrato, no qual as decisões do STF são obrigatórias para todos os destinatários da norma constitucional - sejam ou não partes do processo - e vinculantes para todos os órgãos judiciais e para a administração pública direta e indireta dos entes federativos, o espectro de pessoas potencialmente atingido pelas decisões do STF é muitíssimo mais amplo.

Somando-se isso a crescente adoção da tese da “eficácia transcendente dos motivos determinantes”, que evita que se adote a tese jurídica proscrita pelo STF sob o subterfúgio da aplicação de norma diversa da declarada inconstitucional, estão enfim presentes as condições necessárias para que o STF possa fazer valer o seu entendimento

⁵¹⁰ STF, ADI 1662, DJ de 21-05-04, p. 33.

⁵¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151/154.

⁵¹² Conferir o voto do Min. Gilmar Mendes na Reclamação n. 1987, STF, DJ de 21.05.04, p. 33 et seq.

sobre a constitucionalidade de uma norma a todas as pessoas atingidas por ela e aos órgãos responsáveis pela sua aplicação. Por sua vez, a tendência de mesmo as decisões do STF no controle incidental produzirem efeitos para além dos casos em que proferidas, permite a relativamente rápida “correção” de decisões contrárias ao precedente do STF, zelando, também, para a garantia da sua ampla repercussão no âmbito do Judiciário e da administração pública brasileiras. Por fim, a subsistência dos efeitos *ex tunc* como regra geral no controle de constitucionalidade, faz com que, normalmente, o STF invalide todos os efeitos produzidos por norma reputada inconstitucional, consistindo igualmente em fator de fortalecimento da importância política da *judicial review*.

Note-se, por outro lado, a atribuição de *competências superlativas ao Supremo Tribunal Federal*, tornando-se uma singular instituição em termos comparativos, à vista de reunir as funções de *tribunal constitucional, foro especializado e tribunal de apelação de última instância*.⁵¹³ No âmbito de sua função de *tribunal constitucional* compete-lhe, especialmente, processar e julgar a ADI, a ADC e a ADPF, sendo digno de nota que, em virtude dos fatores acima sumariados, a abrangência e o papel político destas competências têm se elevado consideravelmente.

Como *foro especializado*, é responsável pelo julgamento de infrações penais e crimes de responsabilidade em face de várias autoridades (art. 102, I, b e c, CF/88), e por ações propostas em face de atos de determinadas autoridades (art. 102, I, d, q e r, CF/88). Tais ações têm se acumulado nos escaninhos do STF, exigindo-lhe que se dedique a complexas e numerosas instruções criminais (há mais de duzentos e cinquenta denúncias contra parlamentares em curso) e que julgue dezenas de milhares de ações sobre questões de pequena relevância. Por fim, o STF tem atuado como *tribunal de apelação de última instância* (art. 102, III), na qual reexamina milhares de decisões judiciais com vistas a uniformizar a interpretação da Constituição. As inovações recentes trazida pela EC n. 45/2004 – súmula vinculante e repercussão geral – ao permitirem que as decisões do STF, mesmo as proferidas no controle incidental, produzam efeitos gerais, tendem a diminuir o número de recursos alçados ao Tribunal; porém revelam ainda maior concentração de poderes no STF.⁵¹⁴

⁵¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 487.

⁵¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Op. Cit., p. 489/493.

No que tange à *nomeação e à investidura dos membros da Suprema Corte*, percebe-se que o modelo adotado no Brasil, que consiste na nomeação pelo Presidente e na confirmação pelo Senado, sobretudo pela prática de o Senado referendar, sem maiores considerações, o nome eleito pelo Chefe do Executivo,⁵¹⁵ reduz o potencial de o respectivo processo gerar um nível significativo de *judicial accountability*. Tal característica, aliás, é reforçada pela investidura vitalícia, cujo único limite temporal é o da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Com efeito, em tal modelo, ao contrário dos mandatos por termo fixo, prestigia-se a independência judicial em detrimento da *judicial accountability*, notadamente diante dos casos de nomeação de juristas bem novos, que permanecerão na Corte por períodos de até trinta anos.

Quanto à *constitucionalização abrangente*, já se salientou que as Constituições do neoconstitucionalismo se caracterizam pela rematerialização do seu conteúdo. Com efeito, as respectivas Constituições contêm não apenas regras sobre a estruturação do Estado e direitos fundamentais de primeira “geração” (constituição como norma fundamental de garantia), como também uma ampla ordenação da vida econômica, social e cultural (constituição como norma diretiva fundamental), nas quais se destacam os direitos de segunda e terceira “geração”.

Entretanto, convém notar que características do processo decisório adotado pela Assembléia Nacional Constituinte somadas a elementos históricos reforçaram a constitucionalização abrangente. De fato, a ausência de um projeto unificador, a omissão do Executivo federal em atuar como centro sistematizador dos trabalhos das Comissões e a regra da maioria simples permitiram a formação de coalizões de não interferência, nas quais grupos distintos “trocam” apoios às suas propostas desde que a matéria não fosse especialmente conflituosa.⁵¹⁶ Por outro lado, a tradição brasileira de concentração de poderes no Executivo (que, como visto, foi mantida pela Constituição de 1988, que lhe concedeu largos poderes no processo legislativo) serviu como incentivo ao legislador constituinte para a constitucionalização de um amplo leque de

⁵¹⁵ A única oportunidade que se tem notícia de dura sabatina, que resultou, inclusive, em não confirmação dos nomes indicados pelo Presidente, se deu quando Floriano Peixoto, em nítida represália ao Tribunal nomeou um médico (Barata Ribeiro) e dois gerais para o STF. Ver, a propósito, a seção anterior.

⁵¹⁶ COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. *Constituição, Democracia e Governo. Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, n. 61, junho/2006, p. 44. Para uma análise pormenorizada do processo decisório na Assembleia Constituinte ver PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

matérias, pois, assim, as protegeria da possibilidade de o Chefe do Executivo utilizar os seus poderes legislativos para modificá-las ao seu alvedrio.⁵¹⁷

Se a influência das constituições contemporâneas deu à Carta de 1988 um amplo leque de direitos fundamentais e normas programáticas, o amálgama do processo decisório na Constituinte com a concentração de poderes legislativos no Presidente da República resultou na positivação constitucional, em larga medida, de políticas públicas, interesses e visões de mundo particulares. O processo constituinte teria, assim, obedecido “à lógica da árvore de natal, onde cada ator “pendurou” um benefício ou benesse.”⁵¹⁸

Por sua vez, o número expressivo de emendas constitucionais aprovadas aumentou ainda mais a extensão da Constituição, dada a resistência do Congresso em desconstitucionalizar matérias, já que isto significaria “dar um cheque em branco ao Executivo.”⁵¹⁹ Assim, o temor verificado no processo constituinte em relação à predominância do Executivo no processo legislativo se manteve incólume no processo de reforma à Constituição, circunstância que impediu a realização de um enxugamento da Constituição, produzindo, ao revés, o efeito oposto.⁵²⁰

A par deste conteúdo específico, os referidos fatores também resultaram no caráter analítico da nossa Constituição, cujo corpo permanente conta com, aproximadamente, trinta e duas mil palavras, relativamente superior à média das Constituições latino-americanas (vinte cinco mil e quatrocentas palavras).⁵²¹ O principal efeito desta hiperconstitucionalização é o estímulo à judicialização das atividades legislativa e administrativa, visto que, com base em amplíssimo parâmetro, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade de leis, e extrair diretamente das políticas públicas

⁵¹⁷ MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 250.

⁵¹⁸ MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. Op. Cit., p. 241.

⁵¹⁹ Ibid.

⁵²⁰ Como exemplo desse fenômeno, Claudio Couto e Rogério Arantes estimam que as emendas constitucionais aprovadas no governo FHC aumentaram a Constituição em 15.3%. COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Democracia e Governo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 21, n. 61, junho/2006, p. 58. É um tanto quanto paradoxal que a resistência à desconstitucionalização de matérias venha dos próprios parlamentares, na medida em que tal providência implica a possibilidade de os próprios parlamentares disporem sobre o tema mediante quorum de maioria simples, e não mais de três quintos. A explicação se encontra, como visto, nas altas taxas de dominância e sucesso do Executivo no processo legislativo. Por isso, a desconstitucionalização de matérias, na visão de boa parte dos parlamentares, significa dar um cheque em branco ao Executivo.

⁵²¹ Ibid., p. 240.

e das diretrizes plasmadas na Constituição deveres concretos de agir ao Poder Executivo.⁵²²

Todavia, um aspecto interessante que merece ser ressaltado é a relativa facilidade do processo de reforma à Constituição, que salta aos olhos quando o art. 60 da Constituição de 1988 é submetido a uma análise comparativa.⁵²³ Evidentemente que a associação entre uma Constituição analítica, repleta de escolhas conjunturais sobre políticas públicas, e um processo de emenda relativamente fácil, resulta em elevadas taxas de emendamento, como é o caso da brasileira, que, em vinte e dois anos, se submeteu a setenta e três emendas (contadas as seis de revisão).

Desta forma, a constitucionalização abrangente não tem conduzido a paralisia decisória e ingovernabilidade, como esperado pela corrente hegemônica na ciência política,⁵²⁴ mas a um cenário em que, por um lado, há estímulo à judicialização de questões políticas, mas, por outro, há também um incentivo a um ativismo na reforma da Constituição - no qual o Presidente tem demonstrado um claro protagonismo -, inclusive para superar decisões judiciais indesejáveis.⁵²⁵

4.2.3 As condições “interpretativas”

Com visto, as Constituições brasileiras exerceram, até 1988, pouco mais do que uma tímida função de *frame of government*, mediante a qual se limitavam a estruturar o Estado, criar órgãos públicos e dispor sobre as suas competências. As heróicas tentativas de Rui Barbosa no sentido de transformar a Constituição em *norma fundamental de garantia*, as quais limitam a ação do Estado em proteção às liberdades

⁵²² MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 255. Uma discussão interessante, que, contudo, transcende os propósitos do presente item, se refere à ampla constitucionalização de políticas públicas imunizá-las, ou não, de alteração por governos futuros, causando prejuízos à democracia, ou mesmo ingovernabilidade. Sobre o tema ver, além do citado artigo de Marcus André Melo, o trabalho de COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Democracia e Governo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 21, n. 61, junho/2006.

⁵²³ V. LUTZ, Donald. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In: LEVINSON, Sanford. **Responding to Imperfection – The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, Princeton: Princeton University Press, 1995; BRANDÃO, Rodrigo. Rígidez Constitucional e Pluralismo Político. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 255/295.

⁵²⁴ MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. Op. Cit., p. 255.

⁵²⁵ O tema será desenvolvido na seção 8.3.1.

dos indivíduos, não lograram êxito senão pontualmente, pois a instabilidade democrática e os ataques à independência do Supremo Tribunal impediram-lhe de proteger as liberdades dos “inimigos do regime”. Além disso, os efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade, por um lado, limitaram a revisão judicial a atos do poder público que afetassem uma minoria de pessoas com acesso à justiça, e, por outro, dificultaram que o STF garantisse que as suas decisões fossem usadas como parâmetros de decisão em casos análogos pelos tribunais inferiores e pela administração pública no exercício futuro de suas atribuições.

Neste contexto, o positivismo legalista serviu como elaboração teórica adequada para a explicação das relações entre Constituição e lei, e, via de consequência, entre os departamentos estatais. Com efeito, a doutrina estatalista que produziu o “mito da lei” na Europa Continental no século XIX influenciou, decisivamente, o direito público brasileiro no século passado. A lei era tida, portanto, como expressão da vontade geral do povo, fruto da justiça e da razão, que se legitimava por sua origem democrática, e não pela sua compatibilidade com princípios constitucionais substantivos. Desta feita, o controle de constitucionalidade se resumia a aspectos formais (competência e procedimento), somente se cogitando de o Judiciário decretar a inconstitucionalidade material na hipótese excepcional de a lei violar frontalmente uma norma constitucional precisa (regra).

Na linha de Kelsen, o aspecto indeterminado da Constituição deveria ser concretizado pelo legislador e não pelo Judiciário, sob pena de perpetrar-se perigoso deslocamento de poder, que colocaria em risco a democracia representativa. Assim, ao atuar no controle de constitucionalidade, o Judiciário deveria se investir na função de “legislador negativo”, isto é, analisar apenas a compatibilidade em tese entre as normas constitucional e infraconstitucional, demitindo-se de utilizar parâmetros imprecisos (i.e. princípios), de realizar juízos fáticos (i.e. ponderação de interesses), ou de se valer de critérios de decisão que não fossem exclusivamente políticos (v.g. argumentos científicos, econômicos, morais).

No campo específico das classificações doutrinárias sobre a eficácia das normas constitucionais, mesmo autores progressistas, como Rui Barbosa, defendiam a incorporação no direito brasileiro de tese engendrada nos Estados Unidos por Thomas Cooley, que distinguia as normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis

segundo o grau de densidade semântica da norma.⁵²⁶ Portanto, os princípios constitucionais abertos não apresentariam determinação semântica mínima para produzir qualquer eficácia jurídica, assumindo a função de meras exortações ao legislador.⁵²⁷ Desta feita, o conteúdo indeterminado da Constituição assemelhava-se à tradição europeia das *normas diretivas fundamentais*, que, apesar de conterem a elevada pretensão de guiar a ação futura dos poderes constituídos, limitaram-se a veicular-lhes “conselhos”, na medida em que a sua concretização era inteiramente submetida aos próprios Poderes que deveriam ser por ela reguladas (Executivo e Legislativo), estando o Judiciário excluído de qualquer atuação nesse âmbito.

Dá se vê como era reduzida a atuação do Judiciário. O positivismo teórico reduzia, no essencial, a atividade de interpretação do direito a um silogismo (subsunção), do que decorre a neutralidade absoluta do juiz e a completude da ordem jurídica. Parece clara a primazia da lógica formal da subsunção à racionalidade prática inerente à ponderação, das regras em relação aos princípios, relegados pela Lei de Introdução ao Código Civil a critérios de integração da ordem jurídica, aplicáveis apenas quando houvesse lacuna da lei. Ademais, a “*teoria jurídica tradicional*” se destinava, basicamente, a uma exposição acrítica de institutos jurídicos e de técnicas de interpretação do direito, separando-se da “*filosofia do direito por incisão profunda*”, notadamente por não apresentar “*qualquer reflexão sobre o seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.*”⁵²⁸ A dogmática jurídica se apresentava, portanto, como ciência, calcada na lógica formal da subsunção de regras, na racionalidade da lei e na neutralidade do intérprete.⁵²⁹

Diante desse cenário, pode-se dizer que, até o advento da Constituição de 1988, o Brasil adotou o modelo de jurisdição constitucional típico do positivismo jurídico, que

⁵²⁶ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira.** (org. Homero Pires). Vol. II. São Paulo: Saraiva Cia, 1933. Pontes de Miranda adotou a classificação, porém com nomenclatura distinta: normas constitucionais bastantes em si e não bastantes em si. V. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 3 ed. Tomo I (art. 1 a 5). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 110-111.

⁵²⁷ É evidente que tal concepção, defendida por Rui no começo do século passado, deve ser contextualizada. E, neste particular, naquela época tinha algo de revolucionário, ao defender que as liberdades fundamentais eram normas autoaplicáveis. Porém a tese teve grande repercussão na doutrina e na jurisprudência pátria ao longo do século XX, sendo aplicada em contextos muito distintos, muitas vezes para privar normas constitucionais de qualquer efeito e autorizar a não-intervenção do Judiciário em searas que deveria atuar. Aliás, o próprio Rui afirmara que “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania popular a seus órgãos.” BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira.** (org. Homero Pires). Vol. II. São Paulo: Saraiva Cia, 1933, p. 489.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** Op. Cit., p. 230.

⁵²⁹ Ibid.

se caracteriza por um “*minimalismo constitucional*”:⁵³⁰ ao lado de uma Constituição dotada de poucos dispositivos providos de eficácia jurídica (especialmente os que veiculavam competências e procedimentos, além de poucas regras constitucionais “substantivas”), a jurisdição constitucional se limitava à prática de um juízo técnico-jurídico de compatibilidade entre lei e regra constitucional.

Esta mínima limitação das instituições majoritárias preservou a supremacia da lei em detrimento da Constituição, pois tal espécie normativa se mantinha como o principal instrumento para a resolução de conflitos presentes na sociedade. Questionamentos a respeito da compatibilidade de leis com princípios constitucionais tendiam a ser automaticamente descartados pelo Judiciário, mediante um uso mecânico do princípio da separação dos poderes e de seus corolários: discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e a doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas.⁵³¹ Enfim, no centro do ordenamento jurídico se encontravam os Códigos, concebidos idealmente como sistemas normativos completos, coerentes e autorreferenciais, e na periferia residia a Constituição.

Embora a partir de década de setenta a Teoria Crítica tenha desempenhado no Brasil, na esteira de diversos outros países, um importante papel de desconstrução da suposta cientificidade do direito e da neutralidade do intérprete, denunciando o caráter ideológico da ordem jurídica e a sua utilização para a institucionalização dos interesses das classes dominantes, ela

*trouxe algumas “consequências problemáticas”, dentre as quais: a) o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas, menosprezado em seu aspecto transformador; b) o desperdício das potencialidades interpretativas das normas em vigor.*⁵³²

A deserção das forças progressivas do direito tornou “*o mundo jurídico um feudo do pensamento conservador, ou, no mínimo, tradicional.*”⁵³³

⁵³⁰ Ver seção 4.1.

⁵³¹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 229/266.

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., p. 233. A expressão “consequências problemáticas” é de SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 34.

⁵³³ Ibid.

O “*constitucionalismo brasileiro da efetividade*”⁵³⁴ reverteu essa tendência, na medida em que investiu no potencial emancipatório da Constituição. Esforços pioneiros nesse sentido foram feitos por Meirelles Teixeira que, ainda na década de cinquenta, utilizou o magistério de Vezio Crisafulli,⁵³⁵ para criticar a tradicional distinção entre as normas constitucionais autoaplicáveis e não autoaplicáveis, sob o argumento principal de que mesmo as normas constitucionais mais abstratas produziram alguma eficácia jurídica. Assim, a sua distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada não se calcava numa rígida dicotomia entre a produção, ou não, de eficácia jurídica, mas na distinção entre o grau de eficácia produzida pelas respectivas normas.⁵³⁶ Por sua vez, em 1967, José Afonso da Silva publicou o seu clássico “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”⁵³⁷ no qual - comungando da premissa de que qualquer norma constitucional, sendo norma jurídica, deve produzir alguma eficácia - concebeu a sua célebre classificação tripartite das normas constitucionais, que se dividiam em normas *de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de eficácia contida e aplicabilidade imediata, e de eficácia limitada e aplicabilidade mediata*.⁵³⁸

Diante do contexto autoritário descrito no item 4.1, parece natural que essas honrosas defesas da eficácia da Constituição não lograssem produzir uma mudança significativa na função desempenhada pela Lei Magna em nosso cenário jurídico. Todavia, quando ocorre o processo de transição para a democracia na década de oitenta,

⁵³⁴ A expressão foi cunhada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático.” In: “**A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵³⁵ CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e Le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

⁵³⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. (org. Maria Garcia). O livro é resultado da compilação das aulas de Meirelles Teixeira na PUC-SP na década de 50, e só foi publicado no início da década de noventa, pela iniciativa de Maria Garcia.

⁵³⁷ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed., 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵³⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed., 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 88 a 167. As primeiras seriam aquelas que, em virtude da descrição precisa da conduta exigida do seu destinatário, seriam dotadas de plenos efeitos e de imediata aplicabilidade, independentemente da edição de lei concretizadora. Já as normas de eficácia contida, por também possuírem alto grau de densidade normativa, seriam igualmente providas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, com a peculiaridade de se sujeitarem a uma eventual restrição por parte do legislador, diante de o respectivo dispositivo constitucional a autorizar pelo uso de expressões como “mediante lei”, “nos termos da lei”, etc. Por fim, as normas de eficácia limitada têm sua aplicabilidade e eficácia integral condicionadas a interpositio legislatoris, à vista do seu baixo grau de densidade normativa. Todavia, ao contrário do que afirmava a doutrina a propósito das normas não autoaplicáveis, desde a promulgação da Constituição as normas de eficácia limitada produzem uma eficácia mínima, como, por exemplo, a de não recepcionar as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição que lhe sejam materialmente incompatíveis, a de gerar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais supervenientes que contrastem, em forma ou substância, a seu teor, a de informar a interpretação do direito infraconstitucional (eficácia interpretativa).

constitucionalistas como Luís Roberto Barroso⁵³⁹ e Clèmerson Merlin Clève⁵⁴⁰ reconstróem a doutrina brasileira da efetividade, chamando atenção para o plano da eficácia social, que consiste na aferição da real produção da sua função social no mundo dos fatos. A propósito, Barroso criticava a “*insinceridade normativa*” da Constituição, ou seja, o uso dos generosos catálogos de princípios constitucionais como instrumentos de dominação ideológica, através de promessas que já se sabia de antemão que não seriam honradas.

A premissa básica dessa renovada doutrina é a adoção de um “*positivismo constitucional*”: se as normas constitucionais são normas jurídicas, elas gozam do atributo da imperatividade que lhes é próprio, de modo a autorizar a sua aplicação pelo Judiciário. Note-se que não se cuidava de reduzir a norma constitucional a uma norma jurídica, mas, sim, de elevá-la a tal condição,⁵⁴¹ pois em nossa história a Constituição foi mais *norma diretiva fundamental* aos poderes políticos, e menos *norma fundamental de garantia* aplicada pelo Judiciário, ou, em outras palavras, exerceu com maior frequência a função de documento político do que de norma jurídica. Percebe-se, portanto, que o argumento básico da doutrina da efetividade não é moral ou filosófico, mas fundado no direito positivo, de maneira que tal concepção teórica se mantém vinculada à tradição de atribuir maior ou menor eficácia à norma de acordo com a forma da sua positivação (grau de densidade normativa).

Neste “*positivismo de combate*”,⁵⁴² o direito constitucional se divorcia da ciência política,⁵⁴³ e se aproxima do direito processual. Assim, passa-se a atribuir às normas de direitos fundamentais a possibilidade de fornecer aos seus destinatários *direitos subjetivos*, de maneira que, se os poderes públicos não cumprirem o seu correlato *dever jurídico*, nasce ao titular do direito a *pretensão* de obter a sua tutela coercitiva em juízo. A figura central da doutrina da efetividade é, naturalmente, o juiz, e

⁵³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996. O livro se originou de um texto apresentado em Congresso Nacional de Procuradores de Estado em 1985 – “**A Efetividade das Normas Constitucionais: por que não uma Constituição para valer?**” e da sua tese de livre-docência (1988), intitulada “**A Força Normativa da Constituição. Elementos para a efetividade das normas constitucionais**”.

⁵⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo”. In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995, pp. 34-53.

⁵⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., p. 224.

⁵⁴² A expressão é de SARMENTO, Daniel. “**O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**.” Op. Cit., p. 126.

⁵⁴³ Há longa tradição de associação entre o direito constitucional e a ciência política, diante da ênfase de ambos no estudo da estrutura do Estado - o que, aliás, era natural diante de a Constituição assumir basicamente a função de frame of government.

o seu impacto institucional é “a *ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel destacado na concretização dos valores e direitos constitucionais.*”⁵⁴⁴

Mais de vinte anos após a edição da Constituição de 1988, pode-se constatar que o constitucionalismo brasileiro da efetividade teve enorme sucesso em incutir nas mentes dos operadores do direito - sobretudo dos mais jovens e dos Ministros do STF - a noção de que a Constituição (inclusive a sua parte indeterminada) é norma jurídica, podendo ser aplicada pelo Judiciário independentemente da sua “regulamentação” pelo legislador. Cuida-se de importantíssima evolução no direito brasileiro, por várias razões, das quais duas serão destacadas. A primeira se refere à possibilidade de a Constituição desempenhar, com o mínimo de eficácia social, o seu papel de limitar a atuação dos poderes do Estado mediante o controle de constitucionalidade, função parcamente desempenhada até 1988, pois, tendo assumido a condição de documento político prioritariamente à de norma jurídica, foi capturada pela política, que era exercida “*fora e acima da Constituição.*”⁵⁴⁵ A segunda consiste na afirmação da força normativa da Constituição (a sua natureza legal), já que o acesso do juiz ao conteúdo de princípios constitucionais não mais necessitava da intermediação do legislador, podendo ser feito diretamente através da interpretação judicial da Constituição.

A descrição dos percalços da democracia brasileira revela quão perigoso para a tutela dos direitos individuais é considerar a Constituição um documento meramente político, conferindo aos poderes políticos plena liberdade de configuração do seu conteúdo. Assim, a doutrina da efetividade, ao inserir na pré-compreensão dos operadores do direito a força normativa da Constituição, representa uma inequívoca conquista civilizatória para o direito brasileiro. Todavia, a redução da Constituição a norma jurídica, tornando a sua aplicação uma atividade exclusivamente jurídica, sem considerar a sua dimensão política, encerra o equívoco oposto. Um bom exemplo disto é a “versão original” da teoria das constituições dirigentes de Canotilho,⁵⁴⁶ uma das elaborações teóricas mais profundas no sentido da atribuição de força normativa à Constituição.

⁵⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., p. 224.

⁵⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., p. 218.

⁵⁴⁶ Sobre a versão original da teoria das constituições dirigentes ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Para a revisão feita pelo próprio autor da sua tese de doutoramento, conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo**, texto que consiste no prefácio à segunda edição da mencionada obra, e que foi publicado no Brasil na Revista do Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2000.

Com visto no capítulo II, é da tradição europeia da Constituição como *norma diretiva fundamental* a noção de que à Constituição compete a função não apenas de estruturar o poder e de defender as liberdades fundamentais, mas também de veicular um projeto mais amplo, que visa a guiar o desenvolvimento do Estado e da sociedade ao atingimento dos fins contidos em normas programáticas. A principal diferença entre a constituição como *norma diretiva fundamental* para a teoria das constituições dirigentes de Canotilho é que a última vê a Constituição como instrumento de racionalização e de legitimação da política, através da aferição jurídica do cumprimento de normas programáticas. Assim, preocupado em não deixar a concretização da Constituição à livre discricção do legislador, o Professor de Coimbra considerava que determinadas normas constitucionais finalísticas veiculariam “imposições constitucionais”, de modo que a edição de lei para a realização de uma finalidade estabelecida na Constituição, antes vista como questão meramente política, passa a ser tratada como uma questão de cumprimento da constituição (questão de direito).⁵⁴⁷

Apesar de Canotilho ter formulado críticas ao papel do Tribunal Constitucional e ter afirmado que nem toda norma constitucional finalística é uma imposição constitucional ao legislador, parece claro que a teoria das Constituições dirigentes, ao temer a concretização da Constituição pelo legislador e torná-la um problema afeto à execução de deveres constitucionais, resulta na ampliação da esfera de atuação do Judiciário. Segundo Bercovici, a

observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favorecia o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria “senhor da Constituição”.⁵⁴⁸

Além disso, as Constituições dirigentes contêm um programa de ação para o futuro e uma tentativa de mudança da sociedade - sobretudo com pretensões emancipatórias e igualitárias - através de imposições de deveres de legislar ao Poder Legislativo, competindo ao Judiciário zelar pela correta “execução” das normas programáticas.

⁵⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil.” *Lua Nova*, v. 61, 2004, p. 12.

⁵⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil.” *Op. Cit.*, p. 13.

O problema é que ver a edição de leis como cumprimento de normas programáticas - sujeita, portanto, à revisão judicial - tem efeitos contraditórios. Como reconhecido pelo próprio Canotilho, a “*auto-suficiência normativa carregada de pretensões emancipatórias da sociedade através da aplicação dedutiva de normas constitucionais*” pode gerar a cristalização normativa da política, com a consequente renúncia de disputas ideológicas.⁵⁴⁹ Em outras palavras, a teoria das Constituições dirigentes se apresenta como autossuficiente, na medida em que a mudança social dependerá apenas do cumprimento da Constituição – da “*aplicação dedutiva de normas constitucionais*” -, tornando a sua concretização puramente jurídica.⁵⁵⁰ Essa colonização da “política” pelo “direito” revela a mesma “soberba dos juristas” que se mostra presente em versões mais radicais do neoconstitucionalismo, pois desconsidera o papel fundamental desempenhado pela política e pelos poderes políticos na interpretação e na aplicação da Constituição.⁵⁵¹

Todavia, no Brasil houve ampla aceitação da teoria das Constituições dirigentes pela doutrina pátria, de modo que a autocrítica formulada por Canotilho gerou profunda perplexidade, quando não revolta.⁵⁵² A pouca preocupação demonstrada em *terra brasilis* com os efeitos colaterais causados por teses excessivamente judicialistas parece se justificar pela pouca relevância política assumida pelo Judiciário em nossa história constitucional. Com efeito, o nosso grande problema sempre foi a falta de controle judicial efetivo de decisões arbitrárias do governo e não o excesso. Por exemplo, enquanto Rui Barbosa postulava a supremacia judicial na interpretação da Constituição de 1891 em uma República oligárquica em que boa parte das eleições era fraudada, Francisco Campos sustentava a conveniência do art. 97 da Constituição de 1937, que permitia ao Parlamento suspender a execução de decisão do STF, através de argumentos ligados à democracia, durante o Estado Novo em que tal competência foi exercida unilateralmente por Getúlio Vargas ante o fechamento do Congresso.

Não é de causar espécie, portanto, a existência no Brasil de uma ingênua associação entre, por um lado, ativismo judicial e posição de vanguarda na tutela de direitos, e, por outro, autorrestrrição judicial e postura omissa no combate aos

⁵⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. Cit.

⁵⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil.” Op. Cit., p. 13.

⁵⁵¹ Ver seção 3.3

⁵⁵² Ver, a propósito, a videoconferência entre Professores brasileiros, reunidos no Hotel Cainã, no Paraná, e o Professor Canotilho, em que se discutiu o seu prefácio à segunda edição de **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra:Coimbra Editora, 2001, que resultou no livro: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

desmandos do governo. Embora a associação seja desfeita por análise histórica - breve que seja - da evolução da jurisprudência dos principais tribunais que exercem a jurisdição constitucional ao redor do mundo, pode-se compreender a repercussão que ela teve no Brasil, diante do que se relatou, sumariamente, no item 4.1.

Se a adoção apaixonada pela doutrina brasileira da tese das Constituições dirigidas já bem revelava o seu pendor judicialista, a incorporação entusiástica da Teoria dos Princípios⁵⁵³ a partir das obras precursoras de Paulo Bonavides⁵⁵⁴ e de Eros Roberto Grau,⁵⁵⁵ publicadas em meados da década de noventa, confirmou a tendência. Com efeito, a introdução de teorias pós-positivistas no Brasil suscitou “*verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade, etc.*”, além da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais.⁵⁵⁶ Substituiu-se a ênfase nos enunciados normativos, típica do constitucionalismo da efetividade, por uma argumentação moral, calcada em valores morais e na democracia.⁵⁵⁷

O emprego, contudo, da denominação “neoconstitucionalismo” é mais recente, na medida em que somente passou a ser usada no Brasil após a publicação em 2003 da já clássica obra coletiva intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell.⁵⁵⁸ A partir de então surgiu um grande número de obras sobre o tema,⁵⁵⁹ e,

⁵⁵³ Exceções relevantes se revelam nas posições fortemente críticas de Carlos Ari Sundfeld e Luiz Moreira. Sundfeld vislumbra duas patologias básicas no fenômeno constitucional brasileiro pós-88: (i) uma apropriação *post mortem* do “sentimento constituinte” pelos “homens do direito”, que se revela em uma atitude de soberba deles em relação a soluções contidas nas leis, pois partem de um desprezo em face dos políticos (“impuros”); (ii) um “constitucionalismo chapa-branca”, em que o romantismo da Constituição-Cidadã obscurece o seu traço central: assegurar posições de poder a servidores públicos e organismos estatais e paraestatais, somente lateralmente buscando defender o cidadão do arbítrio estatal.”

Luiz Moreira, em crítica que se assemelha à primeira objeção de Sundfeld, vislumbra a “Constituição como simulacro”, pois a “simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.”

V. SUNDFELD, Carlos Ari. “O Fenômeno Constitucional e suas três forças”. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Ano 3, N. 11, jul/set/2008, p. 209/217; MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 93.

⁵⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁵⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁵⁵⁶ SARMENTO, Daniel. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”. Op. Cit., p. 127.

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: editorial Trotta, 2003.

⁵⁵⁹ Cite-se, por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, vol. 9, n. 33, 2006, p. 43/93; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo:

apesar de algumas adotarem um viés crítico,⁵⁶⁰ pode-se dizer que há certa confluência acerca dos contornos gerais do neoconstitucionalismo:

*valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito, e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.*⁵⁶¹

Já se ressaltou no item 3.3 o pendor judicialista do neoconstitucionalismo, especialmente da sua vertente calcada na Teoria dos Princípios. De fato, o reconhecimento de que os princípios constitucionais abertos podem ser diretamente aplicáveis pelos juízes lhes confere notáveis poderes. Vale destacar que o juízo de proporcionalidade - tido como inerente à aplicação dos princípios - envolve típico exemplo de juízo fático e fluido que Kelsen afastava do controle de constitucionalidade, por considerar que se cuidava de aferição política que, caso fosse exercida pelo Judiciário, implicaria “grave transferência de poder”.⁵⁶²

É certo que próceres da Teoria dos Princípios - inclusive o seu maior expoente, Robert Alexy - se dedicam ao engendramento de pautas de autorrestrrição judicial e de uma complexa metodologia que se destina a limitar a discricionariedade judicial. Entretanto, sobretudo duas circunstâncias mantêm incólume o seu viés judicialista. A primeira, que atinge genericamente a teoria dos princípios, já foi salientada no item 4.1, quando se afirmou que, mesmo as referidas tentativas de “limitação do Judiciário” apresentam um caráter “juriscêntrico”, ao desconsiderarem as condições e os limites à

Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7); STRECK, Lênio Luiz. “A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência do Positivismo ao Neoconstitucionalismo.” In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, pp. 203-228; MAIA, Antônio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Constituição-Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

⁵⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009; VIEIRA, José Ribas; DIMOULIS, Dimitri. “Uma Visão Crítica ao Neoconstitucionalismo”. In: **Constituição e Efetividade Constitucional**. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). Salvador: Juspodium, 2008, pp. 43-60.

⁵⁶¹ SARMENTO, Daniel. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”. Op. Cit., p. 129.

⁵⁶² Aliás, o art. 9, p. 1, da Lei n. 9868/99 expressamente previu a possibilidade de “esclarecimento de matéria de fato” ou de produção de prova em Ação Direta de Inconstitucionalidade, revelando a superação da tese de que o controle abstrato encerraria uma questão exclusivamente de direito (compatibilidade em tese entre normas jurídicas).

expansão do Judiciário que são externos a ele, e presumirem que os juízes darão a melhor resposta em matéria de direitos, pois lhes compete o exercício da “representação argumentativa” do povo.

O segundo elemento - que, ao contrário do primeiro, é contingente - consiste no fato de o direito brasileiro, provavelmente pelas circunstâncias históricas supra aludidas, ter uma nítida preferência pela vertente da teoria dos princípios que destaca a força normativa dos princípios, em detrimento daquela que lhe impõe rigores metodológicos e mecanismos de autorrestrição judicial. Embora a prova cabal dessa assertiva seja difícil, parece consistir em forte indício do exposto a ampla incorporação em nossa cultura jurídica da noção de que princípios consistem em mandados de otimização aplicáveis segundo a proporcionalidade, e a ainda escassa compreensão das discricionariedades estrutural e epistêmica do legislador e da noção de direito como integridade.⁵⁶³

Por outro lado, o avanço na jurisprudência constitucional brasileira de um ativismo a partir da força normativa dos princípios, em diversas oportunidades fundado no exame pelo Judiciário de complexos argumentos técnicos (v.g. biológicos, médicos, econômicos, antropológicos etc.) e morais, revela uma progressiva mudança do autoentendimento dos juízes acerca da natureza e da extensão da sua função. Com efeito, a influência das teorias pós-positivistas no direito brasileiro, notadamente em sua vertente judicialista, parece estar disseminando a noção de que é, de fato, função própria do Poder Judiciário ponderar princípios constitucionais, ainda que isto implique ampla revisão do sopesamento anteriormente feito pelo legislador, ou atuação do Judiciário como legislador positivo diante da inércia dos poderes majoritários.⁵⁶⁴

Tais fatores evidenciam o risco de a ponderação de interesses se convolar em “critério geral de aplicação da ordem jurídica”, de modo a que os juízes passem a usar os princípios “*sempre que eles puderem servir de fundamento para a decisão, independentemente e por cima das regras, constitucionais e legais, existentes, e de*

⁵⁶³ Tal assertiva pode ser comprovada pelo fato de, apesar de já haver um grande número de obras sobre teoria dos princípios, a teorização sobre os elementos de autorrestrição judicial ainda se encontrar num estágio embrionário. De qualquer sorte, um bom teste acerca da plausibilidade do exposto é formular a pergunta, no âmbito de uma pós-graduação *lato sensu* em direito público de bom nível, se os alunos já “ouviram falar” nos conceitos de princípios enquanto mandados de otimização e de discricionariedade estrutural e epistêmica. Já fiz o teste algumas vezes, e, com regularidade, pude constatar que o nível de conhecimento do conceito de princípios como mandados de otimização é muito superior aos de discricionariedade estrutural e epistêmica.

⁵⁶⁴ Ver a evolução jurisprudencial descrita no próximo item.

critérios objetivos para a sua utilização.”⁵⁶⁵ Como salientado no item 3.3, em tal cenário a Constituição se tornaria ubíqua,⁵⁶⁶ atuando como “norma fundamental da comunidade” que teria resposta para todos os problemas jurídicos e políticos, e o Judiciário, na sua função de Guardião da Constituição, acabaria por se sobrepor aos demais poderes. Em suma: o neoconstitucionalismo redundaria em um “*positivismo jurisprudencial*”, cujo protagonismo dos juízes equivaleria à transformação da Suprema Corte de guardiã a substituta do poder constituinte.⁵⁶⁷

Nada obstante, o escopo do presente item é apenas o de demonstrar que estão presentes na dogmática constitucional brasileira contemporânea elementos que estimulam o juiz a adotar uma postura ativista, completando o “ciclo da judicialização da política”. Assim, no Brasil atual não somente se verificam condições políticas e institucionais que fazem com que, virtualmente, toda questão política e moralmente relevante deságue no Judiciário, como também se fazem presentes as condições interpretativas que autorizam que os juízes aceitem o encargo de apreciá-las.

4.2.4 Conclusão

Diante do que se expôs, há atualmente no Brasil uma conjunção de fatores extremamente favorável à expansão do papel político do Poder Judiciário.⁵⁶⁸ Em síntese, cite-se o enraizamento da noção da supremacia da Constituição, que foi tributário da ampla participação popular no processo constituinte, e da afirmação da noção de que a Constituição é norma jurídica, aplicável judicialmente e dotada de imperatividade, conquistada pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade.

Contudo, o principal elemento ensejador da expansão do Judiciário foi a consolidação da democracia brasileira. Com efeito, a solução das crises políticas pelas instituições constitucionalmente competentes - em diversas oportunidades pelo próprio STF - excluiu as Forças Armadas da vida política ordinária, permitindo que os conflitos

⁵⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Op. Cit., p. 194.

⁵⁶⁶ SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

⁵⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 324.

⁵⁶⁸ No mesmo sentido, ver CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, 2004, n. 23.

políticos fossem dirimidos - pelo menos em maior medida do que no período pré-88 - pelo direito e pela política, e não mais pela força. Ademais, a consolidação do Estado de Direito minimizou, consideravelmente, o risco de descumprimento de decisões do STF ou de ataques institucionais à Corte caso ela proferisse decisões indesejadas por elites políticas e econômicas.

Por sua vez, a alternância na ocupação da Presidência da República e as flutuações na representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados revelam um quadro político-partidário altamente competitivo, estimulando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha o poder irrestrito de alterar a ordem jurídica por maioria simples. No Brasil, essa possibilidade é especialmente temida, em virtude da ampla preponderância gozada pelo Presidente da República no processo legislativo, de maneira que os parlamentares tendem a rejeitar a “desconstitucionalização” de matérias por verem nela embutida a atribuição de um cheque em branco ao Chefe do Executivo.

Há, portanto, claro ponto de contato entre a experiência brasileira e a teoria da expansão do Judiciário como “seguro eleitoral”, de Tom Ginsburg, na medida em que, precisamente, no momento em que se verificou maior dose de incerteza eleitoral, houve sensível expansão do poder político do Judiciário. Por outro lado, a visão crítica de Hirschl não deve ser desconsiderada, tendo em vista que a Constituição de 1988, para além das suas notáveis virtudes, também foi utilizada para o entrincheiramento de privilégios corporativos vários (v.g. policiais, antigos membros do Ministério Público, donos de cartório, etc.).⁵⁶⁹

Note-se, ainda, que, na linha das teses funcionalistas, a adoção de princípios macroinstitucionais que se caracterizam pela intensa difusão do poder político - presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de listas abertas e, posteriormente, a criação de agências reguladoras -, fez com que o Judiciário fosse chamado, com frequência, para a solução de problemas de coordenação entre eles, mediante a definição concreta das fronteiras que demarcam as suas competências.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 180.

⁵⁷⁰ Alguns dados corroboram a importância das teorias funcionalistas no Brasil, sobretudo as que enfatizam o federalismo como fator de judicialização: os Governadores de Estado são os campeões dentre os legitimados ativos da ADI (propuseram 26.0% das ADIs), além de 55.0% das ADIs alvejarem leis estaduais. Os dados foram acolhidos da pesquisa de Werneck Viana, Burgos e Salles, e se referem as ADIs propostas entre 1988 e 2005. VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES,

Assim, em que pese à escassez de pesquisas empíricas que evidenciem as consequências da *judicialização da política no Brasil* à luz das teses formuladas pelas teorias conceitualistas, funcionalistas e estratégicas, pode-se afirmar que a típica explicação dada pela dogmática jurídica convencional - atrelada à expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção - revela-se, no mínimo, incompleta. Com efeito, fatores políticos como a incerteza eleitoral, a alternância no poder, a estabilização democrática, a opção por um arranjo institucional marcado pela atomização do poder (presidencialismo, federalismo, agências reguladoras, multipartidarismo), são importantes elementos políticos que fomentam a judicialização da política no Brasil contemporâneo.

Diante da existência de um cenário político bastante favorável à expansão do controle de constitucionalidade, a ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988 refletiu, com nitidez, essa tendência.⁵⁷¹ Todavia, o movimento em curso de expansão do papel político do Judiciário tem beneficiado sobretudo o Supremo Tribunal Federal. Tal assertiva é comprovada pela atribuição de efeito vinculante às decisões do STF - de maneira que decisões judiciais contrárias ao precedente do Supremo podem ser rapidamente cassadas por ele, através de reclamação. Evidencia igualmente o exposto a atribuição de competências superlativas ao Supremo Tribunal Federal, transformando-o em uma instituição *sui generis* no direito constitucional comparado, dada a acumulação de papéis de Tribunal Constitucional, foro especializado e Tribunal de última instância.⁵⁷²

Por fim, a constitucionalização abrangente igualmente constitui poderoso combustível para a judicialização da política, na medida em que inflaciona os parâmetros utilizados pelo Judiciário para o controle de atos do poder público e para a resolução de casos concretos. Note-se, ainda, que o Judiciário tende a extrair diretamente não apenas dos princípios constitucionais, mas também das políticas públicas e das diretrizes contidas na Constituição, deveres concretos de agir aos poderes públicos.

Paula Martins. "Dezessete anos de judicialização da política". **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v.19, n.2

⁵⁷¹ Ver a seção 4.2.2.

⁵⁷² Ademais, o *design* institucional do processo de nomeação dos Ministros do STF, notadamente pela prática política de o Senado realizar uma sabatina pró-forma dos indicados pelo Presidente da República, não fornece nível significativo de judicial accountability. Por outro lado, a investidura vitalícia em detrimento de mandatos fixos não-renováveis, também não contribui para tal desiderato, antes privilegiando uma intensa proteção da independência judicial

Em virtude da presença de condições políticas e institucionais favoráveis à judicialização da política em sentido estrito (submissão de questões politicamente relevantes ao Judiciário), a jurisprudência do STF refletiu a tendência, como será visto no próximo item.

4.3 Ativismo na jurisprudência atual do STF

4.3.1 Notas preliminares

O processo de judicialização da política não estaria completo se, ao lado das condições políticas e institucionais, não estivessem presentes as condições interpretativas; em outras palavras, pequena seria a repercussão prática da submissão de um grande número de questões ao Judiciário brasileiro se ele não se reputasse competente para apreciá-las e, se assim considerar devido, para invalidar a solução pré-estabelecida pelo legislador. O ciclo da judicialização somente se completa caso, além da judicialização em sentido estrito - submissão de questões políticas ao Judiciário -, existir um ativismo judicial - disposição do Judiciário de rever a valoração do Legislativo ou do Executivo, ou de impor-lhes normas e condutas, com base em princípios abstratos.

Como visto na seção 4.2.3, as condições interpretativas para a expansão do Judiciário estão presentes no Brasil, tendo logrado incutir nas mentes dos juízes significativa mudança na sua percepção quanto à natureza e à extensão das suas funções. Exemplo claro disso é o progressivo distanciamento do STF do dogma do “legislador-negativo”, cujo juízo limitava o Tribunal a usar como parâmetros de controle normas concretas (regras), e a utilizar juízos lógico-formais (subsunção, analogia etc.) e argumentos estritamente jurídicos (princípios clássicos de interpretação jurídica e constitucional), em preservação às competências do legislador.

Ao contrário, percebe-se um forte alinhamento entre a jurisprudência do STF e as teses básicas do neoconstitucionalismo. Destacam-se a aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário, e o emprego de raciocínios lógicos que seguem uma metodologia mais fluida do que a subsunção (ponderação e proporcionalidade) e de argumentos de índole técnica, política, filosófica, e, especialmente, moral.

Além disso, o STF também vem demonstrando um *viés juriscêntrico* que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e, inversamente, dá pouco relevo à interpretação da Constituição fora das Cortes, revelando significativo avanço do Judiciário sobre áreas tradicionalmente ocupadas pelo legislador. Por fim, a ainda incipiente cultura de vinculação a precedentes faz com que o Supremo Tribunal siga um modelo de decisão que presta pouca reverência aos seus próprios julgados, revelando um modelo casuístico de adjudicação constitucional.

Conforme será desenvolvido no próximo item, a aplicação direta de princípios constitucionais pelo STF tem se traduzido nas seguintes hipóteses de ativismo judicial: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo. Já o modelo de decisão casuístico revela modalidade de ativismo relativo à (vi) pouca deferência a precedentes.⁵⁷³

⁵⁷³ Sobre os contornos gerais do conceito de ativismo judicial ver o 1.2.2. A nossa classificação se inspirou nas sete hipóteses de ativismo judicial concebidas por William P. Marshall: (i) “ativismo contramajoritário”: relutância das Cortes em serem deferentes às decisões dos órgãos democraticamente legitimados; (ii) “ativismo não-originalista”: pouca reverência das Cortes ao texto e/ou à vontade histórica do legislador; (iii) “ativismo jurisdicional”: pequena aderência das cortes aos limites judiciais ao seu poder (regras de competência, legitimação, interesse de agir, regularidade do procedimento etc); (iv) “criatividade judicial”: criação de novas teorias, direitos e normas; (v) “ativismo corretivo”: imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo, (vi) “ativismo de precedentes”: pouca aderência da Corte a precedentes judiciais; (vi) “ativismo partidário”: uso da função jurisdicional para perseguir visões de mundo e interesses particulares.

Entretanto, pareceu-nos necessária a adaptação dessa categorização à jurisprudência do STF e ao direito brasileiro. Assim, o “ativismo não-originalista” foi convertido para o “afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado”, dada a maior relevância no debate brasileiro da vinculação do juiz ao texto do que à “intenção original” do constituinte. Por sua vez, a “criatividade judicial” foi desmembrada em duas hipóteses que parecem apresentar notas distintivas relevantes: a “criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão”, e a “criação ou a alteração de norma constitucional”.

Ademais, para fins didáticos, optou-se por chamar o “ativismo contramajoritário” de “invalidação de norma legal ou administrativa”, o “ativismo corretivo” de “imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativos e/ou Executivo”, e o “ativismo de precedentes” de “modelo casuístico de decisão”, mantendo-se os respectivos significados.

No que concerne ao “ativismo jurisdicional”, embora o estudo da superação pelo STF dos limites processuais ao exercício da sua jurisdição (competência, legitimidade, requisitos para a admissibilidade de recursos) seja relevante para o tema do ativismo judicial, decerto ele superaria os propósitos da presente seção. De qualquer forma, o tema foi abordado lateralmente quando do exame das condições institucionais para a judicialização da política (item 3.4.2.2). Por fim, o “ativismo partidário” consiste em fator extremamente difícil de ser isolado e comprovado - como reconhecido pelo próprio Marshall -, de maneira que se optou pela sua análise de forma incidental às demais hipóteses. Para uma categorização alternativa, ver RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. p. 226/267 e 293/304.

Dois esclarecimentos se fazem, desde logo, necessários. Apesar do termo “ativismo judicial” ter assumido uma conotação negativa - i.e. exercício abusivo de funções legislativas pelo Judiciário -, concordamos com Willian Marshall no sentido de que “*as questões sobre uma decisão ser ativista e ser correta podem estar interligadas, mas são distintas.*”⁵⁷⁴ Portanto, o fato de “etiquetarmos” uma decisão de ativista - i.e. por revelar a atuação do Judiciário como “legislador positivo” – não significa que a consideremos incorreta. Em outras palavras, acreditamos que há ativismo judicial legítimo no contexto de um Estado Democrático de Direito. Assim, as seguintes seções têm a finalidade de descrever o ativismo da jurisprudência do STF, muito embora, em um ou outro caso, tenham sido assinalados alguns excessos. Por outro lado, não se adotará uma metodologia estatística, pois não pretendemos traduzir a jurisprudência do STF em números. O objetivo das próximas seções é o de trazer à baila casos paradigmáticos que revelem as distintas hipóteses de ativismo judicial presentes na jurisprudência contemporânea do STF, e que, assim, ilustrem uma tendência em curso.

4.3.2 Aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário. Sistematização das principais hipóteses

4.3.2.1 Afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado (interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto)

O STF claramente incorporou a tese básica da Teoria dos Princípios, no sentido de que os princípios são normas jurídicas que vinculam os três poderes, e que se submetem à aplicação judicial independentemente de concretização legislativa. Todavia, o correto entendimento acerca das diversas formas e graus de ativismo judicial

V. MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002, p. 101/140.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 105/106. No mesmo sentido, Gisele Citadino assinala que o ativismo judicial, ainda que coloque em questão visões tradicionais sobre separação de poderes e neutralidade política do Judiciário, pode abrir um novo espaço público de modo a reforçar a cidadania e a fruição de direitos, circunstância que pode ajudar a superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito. V. CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, v. 5 – n. 9 – jul/dez. 2004, p. 106/110.

Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos associa o ativismo judicial a incursões ilegítimas do Judiciário nas esferas de atribuições dos demais “poderes”, sobretudo do Legislativo. Confira-se: “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Judiciário, em detrimento dos demais poderes.” V. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. Op. Cit., p. 129.

implicados na aplicação direta de princípios constitucionais pressupõe que se entenda o significado da atuação do Judiciário como “legislador positivo”.

Neste particular, é fundamental a compreensão da evolução da dicotomia entre decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade em prol de uma visão gradualista que, embora mantenha as referidas decisões em pólos opostos de um gradiente, contém “modalidades atípicas de decisão” que se situam em pontos intermediários.⁵⁷⁵ Citem-se como exemplos a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas e modificativas.⁵⁷⁶ Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do “legislador negativo”, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a. Desta forma, atua o Judiciário, em alguma medida, como “legislador positivo”, já que a norma que resulta da interpretação judicial é significativamente distinta da aprovada no Parlamento.

Veja-se a *interpretação conforme a Constituição*. Através dela o Judiciário exclui determinadas *possibilidades de interpretação* da norma, pois elas, embora compatíveis com o seu texto, contrariam a Constituição. Assim, o Tribunal declara a lei constitucional desde que interpretada em conformidade à Constituição, de modo que tal interpretação é incorporada, resumidamente, ao dispositivo da decisão.⁵⁷⁷ Note-se que o afastamento das “interpretações inconstitucionais” implica, via de regra, uma interpretação restritiva ou uma redução teleológica, na medida em que a “interpretação conforme a Constituição” é menos ampla do que sugere a sua exegese literal, como se a Corte impusesse ao dispositivo legal uma cláusula de exceção ou de especificação que nele não consta expressamente.⁵⁷⁸

Desde há muito o STF se utiliza da “interpretação conforme”, ainda que não empregasse tal nomenclatura. Citem-se as seguintes decisões: (i) lei que, não fazendo menção expressa à sua retroatividade, foi interpretada no sentido de excluir a supressão de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; (ii) lei que previa que os

⁵⁷⁵ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 157. Conferir, na doutrina, ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar. 2009.

⁵⁷⁶ A modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, regulamentada pelo art. 27 da Lei n. 9869/99, também consiste em exemplo de decisão atípica em controle de constitucionalidade. Todavia, por escapar aos propósitos do presente item, não a abordaremos.

⁵⁷⁷ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 155.

⁵⁷⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 481/ 554.

honorários sucumbenciais seriam devidos aos advogados empregados deveria ser interpretada à luz da ressalva da possibilidade de estipulação em contrário; (iii) a transferência de atividades a cargo de órgão público responsável pela gestão de trânsito (DETRAN) para particulares não poderia abranger a prática de atos que envolvessem o exercício do poder de polícia; (iv) incidência de imposto de renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune” não abrangia as sujeitas à imunidade recíproca; (v) dispositivo que excluía a incidência de inovações legislativas a processos penais em curso deveria ser interpretado sob a ressalva da aplicação das normas benéficas ao réu etc.⁵⁷⁹

Através da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* o Judiciário também comprime o âmbito de incidência da regulação normativa. Embora parte da doutrina a distinga da “interpretação conforme”, pois, naquela restariam excluídas *incidências* da norma, enquanto nesta seriam afastadas *interpretações*,⁵⁸⁰ na prática a distinção tende a ser bastante fluida, redundando ambas em processos lógicos que se reconduzem à interpretação restritiva ou à redução teleológica.⁵⁸¹

Vejam-se alguns exemplos na jurisprudência do STF: (i) norma que autorizara a Defensoria Pública a patrocinar ações civis públicas em benefício de consumidores teria a sua constitucionalidade limitada à sua incidência a consumidores hipossuficientes; (ii) norma que autorizara membro do Ministério Público a filiar-se a partido político somente se aplica àqueles que se encontrarem em inatividade; (iii) dispositivo que permitira ao membro do Ministério Público ocupar cargo na administração superior tem a sua constitucionalidade condicionada à esfera interna do MP; (iv) norma do regimento interno do Tribunal de Justiça que autorizava o seu Presidente a resolver todas as questões relativas ao cumprimento de precatórios teria a sua constitucionalidade vinculada à solução das “questões meramente administrativas” etc.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Respectivamente, STF, ADI n. 1.236, DJ 26.04.1996; ADI n. 1.194, RTJ v. 162, t.3, p. 857 e ss.; ADI n. 1.666, DJ 22/6/1999; ADI n. 1.758, DJ de 22.5.1998; ADI n. 1.719, DJ 27.02.1998. V. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**, p. 210.

⁵⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵⁸¹ Nesse sentido, V. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Op. Cit. O próprio STF trata as técnicas de decisão como sinônimas.

⁵⁸² Respectivamente, STF, ADI n. 558, RTJ v. 146, T.2, p. 434; ADI n. 1.371, DJ 15.06.1998; ADI n. 1.371, DJ 15.06.1998; ADI n. 2084, DJ 23.06.2000; ADI n. 1.098, RTJ v. 158, t. 2, p. 458. V. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Op. Cit., p. 211.

A bem da verdade, o emprego dessas técnicas de decisão é inevitável, sobretudo por razões pragmáticas,⁵⁸³ pois a simples declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma não resolve de forma adequada questões constitucionais como as anteriormente apresentadas: a decisão de constitucionalidade não extirparia o “veneno da norma”, pois manteria a interpretação literal que conflita com a Constituição, enquanto a decisão de inconstitucionalidade seria excessiva - e, conseqüentemente, não respeitaria o princípio da presunção de constitucionalidade -, já que a redução teleológica que resulta dessas técnicas de decisão é suficiente para adequar a norma à Constituição.

Por outro lado, a moderna hermenêutica jurídica vem destacando a inviabilidade de o Judiciário atuar, de fato, como “mero” legislador negativo em qualquer forma de controle de constitucionalidade (i.e. mesmo quando o parâmetro seja regra constitucional e sejam utilizados argumentos estritamente jurídicos). Isto porque se considera o texto normativo objeto da interpretação, e a norma - assim entendido o sentido que dela se extrai - o resultado da interpretação. Esse processo contém um irreduzível caráter (re)construtivo, pois, se o intérprete tem o texto - ou, mais precisamente, os seus “*significados intersubjetivos*” - como limite, dentro dessa baliza - que costuma ser significativamente ampla - ele exerce uma função criativa ou “legislativa”.⁵⁸⁴

Portanto, se alguma manipulação do texto é inerente ao processo de interpretação do direito, e se o controle de constitucionalidade é um juízo de compatibilidade entre normas extraídas de textos constitucionais e legislativos, a questão fundamental não concerne à existência, ou não, de atuação criativa (legislativa), mas aos limites da criatividade na *judicial review*. Em outras palavras, o cerne do problema referente a essa hipótese de ativismo judicial se vincula à distância entre os sentidos (ou normas) construídos pela Corte e os sentidos literais dos textos normativos (constitucionais e legais).

⁵⁸³ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 156.

⁵⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Op. Cit., p. 22/26. O próprio Kelsen admitia que todo processo de interpretação do direito - inclusive o controle de constitucionalidade - tem uma dimensão criativa. Desta forma, o conceito de “legislador negativo” em Kelsen, evidentemente, não nega tal circunstância, mas apenas enfatiza que o Judiciário não deve se utilizar de parâmetros imprecisos (princípios), de argumentos não estritamente jurídicos (técnicos, morais, políticos, etc.), e de métodos mais fluidos que a subsunção e analogia (v.g. ponderação e proporcionalidade), pois se o fizesse usurparia competências políticas que numa democracia representativa pertencem ao Parlamento. Ver, a propósito, o capítulo III.

Dá se vê que, se, por um lado, a *interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* podem ser consideradas manifestações de autorrestrrição judicial - na medida em que evitam a pura e simples declaração da inconstitucionalidade da norma -;⁵⁸⁵ por outro, podem também revelar um ativismo judicial, nos casos em que o Tribunal, a partir de princípios constitucionais abertos, se afasta significativamente do sentido literal do dispositivo interpretado, p. ex., através da criação de um sem-número de cláusulas de restrição que não consta em seu texto. Para fins didáticos, essa hipótese pode ser categorizada como a primeira forma de ativismo judicial.

O voto proferido pelo Ministro Carlos Direito no caso “Raposa Serra do Sol” - acolhido pela maioria do Tribunal - revela significativo avanço do Supremo Tribunal Federal em prol de uma postura ativista no exercício dessas técnicas de decisão. Com efeito, com lastro em diversos princípios e regras constitucionais,⁵⁸⁶ o Ministro Carlos Direito introduziu dezoito cláusulas restritivas à demarcação contínua da mencionada reserva indígena que não constavam do ato que a instituiu.⁵⁸⁷ A perplexidade do Min. Carlos Britto em relação à extensão das ressalvas engendradas pelo Min. Carlos Direito ilustra singularmente o momento de transição do STF, no sentido do abandono de uma tradicional postura de autorrestrrição em prol de um maior ativismo no uso da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com efeito, o Min. Carlos Britto, na linha da processualística convencional, aventou a possibilidade de as dezoito cláusulas de restrição ao decreto demarcatório redundarem em decisão *extra petita*, pois o autor da ação só pedira a anulação do ato. Todavia, posteriormente se alinhou a tendência ativista em curso no STF, na medida em que considerou que a técnica de decisão proposta pelo Min. Carlos Direito, consistente em trazer parte da fundamentação para o dispositivo, era “interessante” e “inovadora”, pois, embora “inusual”, “traçava diretivas” obrigatórias para a execução da decisão pela

⁵⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. Op. Cit.

⁵⁸⁶ P. ex., as relativas ao meio-ambiente, à segurança nacional, à propriedade privada, à exploração de recursos hídricos e minerais, à livre iniciativa, ao direito de ir e vir etc.

⁵⁸⁷ O Min. Carlos Direito admitiu o afastamento, por norma geral, do usufruto dos índios sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos; negou o usufruto dos índios sobre a exploração de recursos hídricos, potenciais energéticos, pesquisa e lavra de recursos minerais, garimpagem e faiscação; garantiu a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal e a instalação de equipamentos públicos pela União independentemente de consulta às comunidades indígenas; especificou a abrangência do usufruto dos índios (ingresso, trânsito, permanência, caça, pesca e extrativismo vegetal); fixou o órgão competente para a administração da reserva (Instituto Chico Mendes), determinou balizas para o ingresso de não-índios; vedou a ampliação da reserva; reafirmou a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos dos índios às suas terras. Ver STF, PET n. 3.388, DJ 25.09.2009.

União, facilitando o estrito cumprimento da decisão do STF – inclusive em relação aos seus fundamentos.⁵⁸⁸ Também constitui exemplo típico de ativismo judicial no emprego de cláusulas de exceção os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Carlos Direito no caso da “pesquisa com células tronco-embrionárias”, ressaltando-se, porém, que neste caso, ao contrário daquele, as referidas “cláusulas de exceção” não foram acolhidas pela maioria do Tribunal.⁵⁸⁹

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, vem defendendo a ampliação do emprego dessas técnicas menos ortodoxas de decisão no controle de constitucionalidade, sobretudo das “decisões modificativas dos sentidos originais do texto” - as chamadas sentenças aditivas e modificativas -, por se tratar de uma “necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional” e pelos “sentidos originais do texto” serem “sempre imprecisos”.⁵⁹⁰ Veja-se expressiva passagem:

⁵⁸⁸ Ver Aditamento ao Voto – Carlos Britto, p. 370.

⁵⁸⁹ Vejam as restrições sugeridas pelo Min. Menezes Direito propôs o que se segue: 1) no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa" e "terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos; 2) também no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de 4 óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação dessa lei, depois de completarem 3 anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerado crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização. Por fim, conferiu à decisão efeitos a partir da data do julgamento final da ação, a fim de preservar resultados e pesquisas com células-tronco embrionárias já obtidas por pesquisadores brasileiros. V. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510).

⁵⁹⁰ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, pp. 156/157.

*é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais Europeias. A assunção de uma atividade criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.*⁵⁹¹

A interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm como limite fundamental o texto da lei (não se admitindo interpretações *contra legem*),⁵⁹² ao passo que as sentenças aditivas e, sobretudo, as modificativas, a princípio se encontram vinculadas, de forma mais tênue, ao limite textual. De fato, segundo a experiência constitucional italiana - onde tais técnicas de decisão ganharam maior desenvolvimento teórico e acolhida na jurisdição constitucional -, as sentenças aditivas

*importam declarar inconstitucional um certo dispositivo por ter deixado de dizer algo, desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional ou, em outros termos, decorra de uma operação de integração analógica ou de interpretação extensiva. Emite-se, dessa forma, uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de forma a alcançar situações não previstas originalmente.*⁵⁹³

Cuida-se de hipótese classificada pela doutrina brasileira como de “inconstitucionalidade por omissão parcial”,⁵⁹⁴ já que a respectiva lei teria concretizado de forma insuficiente a norma constitucional (seja no plano subjetivo, seja no plano objetivo). Em situações que tais, a Corte Constitucional italiana preenche *sponte sua* essa “lacuna” quando a ampliação do âmbito de incidência da lei for autorizada pela “*lógica do sistema*”, produzindo decisão “*constitutiva*”, ao invés de simplesmente *declarar* a mora do legislador, em postura deferente às competências do legislador que marcou, tradicionalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹¹ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 160.

⁵⁹² Ver STF, ADI 2.405, DJ 17.02.2009; ADI 1.344, DJ 19.04.2006.

⁵⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Op. Cit., p. 214.

⁵⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade do Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade Sem Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 48/67.

Extraem-se, dentre outros, os seguintes exemplos da jurisprudência da Corte Constitucional italiana: o princípio do contraditório gerou o reconhecimento da inconstitucionalidade de um dispositivo que previa apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, por não dispor igualmente sobre a presença do seu defensor, sendo proferida decisão que adicionou à lei a obrigatoriedade da presença do advogado do réu. Em outra oportunidade, a mesma Corte declarou inconstitucional um dispositivo que condicionava a procedibilidade de ação penal por certos crimes contra menores apenas à representação do pai, “na parte em que não previa também a representação da mãe”, cláusula que, portanto, foi adicionada à lei.⁵⁹⁵

Já nas sentenças modificativas (ou substitutivas)

*a Corte não se resume a censurar uma disposição “na parte em que não prevê” uma certa hipótese, mas “na parte em que prevê uma certa consequência, ao invés de outra”, de acordo com a lógica intrínseca do sistema; numa primeira parte, portanto, anula o conteúdo da disposição impugnada, para depois reconstruir a mesma disposição com um conteúdo diferente.*⁵⁹⁶

Assim, o efeito prático da decisão em tela é o de modificar substancialmente o teor da disciplina normativa aprovada no Parlamento. Veja-se o seguinte exemplo, também extraído da jurisprudência da Corte Constitucional Italiana: censura a norma que atribuía a Ministro de Estado certa competência em matéria relacionada com a “liberdade pessoal”, ao invés de atribuí-la à autoridade judiciária, em face da “reserva de jurisdição” imposta pela Constituição. Foi, então, proferida decisão que alterou a autoridade prevista na lei como competente para decidir sobre a questão (não mais o Ministro de Estado, mas o Judiciário).⁵⁹⁷

Tradicionalmente o STF se imbuía de postura de *self-restraint* nos casos em que as suas decisões produziram, de forma nítida, efeitos aditivos ou modificativos, muito embora, diante da imprecisão dos limites textuais do dispositivo, em diversas oportunidades tenha - quiçá inconscientemente - chamado de “interpretação conforme” decisão que, na prática, possuía natureza aditiva ou modificativa.⁵⁹⁸ Porém, mais do que

⁵⁹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Op. Cit., p. 214.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 217.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 1256.

uma ou outra decisão dessa natureza, atualmente se percebe o STF cada vez mais confortável para se alinhar a “*mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva*”. Assim, se o vaticínio do Min. Gilmar Mendes ainda não se realizou plenamente, pode-se dizer, ao menos, que o STF já se distanciou, consideravelmente, de um apelo arraigado ao dogma do legislador negativo.

Entretanto, deve ser desfeita a recorrente percepção de que a prolação de sentença aditiva ou modificativa revelaria, necessariamente, maior ativismo do que interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Para além da distinção entre tais técnicas ser bastante fluida - especialmente por qualquer interpretação modificar, em algum nível, o sentido literal do dispositivo e, desta forma, adicionar algo a ele -, convém reiterar que o fator essencial para aferir a intensidade desta hipótese de ativismo judicial é a distância entre o sentido literal do dispositivo objeto da interpretação e a norma construída pelo intérprete com base em parâmetros normativos e raciocínios fluidos, independentemente do *nomen iuris* atribuído à técnica de decisão empregada.

A propósito, basta comparar as dezoito cláusulas de exceção contidas no voto do Min. Carlos Direito no caso “Raposa Serra do Sol” com a sentença na qual a Corte Constitucional italiana adicionou a presença do advogado do acusado em lei que previa apenas a presença do membro do MP no interrogatório de réus em processos penais. Parece inegável que a “interpretação conforme a Constituição” levada a cabo pelo STF se distanciou consideravelmente mais do texto “interpretado” do que a “sentença aditiva” italiana, possuindo, portanto, mais intensa índole criativa (ou aditiva).

Saliente-se que boa parte dos casos acima citados como exemplos de “interpretação conforme”, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e de sentença aditiva - com exclusão, especialmente, do caso “Raposa Serra do Sol” – reconduz-se àquilo que Karl Larenz denomina de “*desenvolvimento judicial do direito imanente à lei*”.⁵⁹⁹ O Professor da Universidade de Munique leciona que tal mecanismo pressupõe a existência de uma lacuna, que, por sua vez, consiste na ausência de lei em relação à situação que, em tese, se sujeita à regulação jurídica.

⁵⁹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 519/588.

Nos típicos casos de “interpretação conforme” e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto há uma lacuna oculta,⁶⁰⁰ pois, apesar de existir lei, tal norma é “sobreinclusiva”,⁶⁰¹ na medida em que não contém cláusula de exceção em relação a situações que, segundo a própria valoração contida na norma (a chamada *ratio legis*), não poderiam estar sujeita a ela. Note-se que o conceito de *ratio legis* não se limita a decisões tomadas conscientemente pelo legislador (vontade do legislador), mas também abrange os “*fins objetivos do Direito e os princípios jurídicos gerais (inclusive os constitucionais) que acharam inserção na lei.*”.⁶⁰²

A lacuna oculta é integrada mediante redução teleológica, que consiste na introdução de cláusulas de exceção que não se contêm no texto da norma, tendo como pauta de raciocínio a *ratio legis*. Assim, na medida em que a própria *ratio legis* não abarca situações inadvertidamente abrangidas pelo sentido literal do dispositivo, o Judiciário ao excluí-las, apesar de “desenvolver o direito” - pois não se atém à exegese literal -, se mantém no plano da lei, pois não questiona a validade da valoração levada a cabo pelo legislador (o questionamento se dirige apenas à redação excessivamente abrangente). Assim, nos típicos casos de “interpretação conforme” e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto há “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”.

Em retorno a exemplos citados anteriormente, veja-se o caso em que o STF empregou a interpretação conforme a Constituição para excluir a possibilidade de lei, que era dúbia sobre a sua retroatividade, suprimir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Na hipótese o STF manteve incólume a valoração contida na lei, na medida em que cuidou apenas de compatibilizá-la com a norma que se extrai do art. 5, XXXVI, da CF/88. O mesmo se deu no caso em que “interpretou” norma que determinava a incidência de imposto de renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune”, de forma a não abranger as pessoas jurídicas sujeitas à imunidade recíproca. Também aqui o STF não questionou a *ratio legis*, mas apenas introduziu na norma cláusula de exceção exigida pelo art. 150, VI, “a”, da CF/88.

⁶⁰⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 555/564.

⁶⁰¹ V. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação dos Casos Difíceis do Direito**. 2005. 191 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia da PUC-Rio, p. 147/155.

⁶⁰² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 531.

Embora as sentenças aditivas sejam, não-raro, consideradas o “suprassumo do ativismo judicial”, nem sempre elas verdadeiramente o são. Os exemplos acima citados de sentença aditiva revelam raciocínio jurídico próximo ao engendrado na redução teleológica, também consistindo em “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”. Cite-se, por exemplo, os casos em que a Corte Constitucional italiana adicionou a obrigatoriedade da intimação do advogado de defesa a dispositivo que previa apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, mercê do princípio do contraditório, e que adicionou a representação da mãe à norma que condicionava a procedibilidade de ação penal por certos crimes contra menores apenas à representação do pai.

Diante de normas “subinclusivas”, isto é, cujo sentido literal não capturava todas as situações sujeitas à *ratio legis*, cumpria ao Tribunal proceder à “*extensão teleológica*”, que consiste na ampliação do seu “*teor literal por demais estrito*”.⁶⁰³ Assim como na redução teleológica - que consiste no seu verso -, também na extensão teleológica há “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”, pois o Tribunal não revê a valoração contida na norma, antes a ela se atém para reconfigurar o âmbito de incidência da norma no sentido de ampliá-lo.

Sendo as regras jurídicas “generalizações probabilísticas” necessariamente imperfeitas, os casos de sobreinclusão e de subinclusão são inevitáveis,⁶⁰⁴ do que decorre a inexorabilidade de o Judiciário, ao aplicar as regras jurídicas, proceder à redução e à extensão teleológicas. Não por acaso o STF tradicionalmente aplica tais técnicas em sua jurisprudência constitucional, de modo que o seu emprego atual não representa uma novidade. O que há de novo, efetivamente, é o abandono da tradicional postura de autorrestrrição na manipulação do sentido literal de textos normativos a partir de princípios constitucionais abstratos, de que é prova eloquente a já citada decisão do STF de incluir dezoito cláusulas de exceção ao decreto de demarcação da reserva “Raposa Serra do Sol”.

⁶⁰³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit.. p. 564.

⁶⁰⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1998; STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação dos Casos Difíceis do Direito**. Op. Cit.

4.3.2.2 Criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão

Uma segunda forma de ativismo judicial na jurisprudência do STF se dá na hipótese anteriormente alvitada pelo Min. Gilmar Mendes (sentenças aditivas em sede de inconstitucionalidade por omissão). Mais especificamente, refere-se ao caso em que o STF, diante da inércia do Legislativo em cumprir um dever constitucional específico de legislar, contido em norma constitucional precisa (regra) concessiva de direitos, supre, excepcional e temporariamente, a omissão na edição de norma infraconstitucional pelo Parlamento.

Devem ser destacados os casos em que o STF atribuiu efeito constitutivo - e não meramente declaratório, como tradicionalmente afirmava a sua jurisprudência - às decisões tomadas em mandado de injunção. De fato, em recentes decisões o STF não aplicou a sua clássica jurisprudência no sentido de que a respectiva decisão teria apenas o efeito de dar ciência ao ente do seu estado de mora legislativa, pois, caso se substituísse ao legislador para conceder o direito cuja fruição se encontrava obstaculizada pela ausência de lei regulamentadora da norma constitucional, atuaria como legislador positivo, em violação à separação dos poderes.

Em importantes decisões a Corte Suprema concedeu o direito postulado mesmo antes da edição da norma regulamentadora: cite-se a concessão de indenização aos perseguidos pelo regime militar (art. 8, p. 3, do ADCT),⁶⁰⁵ de imunidade de contribuição para a seguridade social em favor de entidades beneficentes de assistência social (art. 195, p. 7, CF/88),⁶⁰⁶ do direito de greve aos servidores públicos (art. 37, VII, CF/88)⁶⁰⁷ e de aposentadoria especial por trabalho em condições insalubres no serviço público (art. 40, p. 4. CF/88).⁶⁰⁸

Todos os casos tinham em comum a circunstância de norma constitucional de forte densidade normativa (regra) conceder inequivocamente determinado direito aos seus destinatários, cuja fruição, contudo, se encontrava impedida pela falta de norma regulamentadora. Nos três últimos, o STF se valeu da aplicação por analogia de leis incidentes sobre casos semelhantes: aplicação do art. 14 do CTN, referente aos

⁶⁰⁵ STF, MI 283-5.

⁶⁰⁶ STF, MI n. 232-1.

⁶⁰⁷ STF, MI 708, DJ de 31-10-08

⁶⁰⁸ STF, MI 721, DJ 30.8.2007. (MI-721)

requisitos necessários à isenção de impostos para entidades beneficentes, para o gozo da imunidade de contribuições sociais para tais entidades; aplicação da Lei de Greve da iniciativa privada para a greve no serviço público; aplicação das normas sobre insalubridade do Regime Geral de Previdência Social ao Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos.

Tais casos revelam uma postura mais ativista do STF do que no emprego da redução ou da extensão teleológica; todavia, menos ativista do que nos casos de “desenvolvimento do direito superador da lei”, situando-se, portanto, numa zona fronteira entre ele e o “desenvolvimento judicial do direito imanente à lei”. Explica-se: nas vertentes hipóteses há uma lacuna do direito, e não uma lacuna da lei, já que esta se caracteriza pela incompletude de uma lei particular - caso em que se aplica a redução ou a extensão teleológica -, enquanto naquela é o ordenamento jurídico como um todo que está incompleto. Tal fenômeno se dá em virtude da ausência de norma sobre um setor que exige regulação jurídica,⁶⁰⁹ precisamente a hipótese classificada pela doutrina brasileira como “inconstitucionalidade por omissão total”, assim considerada a mora do legislador em editar norma que lhe foi exigida por um dever constitucional específico de legislar.⁶¹⁰

A princípio, a supressão da “lacuna do direito” cabe ao legislador, pois em uma democracia representativa lhe compete a edição de normas gerais.⁶¹¹ Todavia, nas hipóteses acima ventiladas, como a Constituição inscreveu os referidos direitos em normas de alta densidade normativa, e a efetividade dessas regras constitucionais vinha sendo prejudicada por mais de uma década de mora legislativa, o STF se julgou competente para, excepcional e temporariamente, substituir-se ao legislador e colmatar tais “lacunas” mediante analogia.

Note-se que a analogia consiste na “*transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), (...) numa outra hipótese B, não regulada na lei, (mas) “semelhante” àquela.*”⁶¹² As situações regulada e não-regulada não necessitam ser idênticas (até porque nesse caso não haveria analogia, mas subsunção), mas apenas semelhantes nos aspectos fundamentais à valoração feita pelo legislador, de maneira que

⁶⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 533.

⁶¹⁰ Sobre o conceito de inconstitucionalidade por omissão, ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1025 e ss.

⁶¹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 533.

⁶¹² *Ibid.*, p. 540 et. seq.

a aplicação à última da norma jurídica em tela, apesar de não haver subsunção, é corolário da necessidade de tratar igualmente situações iguais. Cuida-se, portanto, de hipótese de desenvolvimento judicial do direito imanente à lei - compreendido aqui o vocábulo “lei” como norma jurídica *lato sensu* -, pois o Judiciário se mantém fiel à valoração empreendida pelo legislador, não a substituindo pela valoração judicial.

Saliente-se que nas hipóteses em comento o legislador constituinte já decidira, de forma inequívoca, que os servidores públicos têm direito à greve, que as entidades beneficentes são imunes da incidência de contribuições para a seguridade social e que os servidores públicos que trabalhem em condições insalubres têm direito à aposentadoria especial. Ademais, as leis aplicadas por analogia tratavam, de fato, de situações semelhantes sob o prisma da valoração do legislador infraconstitucional: a lei de greve da iniciativa privada já cuidava da continuidade de serviços essenciais durante a paralisação; a norma do Código Tributário Nacional sobre imunidade tributária das entidades beneficentes e os dispositivos do regime geral de previdência social sobre insalubridade, respectivamente, se amoldavam às especificidades da imunidade de contribuições sociais e dos trabalhos em condições insalubres no serviço público.

Assim, o Judiciário, ao aplicar tais normas por analogia, embora tenha atuado como “legislador positivo”, manteve-se fiel à valoração feita pelos legisladores constituinte e ordinário. Daí porque pode se considerar que os casos em que o Judiciário se utiliza da sua própria “interpretação” de princípio constitucional abstrato e controvertido para invalidar a solução pré-estabelecida pelo legislador em uma regra, para estabelecer uma nova regra constitucional ou para alterar substancialmente o seu sentido (casos que serão a seguir abordados), situam-se em um tom acima na escala de ativismo judicial quando comparados com o emprego da analogia para suprir uma omissão do legislador, notadamente quando norma constitucional precisa (regra) concede um direito cuja fruição depende da *interpositio legislatoris*. Naquelas hipóteses, o Judiciário já não se encontra adstrito à valoração empreendida pelo legislador; muito pelo contrário, os juízes poderão rever tal valoração tendo como pauta normas de baixa densidade normativa - princípios -, ou mesmo fazer prevalecer a valoração judicial na ausência de valoração legislativa, inserindo-se, pois, na seara do “*desenvolvimento judicial do direito superador da lei*.”⁶¹³ Tais hipóteses serão a seguir analisadas.

⁶¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Op. Cit., p. 588/610.

4.3.2.3 Invalidação de norma legal ou administrativa

Uma terceira forma de ativismo judicial é a invalidação de norma legal ou administrativa com base em princípio constitucional abstrato. Neste ponto, deve ser desfeito recorrente equívoco, relativo à crença de que o Judiciário atuaria como legislador negativo quando invalida uma regra legal com base em interpretação construtiva de princípio constitucional (já que apenas “suprimiria” normas da ordem jurídica), somente agindo como legislador positivo quando adiciona formalmente algo ou altera a norma objeto do controle. Ao revés, na hipótese em que o STF confere determinada interpretação a princípio constitucional, invalidando a solução pré-concebida pelo legislador contida em lei, faz prevalecer a especificação do princípio que lhe parece mais adequada em face daquela escolhida pelo legislador. Assim, o STF extrai de princípio constitucional uma norma concreta (regra) em substituição àquela eleita pelo legislador ordinário. Ainda que tal postura possa ser legítima – caso, p. ex., o Tribunal se desincumba do ônus de justificar que a solução vertida em lei não respeitara o princípio da proporcionalidade -, não se pode negar a sensível dimensão criativa desta atividade.

Cite-se, a propósito, o caso da “cláusula de barreira”. A tentativa do estabelecimento de uma cláusula de desempenho para evitar a profusão endêmica de partidos políticos, e, sobretudo, para conter as chamadas “legendas de aluguel” – partidos menores que acabam se convolvendo em instrumentos de barganha política – não é nova no Brasil,⁶¹⁴ nem no direito comparado.⁶¹⁵ A Constituição de 1988, contudo, não se manifestou expressamente sobre a polêmica, já que delegou à lei a regulamentação do “funcionamento parlamentar”, e a participação dos partidos no Fundo Partidário e no acesso gratuito ao rádio e à televisão (art. 17, p. 1 e 3). Note-se, por fim, que proposta de inclusão da “cláusula de barreira” na Revisão Constitucional de 1993, por intermédio do Parecer n. 36, do então Deputado Nelson Jobim, malogrou, permanecendo o texto constitucional silente sobre o assunto.

⁶¹⁴ Vide o Decreto-Lei n. 8835/46 (art. 5), o Código Eleitoral de 1950 (art. 148), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965 (n. 4740), a Constituição de 1967 (art. 149, VII), a Emenda Constitucional n. 11 de 1978 (nova redação ao art. 152, p. 2, II, da CF/67), Emenda Constitucional n. 25 de 1985 (nova redação ao art. 152, p. 1, CF/67).

⁶¹⁵ Neste particular, destaca-se o direito alemão, no qual, conforme esclarece o Min. Gilmar Mendes “(...) o partido político que não obtiver cinco por cento dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos consecutivos, não obterá mandato algum”. V. STF, ADI 1.351, DJ 17.08.2007.

Ainda no ano de 1993 foi editada a Lei n. 8713, que, em seu art. 5, instituiu “cláusula de barreira” com base no desempenho dos partidos na eleição ocorrida no ano anterior. No bojo das ADIs n. 958-3 e 966-4 o STF, por maioria, declarou o mencionado dispositivo inconstitucional, com base no argumento principal de que a restrição a partidos apresentarem candidaturas com base em desempenho obtido em eleição já ocorrida representaria violação à cláusula do *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo), pois o legislador sabia de antemão quais partidos seriam alvejados pela inovação legislativa. Todavia, em 1995, foi editada a Lei n. 9.096/95 que estabelecia, em seu artigo 13, severas restrições aos partidos que não obtivessem cinco por cento dos votos válidos em eleição futura para a Câmara dos Deputados, no que tange ao recebimento de recursos do Fundo Partidário e ao tempo de horário eleitoral gratuito em rádio e televisão.⁶¹⁶

Propostas as ADIs n. 1351-3 e 1354-8 em face da nova regulamentação da “cláusula de barreira”, o STF denegou, à unanimidade, a medida cautelar encarecida, nos termos do voto do Relator, Min. Maurício Corrêa, no sentido de que a lei se limitara a “regulamentar” o funcionamento parlamentar e o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV (art. 17, p. 1 e 3 – dispositivos considerados normas de eficácia limitada), projetando-se, ademais, sobre eleição futura. Contudo, no julgamento final - ocorrido dez anos após a decisão liminar, em cujo período não se aplicou a cláusula de barreira do art. 13, mas a regra transitória contida no art. 57 da Lei n. 9.096/95 - o Tribunal, profundamente modificado em sua composição,⁶¹⁷ proferiu entendimento antagônico ao anterior. Nesta ocasião, o Tribunal, forte na constatação empírica de que dos vinte e nove partidos existentes, apenas sete sobreviveriam à cláusula de desempenho, considerou-a inconstitucional, por violação ao pluralismo político e partidário, ao direito das minorias à representação parlamentar e à igualdade de oportunidades no processo eleitoral.

Sem adentrar na análise do acerto ou desacerto das decisões, o cotejo dos pronunciamentos liminar e definitivo do STF revela uma sensível distinção de posturas

⁶¹⁶ O dispositivo determinava que apenas um por cento dos recursos do Fundo Partidário fosse distribuído a todos os partidos registrados no TSE, enquanto os outros noventa e nove por cento seriam distribuídos aos partidos que conseguissem superar a cláusula de desempenho. Em relação ao horário eleitoral gratuito em rádio e TV os partidos que não atingissem a cláusula de barreira teria apenas um programa de dois minutos por semestre, enquanto os que a superassem teriam dois programas de vinte minutos por semestre, além de mais quarenta minutos por semestre para inserções de trinta segundos a um minuto.

⁶¹⁷ Em relação ao momento da apreciação da liminar, somente permaneciam no STF os Min. Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

interpretativas entre as composições da Corte de 1994 e de 2006: diante de uma profunda controvérsia sobre a melhor forma de aplicação de princípios constitucionais, a decisão liminar delegou ao legislador ampla liberdade de configuração (*autorrestricção judicial*), enquanto a decisão final submeteu a respectiva lei a intenso controle da sua compatibilidade com princípios constitucionais, à luz de raciocínio orientado pela proporcionalidade (*ativismo judicial*).

Com efeito, na decisão liminar o STF considerou que a escolha pela criação, ou não, de cláusula de barreira, assim como o seu delineamento, competiria ao Legislativo, ao passo que, na decisão final, a Corte fixou uma regra: é vedada a criação de cláusula de barreira fundada em significativas restrições ao funcionamento parlamentar, embora os parâmetros constitucionais fossem os mesmos (pluralismo político, direito das minorias, bom funcionamento do sistema partidário etc).

A bem da verdade, o Tribunal fez prevalecer a leitura que reputou mais adequada desses princípios constitucionais em detrimento da levada a cabo pelo Congresso Nacional. E, partindo da premissa de que a sua interpretação constitucional somente pode ser superada pelo Congresso Nacional mediante a aprovação de emenda constitucional (como afirmado no caso do foro por prerrogativa de função),⁶¹⁸ na prática teria exercido poder equivalente ao constituinte reformador, já que a regra que construiu a partir da exegese dos referidos princípios constitucionais somente poderia ser alterada por reforma constitucional. Assim, a regra pretoriana de que “é vedada a criação de cláusula de barreira fundada em significativas restrições ao funcionamento parlamentar” foi incorporada ao bloco de constitucionalidade, na medida em que produz efeitos práticos, no mínimo, idênticos aos de uma regra inserta formalmente no texto constitucional (gera a inconstitucionalidade de leis que a contrariem, somente pode ser alterada por emenda constitucional etc).⁶¹⁹

4.3.2.4 Criação ou alteração de norma constitucional

⁶¹⁸ Ver a seção 1.2.1

⁶¹⁹ Como já salientado, pode-se sustentar que as interpretações judiciais da Constituição possuem eficácia inclusive mais intensa que as próprias regras constitucionais, pois aquelas, ao contrário destas, caso forem descumpridas por autoridades judiciais e administrativas, podem ser alvejadas por reclamação.

Uma quarta expressão de ativismo judicial é a extração judicial, a partir de princípio constitucional, de uma norma constitucional concreta (regra). Tal norma concreta pode adicionar um novo conteúdo normativo à Constituição (sentença aditiva) ou modificar o sentido de dispositivo(s) constitucional(is) pré-existente(s) (sentença modificativa), exercendo o STF, em ambos os casos, poder similar ao constituinte reformador.

Quanto ao primeiro caso – “sentença aditiva em sede constitucional” -, cite-se a decisão proferida no caso da “infidelidade partidária”. Na ocasião, a composição majoritária do STF, em que pese ter se utilizado do argumento de que a vedação à “infidelidade partidária” não implicaria a perda do mandato, pois, no sistema eleitoral proporcional o mandato pertenceria ao partido e não ao parlamentar, ao determinar que a troca voluntária de partido⁶²⁰ autoriza o partido prejudicado a solicitar em juízo a permanência do mandato na agremiação, na prática introduziu uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar para além das previstas no art. 55 da CF/88, apesar de há muito sustentar que se trata de um rol taxativo.

Parece correto, portanto, Oscar Vilhena Vieira, ao afirmar que o STF atuou como poder constituinte reformador,⁶²¹ mediante decisão que criou nova hipótese de perda de mandato parlamentar. Corrobora o exposto o fato de o Min. Celso de Melo, além de ter citado Rui Barbosa para sustentar que o STF tem o “monopólio da última palavra” na interpretação constitucional, ter afirmado que a Guarda da Constituição implicaria o exercício do poder constituinte, na esteira de Francisco Campos. Ademais, na ADI n. 3999/DF, proposta em face das Resoluções do TSE que regulamentaram o procedimento de perda do mandato do “parlamentar infiel”, o Relator, Min. Joaquim Barbosa, afirmou que

*as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.*⁶²²

⁶²⁰ O STF expressamente ressaltou a perda do mandato nas hipóteses em que o Parlamentar vinha sofrendo perseguição política no âmbito do respectivo partido, e na hipótese em que a agremiação partidária tiver sofrido significativa mudança programática. V. STF, MS n. 26602, DJ 17.10.2008.

⁶²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. “**Supremocracia**”. Op. Cit., p. 497/499.

⁶²² Veja-se, em tom crítico, a seguinte passagem do voto do Min. Eros Grau: “Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal - menos ainda o TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição,

Já em relação ao segundo caso – “sentença modificativa em sede constitucional” -, a atuação do STF como constituinte reformador não se revela na inclusão de nova norma na Constituição, mas na alteração do sentido de regra(s) pré-existente(s). Cite-se a tese acerca da suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988, construída pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação n. 4335. O referido dispositivo cuida da possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF. Tal competência fora originalmente conferida ao Senado pela Constituição de 1934, e tinha por escopo atribuir efeitos *erga omnes* a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal no controle incidental de constitucionalidade, que, na esteira de iterativa doutrina e jurisprudência pátrias, apenas produzem efeitos *inter partes*.⁶²³

O Ministro Gilmar Mendes, porém, considera que o art. 52, X, da Constituição sofreu uma mutação constitucional, na medida em que, apesar de o seu texto permanecer incólume, a mudança dos contextos fático e normativo que o circundam conduziria à conclusão de que, atualmente, o mencionado dispositivo se destina apenas a autorizar que o Senado edite resolução que confira maior publicidade às decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade. Isto porque tais acórdãos, assim como os proferidos em controle abstrato, produziram *per se* efeitos subjetivos *erga omnes* e não apenas *inter partes*, em oposição ao que afirmam doutrinadores e juízes, praticamente em uníssono, há mais de um século.⁶²⁴

reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo que a usurpação do Poder Constituinte Derivado já em si consubstancia “quebra constitucional”.

⁶²³ Buscava-se estender os efeitos da declaração incidental da inconstitucionalidade de uma lei a casos substancialmente idênticos, mas cujas partes fossem distintas, com vistas a minimizar os malefícios causados à segurança jurídica e à isonomia, decorrentes da importação pela Constituição de 1891 do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade sem a doutrina do *stare decisis*.

⁶²⁴ Embora não caiba aqui mais do que uma breve menção aos fundamentos desta inovadora tese, o emérito constitucionalista alude aos seguintes fatores: (i) o fato de tal competência ter sido prevista em favor do Senado numa época em que a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões do STF era vista como atentatória à separação dos poderes; (ii) o avanço do método abstrato de controle de constitucionalidade em detrimento do incidental (e consequentemente das decisões do STF com efeitos *erga omnes* sobre aquelas com efeitos *inter partes*); (iii) a natureza idêntica dos mencionados métodos quanto às suas finalidades e procedimentos (proteção da supremacia da constituição e quorum de maioria absoluta); (iv) o aumento do número de decisões judiciais dotadas de efeitos *erga omnes* (ação civil pública e ação popular, onde inclusive se admite o controle incidental); (v) o atual volume de processos submetidos ao STF, muitos rigorosamente idênticos; (vi) e a criação no direito positivo, com inspiração em jurisprudência do STF, de instrumentos de vinculação dos Tribunais às decisões do STF em controle incidental, como p. ex., os arts. 481, p. único, e 557, p. 1-A, do CPC, etc.

A concessão de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle incidental de constitucionalidade, embora possa ser conveniente sob o prisma da política judiciária, parece-nos alterar radicalmente o sentido da regra inscrita no art. 52, X, da CF/88, além de ser incompatível com a introdução da súmula vinculante pela EC n. 45 (art. 103-A da CF/88).

Com efeito, se o art. 52, X da CF/88 não foi revogado por emenda constitucional, e se o limite fundamental à mutação constitucional por interpretação judicial é o texto da norma, como conciliar um texto - “ainda” vigente - que confere ao Senado o poder de suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo STF (no controle incidental), com a norma, construída pelo STF, que determina que a sua própria decisão de inconstitucionalidade em sede incidental já tem o condão de suspender a eficácia da norma, sendo a resolução do Senado mero mecanismo de ampliação da publicidade da decisão do STF? Além de fazer pouco sentido tal proposição, diante da ampla publicidade que já gozam as decisões do STF - publicadas que são no Diário de Justiça, no informativo de jurisprudência do STF e transmitidas pela TV e pela Rádio Justiça -, parece claro que a interpretação extravasa os limites semânticos da norma, modificando o ente a quem a Constituição conferiu expressamente tal competência – não mais o Senado, mas o STF.

Ademais, a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 também parece contrariar o disposto no art. 103-A, da Constituição de 1988. De fato, qual seria a serventia em aprovar-se uma súmula dotada de efeito vinculante se as decisões do STF em controle incidental já possuíssem essa eficácia especial? A circunstância de as súmulas vinculantes terem seu objeto restrito à “matéria constitucional” conduz à conclusão de que a concessão de efeito vinculante a toda e qualquer decisão que veicule controle incidental esvaziaria bastante o seu objeto e o seu escopo. E mais: representaria a concessão de efeito vinculante às decisões do STF prolatadas em processos subjetivos independentemente da observância dos requisitos estabelecidos pelo constituinte reformador para a edição de súmula vinculante, como, p. ex., o quorum especial de 2/3 (dois terços), a exigência de reiteradas decisões em matéria constitucional, e de controvérsia atual cujo retardo na prolação de uma decisão definitiva pelo STF acarrete

grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos (art. 103-A, *caput* e p. 1, CF/88).⁶²⁵

Do exposto, percebe-se que a nova “interpretação” do art. 52, X veicula, na verdade, decisão que modifica as respostas dadas pelos constituintes originário e reformador ao problema da não vinculação dos órgãos judiciais ao juízo de constitucionalidade prolatado pelo Supremo Tribunal em controle incidental de constitucionalidade. Pois bem: enquanto a tese da mutação constitucional do art. 52, X parte da premissa de que todas as decisões do STF em controle incidental possuem *per se* efeitos gerais, a Constituição reservou tal eficácia especial às decisões do STF em controle incidental que tenham sido objeto da alvitrada resolução do Senado (art. 52, X) ou que hajam se convolado em súmula vinculante, mediante o preenchimento dos respectivos requisitos (art. 103-A).⁶²⁶

Aplicando-se a tese da supremacia judicial firmada pelo STF no julgamento da ADI n. 2860,⁶²⁷ a conclusão natural é que ambas as regras construídas pelo Supremo – (i) a troca voluntária de partido por parlamentar implica a perda de mandato, e (ii) todas as decisões proferidas pelo STF em controle incidental de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes – somente podem ser alteradas por emenda constitucional. Desta forma, tais regras, na prática, aderem ao bloco de constitucionalidade, produzindo os mesmos efeitos que uma regra inserida no texto constitucional pelo legislador constituinte.

4.3.2.5 Imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo

Por fim, cite-se como quinta hipótese de ativismo judicial a extração de princípio constitucional de medidas concretas a serem adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo,

⁶²⁵ Para uma ampla e percuciente crítica à tese da mutação constitucional do Art. 52, X, da CF/88, conferir STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04.04.2008.

⁶²⁶ É curioso que, em nenhum momento se sustentou que o art. 103-A, introduzido na Constituição pela EC n; 45/2004, teria violado cláusula pétrea; ao contrário, o debate se voltou sobre a melhor forma de concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, aproximando-se, portanto, mais de um juízo de conveniência e oportunidade do teor de emenda constitucional, do que, propriamente, de controle da sua constitucionalidade.

⁶²⁷ Ver a seção 1.1.

destacando as hipóteses em que a efetivação dessas medidas implique significativo custo financeiro. Hipótese exemplar se deu com a radical alteração da jurisprudência do STF acerca da efetividade dos direitos sociais: embora tradicionalmente considerados normas de eficácia limitada - cuja realização dependia, portanto, da interposição do legislador - atualmente são crescentes as prestações concretas a cargo especialmente do Poder Executivo que são extraídas diretamente das respectivas normas constitucionais.⁶²⁸ Na seara específica do fornecimento gratuito de medicamentos pelos entes federativos, vislumbra-se, inclusive, uma “judicialização excessiva”.⁶²⁹

4.3.3 Modelo de decisão casuístico

Outra modalidade de ativismo judicial se verifica na pouca reverência de uma Corte Suprema aos seus próprios precedentes. Esta hipótese se coloca de forma especialmente intensa no STF, pois se percebe em sua jurisprudência não apenas uma reduzida deferência aos seus precedentes, mas, na verdade, a falta de uma doutrina de vinculação aos precedentes, que, na esteira da *stare decisis doctrine* da *commom law*, preserve a coerência e a integridade da jurisprudência constitucional. Isto porque não são poucos os casos em que o Supremo Tribunal profere decisão desviante da tese afirmada em sua jurisprudência, sem mesmo justificar a especificidade do caso que justifique a não aplicação do precedente. Dentre outras razões, a noção de que apenas o dispositivo faz coisa julgada, e a ausência de cultura de distinção entre as razões determinantes (*ratio decidendi*) e não determinantes (*obiter dicta*), contribuem bastante para a construção desse cenário.

Dentre os vários casos que poderiam ser citados, um se revela especialmente ilustrativo: o caso do “foro por prerrogativa de função dos ex-detentores de cargo público.” Já se salientou na seção 1.2.1 as flutuações na jurisprudência do STF sobre a questão, de maneira que, por ora, basta lembrar que o STF, no Inquérito n. 687, cancelou a súmula n. 394, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se mantinha

⁶²⁸ Sobre o tema ver SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Op. Cit., p. 553/587.

⁶²⁹ BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial.” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pp. 875/905.

após o fim do exercício do cargo público, independentemente de o ato objeto do processo se vincular, ou não, ao exercício do *munus* público, bastando que fosse praticado “durante o exercício funcional”.

Sem que tenha havido alteração do texto da Constituição sobre a matéria, o STF passou a rejeitar o foro especial aos ex-detentores de cargos públicos, mesmo que o respectivo ato tenha sido praticado no exercício de função pública, como propunha, em voto vencido, o Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, o STF abandonou o entendimento de que o foro especial após o fim do cargo seria necessário para garantir a independência do exercício das correspondentes funções, passando a atribuir maior peso a razões contrárias.⁶³⁰ Tal orientação foi confirmada quando do julgamento da ADI 2860, na qual se julgou inconstitucional a Lei n. 10.628/2002 que reinstituía o foro por prerrogativa de função para os ex-detentores de cargos públicos em relação aos atos praticados no desempenho da função, tentando veicular em lei o voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence no Inquérito n. 687.

Note-se, contudo, que a Medida Provisória n. 207/2004 equiparou o Presidente do Banco Central do Brasil a Ministro de Estado, para fins de conceder-lhe foro por prerrogativa de função. No bojo das negociações travadas no Congresso, a oposição logrou inserir na lei de conversão da Medida Provisória (Lei n. 1.036/2004) um parágrafo único em seu artigo segundo, que estendeu o foro por prerrogativa de função aos atos praticados por ex-Presidentes do Banco Central no exercício da função, beneficiando também aqueles indivíduos que ocuparam o cargo durante o governo Fernando Henrique Cardoso. Proposta a ADI n. 3.289/DF pelo antigo Partido da Frente Liberal – PFL, atual Democratas, em relação à Medida Provisória n. 207/2004, após a sua conversão em lei o requerente aditou a petição inicial para requerer a inconstitucionalidade da Lei n. 1.036/2004, havendo, inclusive, pedido expresso de invalidação do parágrafo único do seu artigo segundo.

Neste julgamento chamou atenção o fato de a composição majoritária do STF ter adotado tese semelhante à contida no voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence no Inquérito n. 687, no sentido da existência de foro por prerrogativa de função para ex-

⁶³⁰ Destacam-se, por exemplo, a circunstância de as Constituições brasileiras não terem estabelecido, expressamente, o foro por prerrogativa para ex-detentores de função pública; o acúmulo de processos no STF; o fato de a competência especial consistir em prerrogativa e não em privilégio, protegendo, assim, o cargo, e não a pessoa; a excepcionalidade do foro privilegiado em um regime republicano, do que decorre a necessidade de interpretá-lo restritivamente; os parcos exemplos buscados no direito comparado etc.

detentores de cargo público quando os respectivos atos tenham sido praticados no desempenho da respectiva função pública, muito embora a orientação atual e majoritária do Tribunal - fixada no Inquérito n. 687 e reiterada na ADI 2860 - seja no sentido da inexistência de foro especial para ex-detentores de cargo público, tenha ou não o ato relação com o *munus* público.

Mais notável ainda foi o fato de sequer ter sido mencionado tal entendimento, e, sobretudo, as razões que justificariam a validade da atribuição por lei de foro especial a ex-Presidentes do Banco Central e a invalidade da concessão de idêntica prerrogativa, por exemplo, a ex-Presidentes da República. Não se preocupou o Tribunal, portanto, em expor as razões que justificassem a superação do precedente (*overruling*) ou, ao menos, a não submissão do caso a sua incidência, à vista das suas particularidades (*distinguishing*), revelando um modelo de decisão casuístico incompatível com a doutrina da vinculação dos precedentes judiciais.

4.3.4 Tendência à fundamentação “maximalista”

Além das diversas formas de aplicação direta de princípios constitucionais, a jurisprudência atual do STF também vem superando o segundo aspecto da atuação do Judiciário apenas como “legislador negativo”, qual seja, a utilização apenas de argumentos estritamente jurídicos na fundamentação das suas decisões. O impacto dessa mudança no estilo de fundamentação do STF pode ser mais bem dimensionado caso se tenha em conta a *tendência de a sua composição majoritária optar por um modelo de decisão maximalista (ou perfeccionista)*, também na esteira da abordagem neoconstitucionalista sobre a hermenêutica constitucional. Os juízes maximalistas resolvem casos difíceis segundo *razões amplas e profundas* sobre questões políticas, morais, filosóficas, antropológicas, biológicas e econômicas altamente controvertidas.⁶³¹

⁶³¹ V. SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalismo n the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001; SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005; SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn’t Mean What It Ment Before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

A (i) *amplitude da fundamentação* se vincula ao fato de os juízes maximalistas não se limitarem a usar as razões necessárias à resolução do caso em análise, nem se julgarem a decidir um caso por vez, atentando às suas particularidades, mas se mostrarem inclinados a construir extensas teorizações a partir das quais são deduzidas regras para a resolução de casos futuros. Disto decorre o seu caráter *prescritivo*, já que, para além da decisão sobre o caso concreto, são estabelecidos parâmetros para a resolução de hipóteses futuras, possuindo a decisão, portanto, forte efeito prospectivo e impacto sobre a atuação superveniente dos demais poderes.

Já a (ii) *profundidade da fundamentação* se relaciona com a propensão a considerações abstratas e fortemente teorizadas que descem à raiz de questões complexas e controvertidas, como o conteúdo constitucional da liberdade de expressão, a forma de conciliar a proteção dos índios com o meio-ambiente e o desenvolvimento nacional, qual seria o marco inicial da vida humana, qual seria a melhor configuração do sistema político-partidário brasileiro etc.

Ambas as características se colocam diante da utilização de princípios constitucionais abstratos como parâmetros de decisão, a partir dos quais se extraem considerações doutrinárias amplas e profundas, não-raro associadas a análises morais, políticas, filosóficas e econômicas bastante complexas e controversas, sem que se preste a devida consideração a questões institucionais e democráticas. Daí se dizer que os juízes maximalistas apresentam (iii) a ambição de fazer da Constituição “*o melhor que ela pode ser*”, buscando aplicar os princípios constitucionais na maior - e melhor - medida possível, através da solução que otimize o seu conteúdo.⁶³²

Exemplo típico dessa postura é o Juiz Hércules de Dworkin, cuja atividade interpretativa, embora deva se “encaixar” na tradição jurídica na qual se acha inserido - buscando-se obter, assim, coerência e integridade no sistema jurídico -, goza de ampla liberdade para interpretar os princípios constitucionais sob a “melhor luz”. Assim, em questões de alta densidade moral, como o debate sobre a constitucionalidade do suicídio assistido por médicos, Dworkin considera que os juízes devem proceder à leitura moral da Constituição, no sentido de identificar os princípios mais atrativos que podem ser

⁶³² SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. Op. Cit., p. 12.

achados nas decisões pretéritas da Corte sobre o conteúdo da liberdade para responder a questão.⁶³³

Precisamente em virtude da tendência de rever a valoração feita pelo legislador à luz de uma interpretação que, a seu ver, otimize as potencialidades de princípio constitucional aberto e controvertido, o STF na interpretação do conteúdo indeterminado da Constituição vem cada vez mais se afastando de uma perspectiva positivista - que, como visto, se utilizava amplamente de técnicas de autorrestrrição judicial -, em favor de uma postura ativista, que dá pouco espaço à deferência a interpretações legislativas que, embora não pareçam aos olhos dos juízes as “melhores” ou as “mais eficazes”, se afigurem razoáveis. Assim, o Judiciário, ao portar-se de forma perfeccionista, beira - e algumas vezes efetivamente transpõe - os limites entre controle de constitucionalidade e revisão da conveniência e oportunidade da lei, tornado factível a substituição da valoração legislativa pela judicial.

Essa tendência à utilização de uma argumentação maximalista, caracterizada pela adoção de razões (i) interdisciplinares, (ii) amplas, (iii) profundas, e (iv) destinadas a otimizar os princípios constitucionais, abrindo pouco espaço para argumentos institucionais e democráticos de deferência ao legislador, é mais uma das características do neoconstitucionalismo que vem tendo forte repercussão na jurisprudência contemporânea do STF.⁶³⁴

Já se pode contabilizar algumas decisões nas quais o STF enveredou em debates não estritamente jurídicos, como, p. ex., o caso do “amianto”, em que o Tribunal analisou os efeitos maléficos da crisotila à saúde dos trabalhadores à luz de argumentos científicos.⁶³⁵ No aresto, chamou atenção a objeção minimalista da Min. Ellen Gracie, no sentido de que o STF não seria uma “Academia de Ciências” mas um Tribunal, de maneira que não lhe competiria aferir os malefícios da crisotila à saúde, mas se se tratava de substância legalmente proibida.⁶³⁶

Todavia, exemplo paradigmático desta nova postura foi a já mencionada decisão em que o STF afirmou a constitucionalidade da demarcação contínua da reserva indígena conhecida como “Raposa Serra do Sol”, ao invés da demarcação em ilhas.

⁶³³ Ibid., p.32.

⁶³⁴ Neste sentido, SILVA, Alexandre Garrido da. “Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas”. **RDE – Revista de Direito do Estado**, Ano 3, n. 12, out/dez/2008, p. 107-142.

⁶³⁵ STF, ADI/MC n. 3937-7, DJ 09.10.2008.

⁶³⁶ STF, ADI/MC n. 3937-7, DJ 09.10.2008, p. 137.

Note-se que a composição majoritária do STF não alicerçou a sua decisão no princípio da presunção da constitucionalidade dos atos do poder público, na reverência ao estudo antropológico feito no âmbito da FUNAI por especialistas na matéria, ou em qualquer outro argumento institucional que, com fulcro na separação entre os poderes, revelasse postura deferente à escolha administrativa pela demarcação contínua.

Ao revés, pronunciou-se sobre questões altamente complexas e controvertidas em várias searas, manejando, com surpreendente naturalidade e autoconfiança, argumentos antropológicos, biológicos e econômicos deduzidos pelos especialistas nas respectivas disciplinas. Para além disto, a composição majoritária do STF não se limitou a julgar o caso, mas antes buscou “deixar tudo decidido” acerca do “estatuto jurídico da causa indígena”. Com efeito, os mais variados aspectos da questão afeta à proteção da identidade indígena foram abordados, como, p. ex., “o significado substantivo de índios na Constituição Federal”, o delicado equilíbrio entre, por um lado, a proteção dos silvícolas e, por outro, a defesa do meio ambiente, da soberania nacional, a exploração de recursos hídricos e minerais, o desenvolvimento econômico etc.⁶³⁷

Ao lado da amplitude, a decisão também se mostrou profunda, pois tais questões não foram resolvidas por argumentos institucionais - i.e. deferência aos estudos de especialistas da FUNAI ou à decisão política de acolhê-los -, nem pelas regras contidas nos arts. 231 e 232 da Constituição de 1988. Ao revés, a validação da demarcação contínua se fundou em argumentos altamente teorizados, citando-se “*a demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal*”, na qual o Ministro Relator fundamentava em “*um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária*”. Cite-se também os argumentos de que a identidade indígena seria “*somática, linguística e cultural*”, de que o processo de aculturação seria um “*somatório de mundividências*”, e de que demarcação contínua seria “*modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters” etc.*

No mesmo sentido se coloca o caso da “pesquisa com células-tronco embrionárias”. Conforme percebido, com acuidade, por Oscar Vilhena Vieira, chamou atenção na decisão a naturalidade com a qual o STF se considerou legitimado para rever

⁶³⁷ A propósito conferir os votos dos Min. Carlos Britto e Menezes Direito, acolhidos pela maioria do Tribunal.

a escolha tomada pelo legislador acerca da autorização, com ressalvas, à realização das referidas pesquisas. A propósito, Luís Roberto Barroso arguiu, representando um dos *amici curiae*, que, por se cuidar de questão moral sobre cujo deslinde paira um desacordo razoável na sociedade brasileira, a decisão deveria ser tomada pelas instâncias majoritárias. E, na hipótese, a Lei de Biossegurança fora aprovada por ampla maioria parlamentar, em decisão que, além de precedida de amplo debate na sociedade e entre *experts* na matéria, veiculou ponderação legislativa legítima, e não inconstitucionalidade flagrante, de maneira que o Tribunal deveria se abster de substituir a ponderação legislativa pela sua.

Todavia, ressalta Oscar Vilhena Vieira que

*antes de iniciar o seu voto, a Ministra Carmen Lúcia afastou com veemência este argumento, sendo explicitamente acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio. Logo, não se abriu qualquer espaço para uma discussão sobre deferência, muito comum em outros tribunais constitucionais ao redor do mundo.*⁶³⁸

Naturalmente a decisão do STF não se pautou por argumentação calcada na autorrestrrição judicial, mas, ao revés, revelou uma firme disposição do STF em buscar fundamentar a sua decisão em argumentos não estritamente jurídicos (médicos, filosóficos, morais etc.), julgando-se inclusive competente para, com base nesses critérios, rever a decisão tomada pelo legislador, embora a lei tenha sido mantida.⁶³⁹ Ademais, foram aduzidas razões amplas e profundas sobre questões altamente complexas e controvertidas, como o potencial das células tronco-embrionárias para pesquisas científicas, o início da vida, a repercussão da dignidade humana sobre o embrião etc.⁶⁴⁰

⁶³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Op. Cit., p. 495.

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ A tese acerca da suposta mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 – que igualmente foi abordada acima – também caminhou nesse sentido. É curioso notar que a proposta de atribuir efeitos gerais a todas as decisões proferidas pelo STF no controle incidental de constitucionalidade, e não somente àquelas que tenham se convolado em súmula vinculante, conforme claramente estabelecido pela EC n. 45/2004 (art. 103-A) e afirmado por doutrina e jurisprudência majoritárias, não se fundamentou na inconstitucionalidade da referida emenda – sequer se cogitou, na hipótese, de violação a cláusula pétreia. Ao contrário, o fundamento normativo básico da tese foi uma visão perfeccionista acerca da melhor forma de concretizar os princípios da isonomia e da segurança jurídica – negando-se aplicação à solução concebida pelo constituinte reformador –, além de uma leitura igualmente controvertida sobre os efeitos das recentes alterações legislativas no controle incidental. Conforme já se salientou, cuida-se de tese que parece transpor os domínios do controle de constitucionalidade no sentido da aferição da conveniência e oportunidade de emenda constitucional, a par de não se amoldar à literalidade das normas “interpretadas”, de modo a revelar uma incursão do Judiciário em área constitucionalmente reservada a outros poderes.

Por fim, cite-se o caso da “cláusula de barreira”. Por ora basta destacar o voto do Min. Gilmar Mendes, por meio do qual o eminente jurista, após abordar questões profundas - v.g. “a natureza e a função dos partidos políticos no regime democrático”, e, sobretudo, uma complexa teorização acerca do “princípio da igualdade de chances” etc - , decidiu que a cláusula de barreira adotada pela Lei dos Partidos Políticos violara o princípio da igualdade de chances. Isto porque inviabilizara o funcionamento parlamentar de partidos minoritários, ao invés de se proceder como na Alemanha, cuja legislação não impôs limitação radical de recursos públicos e tempo de rádio e de TV como a brasileira, mas impediu a atribuição de mandato ao parlamentar eleito por partido que não havia superado a cláusula de barreira.

Todavia, o aspecto do voto que mais chamou atenção foi a sua particular amplitude, notadamente das razões contidas na seção VI, intitulada “*a crise do sistema eleitoral proporcional brasileiro: reflexões sobre a fidelidade partidária na jurisprudência do STF*”. Se em seções anteriores já tinham sido salientadas vicissitudes do sistema eleitoral proporcional brasileiro⁶⁴¹, na seção VI o tema foi abordado de forma ampla e sistemática. Com efeito, salientou-se que o sistema proporcional apresenta “*significativos déficits*” e “*sinais de exaustão*”, como se extrai da séria crise ética e política que se irrompeu após as denúncias do chamado “mensalão”. Sobretudo diante do aparelhamento político-partidário do Estado e da apropriação de recursos públicos para o financiamento de partidos políticos que a crise revelou, afirmou o Min. Gilmar que “*estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*” (grifei)

Dáí se vê que, embora o caso versasse sobre a constitucionalidade da “cláusula de barreira”, o Min. Gilmar propôs a fixação de *standards* pelo STF destinados a pautar a futura deliberação parlamentar sobre outros aspectos da reforma política. Assim, assumiria o STF o papel de importante agente na conformação do perfil que a reforma política no Brasil deve assumir, na medida em que os parâmetros por ele fixados limitam o espectro de decisões constitucionalmente legítimas que serão, no futuro, tomadas no Congresso Nacional.⁶⁴² Confirma o que se vem de expor o esforço

⁶⁴¹ P. ex: eleição de candidatos com poucos votos no caso de o partido contar com os chamados “puxadores de voto”, não-eleição de candidatos com número expressivo de votos na hipótese de o partido não atingir o cociente eleitoral etc.

⁶⁴² Veja-se, a propósito, a expressiva passagem do seu voto: “É fundamental, portanto, que a legislação que discipline o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a

despendido pelo Min. Gilmar para sustentar a inconstitucionalidade da “infidelidade partidária”, apesar de esse não ser o objeto do processo, e os mandados de segurança que questionaram tal questão ainda não terem sido impetrados.⁶⁴³

Tais decisões revelam a tendência de o STF se valer de razões interdisciplinares, amplas, profundas e destinadas a otimizar a aplicação de princípios constitucionais. Todavia, as noções de maximalismo e de ativismo não se confundem.⁶⁴⁴ Com efeito, podem ser usadas razões amplas e profundas para a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, para o afastamento ou para a aplicação do sentido literal da norma ou de precedente etc.

Entretanto, como já se pode perceber dos casos analisados, há claros pontos de contato entre maximalismo e ativismo: via de regra, ambos não se atraem por métodos mais rígidos de aplicação do direito, confiando na capacidade do juiz de engendrar amplas e profundas teorizações que otimizem o sentido de princípios constitucionais; conseqüentemente, argumentos institucionais de autorrestricção judicial em presevação da liberdade de conformação do legislador não lhes costumam seduzir, mostrando-se, os juízes ativistas e maximalistas, mais propensos a reverem a valoração feita pelo legislador ou a afastarem-se do sentido literal do texto.

Todavia, um aspecto comum é especialmente relevante para os propósitos deste estudo: mesmo quando são usadas razões amplas e profundas para a declaração da constitucionalidade há maior avanço do Judiciário do que na hipótese em que idêntico resultado é obtido mediante expediente minimalista. Por exemplo, se um Tribunal reconhece a validade de lei com base em ampla e profunda teorização sobre questões altamente complexas - como no caso em que o STF validou a pesquisa científica de células-tronco embrionárias abordando problemas como o início da vida, a repercussão da dignidade humana sobre o embrião etc -, as abrangentes conclusões obtidas pela Suprema Corte, ao integrarem a ratio decidendi da decisão, não mais poderão ser revertidas pelo legislador ordinário.

ideia de igualdade de chances, sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.” STF, ADI n. 1351/DF, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 37.

⁶⁴³ Ver acima a descrição do caso da “infidelidade partidária”.

⁶⁴⁴ Somente serão destacadas as interconexões que se revelam especialmente importantes para o presente estudo. Para o estudo das diversas nuances da relação entre maximalismo e ativismo, ver SUNSTEIN, Cass. **One Case at a time – judicial minimalismo on the Supreme Court**. Op. Cit., p. 28/32.

De fato, adotando-se a premissa da supremacia judicial em sentido estrito, as interpretações constitucionais da Suprema Corte somente poderão ser revertidas por emendas constitucionais, e mesmo assim caso a Suprema Corte não vislumbre violação a cláusulas pétreas. Porém, caso a Suprema Corte houvesse julgado constitucional a Lei de Biossegurança com base no argumento de que se cuidaria de matéria que, à vista do desacordo moral razoável, deve ser dirimida pelo legislador, o poder de decisão sobre a matéria persistiria na mão de maiorias legislativas ordinárias, já que, no futuro, não haveria óbice a que o legislador tomasse decisão diversa da contida na Lei de Biossegurança.

Portanto, um efeito explosivo da combinação entre maximalismo e supremacia judicial é a progressiva cristalização no “bloco de constitucionalidade” de decisões judiciais amplas e profundas que servem de pauta normativa para a solução de um sem-número de problemas, cuja alteração pelos poderes democraticamente legitimados se submete aos rigores do processo de reforma constitucional.⁶⁴⁵ Por sua vez, a amplitude dos conflitos sociais que são dirimidos, em “última instância”, pela Corte Suprema em detrimento do Legislativo cria um cenário propício à afirmação da supremacia judicial em sentido amplo, em que o Judiciário - e em especial a Suprema Corte - gozaria de uma proeminência em face dos demais poderes.

4.3.5 Viés “juriscêntrico”

Por fim, outro ponto de contato entre a jurisprudência contemporânea do STF e o neoconstitucionalismo é o “viés juriscêntrico” de ambos,⁶⁴⁶ que tende a reduzir a interpretação constitucional à atividade judicial, ou, inversamente, a desconsiderar a interpretação constitucional fora das Cortes. Tal perspectiva se revela, cruamente,

⁶⁴⁵ A exceção que não infirma, antes confirma, esta regra geral, se dá na hipótese em que se adotam razões amplas e profundas para a defesa de um modelo concreto de separação de poderes caracterizado pela primazia do Legislativo em face do Judiciário. Na hipótese, este paradoxal maximalismo garantidor de postura de autorrestrição judicial limitará a possibilidade de, no futuro, tanto o Legislador quanto a Suprema Corte optarem por um ativismo judicial, facilitando a perpetuação de jurisprudência autorrestritiva. Exemplo típico desta postura se deu no caso *City of Boerne v. Flores*, analisado no item 1.2.2.

⁶⁴⁶ Sobre o viés juriscêntrico do neoconstitucionalismo teórico em geral e no Brasil, ver, respectivamente, os itens 3.4.2.3 e 4.2.3.

através de brocardo que, embora equivocado, é largamente difundido no direito brasileiro: “decisão judicial não se discute, se cumpre”.⁶⁴⁷

O caso da “verticalização” traz um bom exemplo. A “verticalização”, que consiste na obrigatoriedade de compatibilidade entre as coligações partidárias nos pleitos nacional e estadual,⁶⁴⁸ foi formalmente instituída pela Resolução nº 21.002, de 26.02.02, do TSE, mercê de uma interpretação do art. 6º, da Lei n.º 9.504 que se afastou da sua exegese mais evidente. De fato, o dispositivo em tela exige coerência nas coligações na “mesma circunscrição”, conceito que, nos termos do art. 86 do Código Eleitoral, vincula-se ao âmbito territorial relativo à eleição.

Assim, a interpretação literal do dispositivo exige apenas correspondência entre as coligações nas eleições proporcional e majoritária na mesma circunscrição (municipal, estadual *ou* federal). Ainda que não se possa considerar de todo implausível a interpretação construtiva do TSE, visto que, em face do caráter nacional dos partidos (art. 17, I, da CF/88), a “*cláusula - dentro da mesma circunscrição – deve (rectius: pode) ser entendida como o espaço maior, aquele em que se dá a eleição nacional*”,⁶⁴⁹ claramente ela se revela muito mais distante do texto - e, portanto, mais “criativa” - do que a primeira.

Posteriormente, a EC n. 52/2006, em seu art. 1º, alterou a redação do art. 17, § 1º, da CF/88, com o escopo de extinguir a “verticalização”, fazendo, portanto, prevalecer a interpretação literal do art. 6º, da Lei n.º 9.504, na medida em que restabeleceu a obrigatoriedade de correspondência apenas entre as coligações nas

⁶⁴⁷ Veja-se a precisa observação de Gustavo Binbenbojm sobre o brocardo: “Tal frase, em sua despreensão, revela a herança positivista e autoritária de nossa tradição jurídica. Por certo, o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente em sua aceitação acrítica por quem quer que seja. Decisão judicial se critica, sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa e mesmo em sedes menos ortodoxas, como conselhos universitários e associações de moradores.” V. BINENBOJM, Gustavo. “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n. 9868/99”. In: (Id.) **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 153. Parece realmente claro que subjacente à assertiva de que não se critica decisão judicial há uma delegação em branco pelo povo e pelos seus representantes do seu poder de estatuir e de interpretar as normas jurídicas.

⁶⁴⁸ Cumpre esclarecer que na “verticalização atenuada” instituída pelo TSE, embora os partidos que tenham candidatura ou que integrem coligação com candidato próprio a Presidente da República não possam se coligar, no âmbito dos Estados, com partidos que tenham outros candidatos no plano nacional (isoladamente ou em coligação com outros partidos), não há a obrigatoriedade de os partidos coligados nacionalmente reproduzirem tais alianças no âmbito dos Estados. Para além disto, os partidos “sem candidato” a Presidente da República podem se coligar, nos Estados, com quaisquer partidos, inclusive com aqueles que tenham candidatura a Presidente.

⁶⁴⁹ Trecho colhido do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na apreciação da consulta n. 715 (TSE), Rel. Min. Garcia Vieira.

eleições proporcional e majoritária na mesma circunscrição. Já o art. 2º, da EC n. 52/2006, determinava a aplicação da emenda constitucional às eleições de 2002, embora ela só tivesse sido aprovada em 08.03.2006. Foi, então, proposta a ADI n. 3685-8 somente em face do art. 2, com lastro no argumento principal de que a aplicação da “extinção da verticalização” mesmo às eleições de 2006⁶⁵⁰ violaria a regra da anualidade eleitoral (art. 16, CF/88), que exige que a lei que alterar o processo eleitoral não seja aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

O STF, por sua vez, julgou procedente a ADI n. 3685-8, pois considerou que, apesar de o art. 16, da CF/88 aludir, expressamente, apenas à “lei”, a anualidade eleitoral, por ser uma configuração do próprio constituinte à aplicação da segurança jurídica ao processo eleitoral, determinaria que não só as leis, mas também as emendas constitucionais, não poderiam ser aplicadas a pleitos a serem realizados há menos de um ano da sua edição. Claramente o STF promoveu uma interpretação extensiva da norma constitucional (já que ele se referia apenas à “lei”), inspirada no princípio que lhe dá suporte axiológico (segurança jurídica).

Ocorre que também a Resolução do TSE foi editada há menos de um ano das eleições de 2002, tendo sido a ela aplicada, pois o STF não conheceu a ADI proposta em face do referido ato normativo, por considerá-lo infralegal (inconstitucionalidade reflexa).⁶⁵¹ Do cotejo das decisões proferidas nas citadas ADIs resulta que, ao fim e ao cabo, o STF eximiu a Resolução nº 21.002 do TSE da observância da anualidade eleitoral, mas não a EC n. 52/2006.

Entretanto, a solução carece de lógica,⁶⁵² não apenas pela exegese do Congresso Nacional estar muito mais próxima do texto legal - e, assim, “menos” inovar a ordem jurídica e “mais” prestigiar a segurança jurídica -, mas também pelo fato de ela ter sido veiculada por emenda constitucional, processo deliberativo que, sujeito à supermaioria de três quintos do Congresso Nacional e a dois turnos de votação, só se coloca “abaixo” do poder constituinte originário.

⁶⁵⁰ De pronto, a aplicação do fim da verticalização às eleições de 2002 foi, corretamente, rechaçada pelo STF, já que tal eleição ocorrera quase quatro anos antes da aprovação da respectiva emenda constitucional.

⁶⁵¹ STF, ADI 2628/DF, DJ 05.03.2004.

⁶⁵² Também não faz sentido o argumento do caráter infralegal da resolução do TSE, pois, como visto, a sua “interpretação” mais se distanciava do texto da lei eleitoral do que a “exegese” feita pela EC n. 52/2006.

A origem da confusão se encontra ligada à dicotomia entre interpretação do direito pelo Judiciário e criação do direito pelo Legislativo, presente nas informações prestadas pelo TSE e no voto vencedor da Min. Ellen Gracie na ADI 2628/DF.⁶⁵³ A lógica é a seguinte: como o Judiciário apenas desvenda o sentido de norma pré-existente, não há necessidade de observar a anualidade tributária, já que não inova a ordem jurídica; ao contrário do legislador que, por criar direito novo, se sujeitaria a ela. Todavia, desde Kelsen se sabe que todo ato jurídico (emenda constitucional, lei, decisão judicial etc.) é concomitantemente um ato de aplicação e de criação de direito, variando, nesse particular, apenas em grau. A par disso, na hipótese vertente esta dicotomia se afigurava especialmente inadequada, pois era precisamente a “interpretação” dada pelo Judiciário que mais se distanciava do texto legal quando comparada à “interpretação” dada pelo legislador, apresentando a primeira, portanto, mais intenso caráter criativo.

Tal linha de argumentação somente pode ser justificada por uma mítica associação entre decisão judicial e sentido da norma, que considera que as decisões do STF, quaisquer que sejam os seus conteúdos, consistem em meras revelações da vontade do constituinte originário, visto que a Constituição lhe incumbiu a sua guarda. Exemplo dessa linha de pensamento é a afirmação de que lei que afronta o decidido pelo Supremo Tribunal Federal afronta, necessariamente, a Constituição.⁶⁵⁴ Tal assertiva, além de irrealista, torna a interpretação do direito um domínio exclusivo do Judiciário, e, portanto, infenso aos demais poderes.

Outra hipótese em que o STF adotou esta perspectiva juriscêntrica acerca da interpretação da Constituição foi o caso “Battisti.” Iremos nos ater à discussão afeta à autoridade competente para decidir sobre a permanência de estrangeiro no Brasil quando há solicitação de extradição; assim, serão abstraídos os diversos outros argumentos jurídicos deduzidos pela defesa e pelo governo da Itália, e, sobretudo, os fatores extrajurídicos que circundaram o julgamento.

⁶⁵³ Veja-se elucidativo trecho da sua ementa: “Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. (...) Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria”.

⁶⁵⁴ Veja-se, a propósito, o voto do Min. Carlos Velloso na ADI n. 2860, citada na seção 1.2.1

Pois bem. A questão dos efeitos da concessão pelo Poder Executivo da condição de refugiado a estrangeiro que é, simultaneamente, demandado pelo seu Estado de origem em processo de extradição perante o STF surgiu no julgamento da Extradição n. 1008, em cujo âmbito o governo da República da Colômbia solicitara a extradição de sacerdote pelo seu suposto envolvimento em delitos de homicídio, sequestro, terrorismo e rebelião, praticados pelas FARC.⁶⁵⁵

O art. 33 da Lei n. 9.474/1997 é cristalino ao dispor que “*o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio*”. Porém, o Min. Gilmar Mendes considerou que tal dispositivo deveria se submeter a uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de adequar a sua literalidade à atribuição de competência ao STF para decidir sobre o pedido de extradição (art. 102, I, “g”, da CF/88), em cujo juízo a natureza política do crime imputado ao extraditando é condição obstativa (art. 5, LII, da CF/88).

Daí extraiu que a “*última palavra compete à Corte Constitucional quanto à configuração, ou não, da natureza política de delito imputado a extraditando*”. O voto do Relator seguiu o parecer proferido pelo então Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro na Extradição n. 785, no sentido de que “*a norma legal condiciona o prosseguimento de processo no Supremo Tribunal Federal à decisão de caráter administrativo e político do Poder Executivo, o que afronta o princípio constitucional da separação dos poderes (...)*”.⁶⁵⁶

Ocorre que os demais Ministros não seguiram o Relator, mas a divergência aberta pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Com bem salientou o Min. Pertence, “*o deferimento do refúgio é questão de competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do País.*” Além disso, não há conflito entre os institutos do refúgio político (ou do asilo) e da extradição, e conseqüentemente entre as competências do Presidente da República e do STF, pois a concessão de refúgio torna o estrangeiro imune à extradição, zelando pelo respeito aos seus direitos – *leitmotiv* da competência atribuída ao STF.

⁶⁵⁵ Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia. V. STF, Ext 1.008/República da Colômbia, DJ 17.08.2007.

⁶⁵⁶ Embora na Extradição n. 785 se discutisse a validade do art. 34, da Lei n. 9474/1997, a mesma lógica se aplica ao seu art. 33, pois aquele é um *minus* em relação a este; explica-se: enquanto o art. 34 determina a suspensão do processo quando o refúgio for solicitado, o art. 33 determina que, se ele for deferido, perde o objeto o processo extraditacional.

Assim, o Relator sequer indagou se se tratava, ou não, de crime político, pois tal aferição envolveria uma “*decisão de competência governamental*”. Daí se vê que a Corte, em exercício de *judicial self-restraint*, absteve-se de rever a decisão tomada no seio do Executivo a propósito da existência de “fundado temor de perseguição política” - fundamento do refúgio -, forte no argumento institucional de que a competência para tomar decisões pertinentes às relações do Brasil com outros países, notadamente o refúgio político, é do Executivo e não do Judiciário.

Todavia, no caso Battisti se formou maioria em sentido contrário, na medida em que, por cinco votos a quatro, o STF acolheu a proposição do Relator, Min. Cezar Peluso, que entendeu por autorizar a extradição, com base na tese de que a concessão de refúgio político não implicaria a prejudicialidade do processo de extradição, conforme preconizado pelo art. 33 da Lei n. 9.474/1997.⁶⁵⁷ Isto porque, ao contrário do afirmado no precedente citado, a decisão pela concessão de refúgio não consistiria em ato político insuscetível de revisão judicial, mas em “*ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe imporia como condição necessária de validade*”.

Tratar-se-ia de uma “causa extrínseca” à extradição, visto que sujeita ao juízo do Poder Executivo. Contudo, tal aferição envolveria uma atividade vinculada, e não discricionária, sob pena de aquela decisão não prestar “reverência à ordem jurídica”. Assim, o juízo político-administrativo de adequação do caso às hipóteses autorizadoras do refúgio - sobretudo o “fundado temor de perseguição política”,⁶⁵⁸ fundamento normativo básico da decisão do Ministro da Justiça pela concessão do refúgio - se sujeitaria à plena revisão judicial, em sede de questão preliminar ao julgamento do “mérito” do pedido extradicional.

Nesta esteira, a composição majoritária do STF invalidou a decisão administrativa por não vislumbrar risco de perseguição política que justificasse o refúgio concedido. E, superada a questão preliminar, entendeu o STF que a aferição do caráter político do crime - “causa intrínseca” ao julgamento da extradição - competiria

⁶⁵⁷ Veja-se elucidativa passagem do voto do Min. Cezar Peluso na Extradição n. 1.008: “**Não vejo nenhum motivo de reconhecimento de inconstitucionalidade ao disposto no art. 33 desta lei.** Absolutamente, não está em jogo, a meu ver e com o devido respeito, o princípio da separação dos poderes. Assim como nos outros casos em que a lei disciplina hipóteses nas quais a competência do Supremo está adstrita à observância de certos requisitos legais, não há aqui interferência nenhuma. **E cada Poder age dentro de sua esfera de competência.** É o caso que a lei disciplina como de inadmissibilidade de extradição.” (grifei)

⁶⁵⁸ Art. 1, I, da Lei n. 9.474/97.

exclusivamente ao STF, “*sendo insuscetível de consideração pela autoridade administrativa*”, afirmando, em seguida, que os crimes em tela eram comuns.⁶⁵⁹

Todavia, o Relator restou vencido na parte em que considerava que a decisão do STF favorável à extradição vincularia o Presidente da República, obrigando-o a efetuar a extradição, visto que, neste ponto, o Min. Carlos Britto se alinhou àqueles que foram vencidos na questão anteriormente citada. Portanto, embora a composição majoritária da Corte tenha se julgado competente para apreciar a validade do ato do Poder Executivo de conceder o refúgio e, inclusive, para reconhecer a “*ilegalidade e ineficácia do ato*”, ela entendeu que caberia ao Presidente da República a palavra final sobre a efetivação, ou não, da extradição.

A complexidade da questão decorre, inicialmente, da existência de um conflito aparente entre normas constitucionais: de um lado, a Constituição de 1988 confere ao STF competência para julgar pedidos de extradição (art. 102, I, “g”), e, por outro, atribui ao Presidente da República a representação do Brasil em suas relações internacionais (art. 84, VII) – em cujo âmbito se insere a decisão pela concessão de asilo e refúgio político. Ademais, respectivamente as condições obstativa da extradição (crime político) e autorizativa do refúgio (fundado temor de perseguição política), muitas vezes – como no caso Battisti – se encontram indissociavelmente associadas, e não consistem em fatos objetivos, de maneira que pode haver dúvida razoável entre as autoridades administrativas e judiciais acerca da presença dos mencionados requisitos. Havendo tal conflito de opiniões surge inexoravelmente a pergunta: a quem cabe a palavra final?

Parece-nos que doutrina e jurisprudência⁶⁶⁰ majoritárias - além do próprio direito positivo - já traziam a resposta adequada para a questão. A propósito, conforme destaca José Afonso da Silva em parecer acostado ao processo, “*a extradição, em si, é ato administrativo, sujeito ao controle prévio de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal*”. Portanto, quem a concede é o Presidente da República, no exercício da sua

⁶⁵⁹ Acompanham o Relator os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, e divergiram, reconhecendo a higidez do ato de concessão de refúgio e a consequente perda do objeto do processo extradicional, os Ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia, Eros Grau e Marco Aurélio.

⁶⁶⁰ Como assinalado por Luís Roberto Barroso, advogado de Battisti, “para extraditar Cesare Battisti, o STF precisa modificar, de maneira profunda, três linhas jurisprudenciais antigas, consolidadas e corretas, passando a afirmar: a) refúgio não extingue automaticamente a extradição; b) não constitui ato de natureza política; e c) atos relativos às relações internacionais do país não são competência privativa do Executivo.” Ver em “Reflexões de Luís Roberto Barroso sobre o caso Cesare Battisti”, obtido em <http://www.migalhas.com.br/>, acesso em 29.01.2010.

competência para representar o Brasil em suas relações internacionais. A competência do STF se restringe à aferição prévia da inexistência de óbices jurídicos à extradição.

Assim, *somente é vinculante ao Presidente da República a decisão do STF que não autoriza a extradição*, em virtude, p. ex., do caráter político do crime. Neste caso, o Chefe de Estado deve se curvar à decisão do STF, *pois a atribuição que foi conferida ao Supremo no art. 102, I, “g”, da CF/88 se destina a proteger o extraditando*, como se infere das condições obstativas arroladas no art. 77 do Estatuto do Estrangeiro.⁶⁶¹ Portanto, compete ao STF a atuação contramajoritária de condicionar o juízo do Chefe de Estado - que pela própria natureza majoritária do cargo, tende a guiar-se por razões políticas, econômicas, estratégicas etc, - à *“prevalência dos direitos humanos”* e à *“concessão de asilo político”*, pois, em que pese à Constituição lhe deferir autoridade para representar o Brasil em suas relações internacionais, tal competência evidentemente deve se guiar pelos princípios que regem tais relações (arrolados no art. 4 da CF/88, dentre os quais se acham os anteriormente citados, nos incisos II e X).

Todavia, *na hipótese em que “autoriza” a extradição*, pode-se afirmar que, à luz da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais mencionados, *o STF se limita a informar ao Presidente da República que não há obstáculos de ordem jurídica à extradição, cabendo a ele decidir, em juízo político calcado na sua competência para representar o Brasil em suas relações internacionais, sobre a entrega, ou não, do estrangeiro à justiça do seu país de origem*. É dizer: inexistindo risco de extradição por crime político ou por motivo vedado pelo art. 77 do Estatuto dos Estrangeiros, cabe ao Presidente exercer o seu juízo político livre de constrangimentos jurídicos. Assim se dirime o conflito aparente entre as normas inscritas nos arts. 102, I, “g” e 84 VII da CF/88: ao STF compete um juízo jurídico (ou “contramajoritário”) que zele pelos direitos humanos do extraditando, enquanto ao Presidente cabe um juízo político (ou

⁶⁶¹ Art. 77. Não se concederá a extradição quando: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
- IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
- V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político; e
- VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

“majoritário”) acerca da pertinência da extradição, à vista das relações internacionais travadas pelo Brasil.

Neste viés, *revela-se em perfeita sintonia com a Constituição o art. 33 da Lei dos Refugiados*: se o Executivo concedeu o refúgio por considerar presente o “fundado temor de perseguição política”, na hipótese o Presidente da República não se guiou no plano das relações internacionais pela sua “tendência natural” de perseguir interesses políticos, econômicos, estratégicos, às pressões do Estado-Requerente etc, mas pelo dever de pautar-se pelo compromisso com os direitos humanos e com a concessão de asilo político, tal qual estabelecido no art. 4, II e X, da CF/88, aspectos que devem ser monitorados pelo Judiciário. Assim, tendo em vista que a “*judicialização do pedido extradicional se faz em prol do extraditando*”, na hipótese nada mais há a ser decidido pelo STF, a menos que se lhe reserve um “*papel de proeminência nas relações internacionais*”,⁶⁶² em contrariedade à competência do Presidente da República nessa matéria.

Portanto, com todas as vênias devidas àqueles que defendem a vinculação do Presidente da República à decisão do STF que entendeu ausentes os pressupostos para a extradição, tal entendimento revela uma curiosa troca de papéis entre o Presidente da República e o STF: o primeiro exerceu o juízo jurídico de proteger o extraditando contra as pressões políticas do Estado-Requerente, atuando “*contramajoritariamente*” como um Tribunal, enquanto o STF se investiu na função de Chefe de Estado para dar a última palavra em assunto afeto às relações internacionais do país.

Note-se que o principal argumento para a tentativa de legitimação dessa clara inversão de competências foi uma visão juriscêntrica acerca da interpretação constitucional, segundo a qual a atribuição conferida ao STF para atuar como Guardião da Constituição lhe garantiria a última palavra sobre o seu adequado sentido, independentemente do quão distante é a sua exegese do sentido literal da Constituição, de a competência para decidir sobre a matéria ter sido conferida pela Constituição a outro Poder, e da razoabilidade da interpretação levada a cabo pela autoridade competente.

⁶⁶² Confira-se expressiva passagem do voto curto, porém cirurgicamente preciso, do Min. Joaquim Barbosa na Extradicação 1.008: “a judicialização do processo de extradição se faz em prol do extraditando. Ela é concebida como um instrumento de proteção do extraditando. No momento em que o Poder Executivo o considera – ele é refugiado político – inextraditável, não vejo qual papel resta ao Supremo Tribunal Federal.”

Na linha do que restara decidido no caso do “foro por prerrogativa de função dos ex-detentores de cargos públicos”⁶⁶³ a supremacia judicial seria um corolário natural do constitucionalismo e da *judicial review*, prevalecendo necessariamente a interpretação judicial da Constituição em face da lavrada pelos outros poderes, apenas por ter origem no Judiciário, e, portanto, independentemente do seu conteúdo. Em que pese aos inegáveis avanços que proporcionou ao direito brasileiro, tal linha de argumentação se alimenta da tese, afirmada pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade, de que a Constituição é norma jurídica, de modo que a sua interpretação seria o domínio próprio de atuação do Judiciário, e não dos demais poderes.

Todavia, no caso Battisti, curiosamente o constitucionalismo e a *judicial review* não foram usados para a sua função típica, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo contra o arbítrio do Estado, mas para invalidar as decisões do Executivo que serviam a tais propósitos. Neste ponto, é interessante notar a assertiva de que a competência do Executivo para aferir a presença de “fundado temor de perseguição política” encerraria atividade vinculada; além de tal atribuição ser, via de regra, tratada no direito comparado e na própria jurisprudência pretérita do STF como um juízo político (ao menos em seu “mérito”), insuscetível de revisão judicial,⁶⁶⁴ parece claro que a concretização do requisito do “*fundado temor de perseguição política*” comporta mais de uma intelecção razoável.

Assim, se a competência para aferir a presença desse requisito é do Executivo, para fins de concessão de refúgio político, e se a decisão por ele tomada foi razoável, bem fundamentada e apta à proteção do extraditando - como se deu no caso Battisti -,⁶⁶⁵

⁶⁶³ Ver item 1.2.1

⁶⁶⁴ Ver o citado voto do Min. Sepúlveda Pertence na Extradicação n. 1.008. Note-se também que o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, citado no voto do Relator, veio a público esclarecer que considerava que a hipótese envolvia atividade discricionária. Ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Parecer sobre o caso de “Cesare Battisti”**. Obtido em <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/cesarebattisti/>, acesso em 01.02.2010.

⁶⁶⁵ Assinala Luís Roberto Barroso a propósito dos fundamentos do refúgio que “a decisão do Ministro da Justiça se baseou em um conjunto de fatos que são notórios e foram adequadamente narrados na sua fundamentação. A Itália de fato viveu um período de convulsão política conhecido como “anos de chumbo”. Esse período foi marcado por violência, radicalização e pela aprovação de legislação de exceção. Inúmeros relatórios dos organismos internacionais de direitos humanos registraram fatos graves no período, associados à conduta do Estado italiano. Cesare Battisti foi condenado em julgamento coletivo por tribunal do júri, à revelia. Sua extradicação só foi concedida pela França, depois de 14 anos, quando o ambiente político havia se modificado na Itália e na França. Era plausível o temor de perseguição política. Alguém pode até discordar da avaliação política do Ministro. Mas a decisão foi bem fundamentada, tendo sido manifestada em linguagem polida e diplomática. Ver em “Reflexões de Luís Roberto Barroso sobre o caso Cesare Battisti”, obtido em <http://www.migalhas.com.br/>, acesso em 29.01.2010.

parece descabida a intervenção do Judiciário. Também é curioso notar que, enquanto a composição minoritária do STF propôs intenso controle desse juízo formado no Executivo, eximiu a sua decisão de qualquer aferição pelo Presidente, obrigando-o a efetuar a extradição. Estes fatores revelam, *concessa venia*, que tal posição consiste em incursão ilegítima do Judiciário na esfera de competências do Poder Executivo, que não se justifica pelos propósitos do constitucionalismo e da separação dos poderes.

4.4 Conclusão: a caminho da supremacia judicial?

O cotejo dos itens 4.1 e 4.2 revela que, enquanto não há que se falar em supremacia judicial no Brasil até 1988, após o advento da nova Constituição se fizeram presentes as bases políticas e institucionais propícias à expansão do Poder Judiciário. O resultado da sinergia entre esses fatores foi a judicialização de um sem-número de matérias relevantes sob os prismas político, moral, econômico, antropológico, biológico etc.

Cite-se o controle judicial do processo de *impeachment* contra o Presidente da República, da mudança de partido por parlamentar, da compatibilidade entre as coligações partidárias, de restrições legais ao funcionamento parlamentar, das mais importantes emendas constitucionais (reeleição, quebra de monopólios da União na exploração de jazidas minerais e de petróleo, Reformas Administrativa, Previdenciária e do Judiciário), de problemas de justiça transicional (constitucionalidade da demarcação de reservas indígenas, de cotas raciais em universidades públicas e da anistia a crimes ocorridos na ditadura militar), de questões éticas complexas, como a pesquisa com células-tronco embrionárias e o aborto de fetos anencéfalos etc.

Anteriormente à Constituição de 1988, a prevalência de um modelo positivista de jurisdição constitucional fazia com que tais questões, na hipótese excepcional de chegarem às Cortes, fossem sumariamente excluídas da apreciação judicial por argumentos ligados à separação entre os poderes, em razão da ausência de uma pré-definição explícita na Constituição (em regras constitucionais) Todavia, o constitucionalismo brasileiro da efetividade logrou incutir na comunidade jurídica a noção de que a Constituição - inclusive o seu conteúdo indeterminado - é norma jurídica, passível de aplicação judicial. Posteriormente, o neoconstitucionalismo,

especialmente a vertente da Teoria dos Princípios e a sua ferramenta principal (princípio da proporcionalidade), forneceu o instrumental teórico para que o Judiciário aplicasse as normas constitucionais indeterminadas - princípios - aos casos sob o seu crivo.

Assim, percebe-se atualmente na jurisprudência do STF um significativo distanciamento do dogma do “legislador negativo”, aproximando-se de doutrinas neoconstitucionalistas, em virtude da admissão da aplicação direta de princípios constitucionais, e do uso de argumentos não estritamente jurídicos e de métodos de raciocínio mais fluidos.

Quanto ao primeiro aspecto, nota-se o STF cada vez mais confortável para aplicar, de forma ativista, princípios constitucionais, sobretudo na (i) imposição de cláusulas de restrição ou de ampliação não previstas pela literalidade de leis mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; (ii) na atribuição de efeitos constitutivos às decisões no mandado de injunção, suprindo omissões legislativas com base na analogia; na revisão de valorações (iii) do legislador ordinário (iv) ou mesmo do constituinte; e na (v) imposição de custosos deveres concretos de agir ao poder público. Especialmente nos três últimos casos há maior dose de ativismo judicial, pois o Judiciário não se atém às valorações feitas previamente pelo Legislativo, mas antes, a partir da sua própria visão sobre a melhor forma de concretizar princípios constitucionais abertos e controvertidos, revê a valoração legislativa ou impõe regras gerais na ausência de manifestação do legislador (desenvolvimento judicial do direito superador da lei).

Quanto ao segundo aspecto, também são encontradas mudanças significativas na fundamentação das decisões do STF. De fato, há atualmente não apenas uma maior abertura ao emprego em sede judicial de argumentos ligados às mais diversas disciplinas do conhecimento humano, como o STF tem cada vez mais fundado as suas decisões em teorizações amplas e profundas. Com efeito, é cada vez mais frequente no STF a adoção de teses jurídicas abrangentes - vez que incidem não apenas ao caso concreto, mas sobre um amplo leque de hipóteses que guardam alguma similaridade entre si -, e profundas - já que enfatizam complexas teorias que se embasam em princípios de alta densidade moral em detrimento de regras jurídicas pré-existentes.

Daí se vê a alteração de um modelo de decisão voltado essencialmente para o passado, isto é, para a resolução do caso concreto, para um modelo em que avulta a importância da dimensão prescritiva da decisão, ou seja, da aplicação da tese que se

extraí do acórdão a hipóteses futuras, vinculando os demais poderes do Estado no exercício subsequente das suas atribuições. Note-se ainda que se o antigo modelo de decisão do STF se caracterizava pela alta dose de autorrestrrição, atualmente se percebe o STF cada vez mais confortável para rever a valoração legal a partir do sentido ótimo que atribui aos princípios constitucionais, tornando mais intensa a dimensão criativa inerente ao controle de constitucionalidade.

Apesar da radical alteração entre os modelos antigo e atual de decisão, o STF continua a fundamentar a legitimidade da sua atuação em uma mítica associação entre o teor das suas decisões e o sentido da Constituição, como se a circunstância de a Constituição lhe conferir a sua guarda garantisse, de antemão, que as suas decisões devessem ser compreendidas como meras revelações da vontade do poder constituinte originário. Se mesmo em um período de *judicial self-restraint* tal legitimação *ex ante* é insatisfatória, já que compete à Corte o ônus de fundamentar a razão pela qual determinada decisão confere o sentido adequado à norma constitucional interpretada, que dirá em um período que atua, em diversas oportunidades, como legislador positivo com base em uma interpretação ativista de princípios constitucionais.

Na verdade, nesta quadra de reduzido apego ao texto normativo, a vinculação pura e simples das decisões judiciais à vontade constituinte em nada contribui para o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, antes convola a interpretação da Constituição em um domínio exclusivo do Judiciário, infenso aos demais poderes e mesmo à crítica social, em perspectiva que se chamou de “juriscêntrica”. Esquece-se, portanto, que a outra face da independência judicial é a vinculação da decisão de um magistrado à ordem jurídica, e, por conseguinte, à vontade do povo.

A propósito, é curioso notar que houve uma adesão parcial ao neoconstitucionalismo, visto que a jurisprudência do STF, assim como boa parte da doutrina nacional,⁶⁶⁶ incorporou entusiasticamente as suas teses judicialistas - v.g. os princípios constitucionais são normas jurídicas passíveis de aplicação judicial em face das deliberações dos demais poderes, possibilidade de o Judiciário empregar a proporcionalidade, de proceder a uma leitura moral da Constituição e de interpretá-la sob a melhor luz etc. -, não tendo, porém, demonstrado igual receptividade em relação às restrições impostas pelos próceres da Teoria dos Princípios.

⁶⁶⁶ Ver o item 4.2.3.

Com efeito, não se vê na doutrina constitucional brasileira sensível preocupação com as discricionariedades estrutural e epistêmica do legislador (Robert Alexy), nem esforços do STF em construir uma consistente doutrina de precedentes, como demanda a noção de direito como integridade (Ronald Dworkin). Quanto a esse último aspecto, chama atenção que, apesar de o STF ter se afastado de um modelo de decisão caracterizado pela autorrestrrição judicial e pelos efeitos *inter partes* para um modelo ativista e dotado de efeitos gerais, tenha continuado a decidir de forma casuística, sem construir uma consistente doutrina de vinculação aos precedentes.

Essas características da jurisprudência contemporânea do STF não levariam a regime de supremacia judicial se as suas decisões pudessem ser revertidas por lei ordinária, e se só vinculassem as partes do processo e, ainda assim, naquilo que restara decidido no dispositivo da decisão. Todavia, se constatou no exame da ADI n. 2860 (seção 1.2.1) que o STF afirmou a tese de que regra construída pela Corte, a partir da interpretação de um princípio constitucional, só pode ser revertida pelo Congresso Nacional através de emenda constitucional (supremacia judicial em sentido estrito). Na prática, tal concepção confere envergadura constitucional a tal “regra pretoriana”, visto que somente o processo de reforma constitucional é passível de alterá-la.

Por outro lado, se antes de 1988 os efeitos das decisões de inconstitucionalidade do STF eram, no essencial, *inter partes*, atualmente o cenário se alterou de forma drástica, especialmente com a ampliação do emprego das ações de controle abstrato de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, cujas decisões produzem efeitos *erga omnes* e vinculantes.⁶⁶⁷ Tais efeitos permitem, em tese, que o STF fixe o sentido de norma constitucional controvertida de forma coercitiva para todos os seus destinatários e para órgãos judiciais e administrativos responsáveis pela sua aplicação.

Neste ponto, convém relembrar a tese da “*eficácia transcendente dos motivos determinantes*”, que, como visto, consiste na atribuição de efeitos gerais e vinculantes não apenas ao dispositivo do julgado, mas também à tese jurídica principal construída pelo STF. Caso o STF se mantivesse fiel à concepção tradicional de que somente o dispositivo da decisão “vincula”, a sua propensão ao uso de razões amplas e profundas na fundamentação das suas decisões resultaria em pouco mais do que pretensões

⁶⁶⁷ Também contribuíram para tal mudança as recentes alterações no controle incidental - v.g. aumento das competências monocráticas do relator com base na jurisprudência dominante do seu Tribunal ou do STF e repercussão geral - que dotaram as respectivas decisões de repercussão mais ampla do que os efeitos exclusivamente *inter partes*.

doutrinárias dos Ministros, ao invés de uma efetiva vinculação da atuação futura dos demais poderes.

Todavia, a partir do momento em que se combinam (i) a aplicação dos efeitos gerais à tese jurídica principal que se extrai da decisão judicial, e (ii) a tendência do STF de fundamentar as suas decisões com argumentos não jurídicos, amplos, profundos e que buscam realizar o sentido ótimo de princípios constitucionais, a situação muda de figura. Com efeito, desta associação resulta que as teorizações do STF acerca de questões técnicas, políticas e morais altamente controversas (profundidade), que, para além de resolverem o caso em exame, se dirigem a diversos casos similares (amplitude), deverão necessariamente ser seguidas pelos demais poderes no exercício futuro das suas atribuições, somente podendo ser revertidas por emendas constitucionais.

Em síntese, em um cenário em que grande parte das questões políticas relevantes é judicializada, a partir do fato de as decisões do STF apresentarem pequena aderência aos textos normativos, utilizarem-se cada vez mais de fundamentações maximalistas e vinculantes, e só serem reversíveis por emenda constitucional - mesmo assim, quando não violarem cláusula pétrea, a partir da perspectiva do STF -, pode-se dizer que há no Brasil uma *potencial* supremacia do Judiciário - e, em particular, do STF - em relação aos demais poderes (supremacia judicial em sentido amplo). Neste quadro, o STF dominaria o sentido indeterminado da Constituição, substituindo-se às instituições que historicamente exerceram esta função (Igreja, Monarca, Presidente e Parlamento).

Com efeito, à vista do amplo leque de regras pretorianas excluir do tráfego jurídico sentidos distintos atribuídos por outros poderes ao princípio constitucional interpretado (segundo a lógica da supremacia judicial), o bloco de constitucionalidade no Brasil seria muito abrangente - quiçá ubíquo -, e o STF assumiria uma posição de primazia na definição da sua “interpretação correta” não apenas no caso concreto, mas também no futuro. Diante do potencial advento da supremacia judicial no Brasil, convém tratar das críticas que vêm lhe sendo opostas, para que, em seguida, seja aprofundada a análise da efetiva dimensão e dos verdadeiros riscos do fenômeno no Brasil. Esse é, precisamente, o propósito da segunda parte da tese.

5 - CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL

Qualquer pessoa que tenha uma autoridade absoluta para interpretar uma lei escrita ou falada é o verdadeiro legislador para todos os seus propósitos, e não aquela que a escreveu ou a ditou (Bispo Benjamin Hoadly em Sermão perante o Rei George I)

A Constituição é um instrumento leigo de governo, não um contrato elaborado por advogados (Franklin Delano Roosevelt)

5.1 As críticas de caráter institucional

5.1.1 As premissas: capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos

Em influente artigo, Cass Sunstein e Adrian Vermeule assentaram as bases para uma “virada institucional” na interpretação do direito.⁶⁶⁸ A premissa fundamental é a de que as tradicionais teorias de hermenêutica jurídica reivindicam a adoção de posturas interpretativas a partir de conceitos abstratos, como, por exemplo, a proteção das condições da democracia (teorias procedimentalistas, como a de John Hart Ely) ou dos pressupostos ao tratamento dos indivíduos com “igual respeito e consideração” (como a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin).

O fundamento básico para tal patologia, segundo Sunstein e Vermeule, decorre do fato de os teóricos do direito - os quais, em regra, apresentam profundos conhecimentos sobre as matérias de sua predileção e reduzidas limitações de tempo - formularem a pergunta errada: “como eu decidiria tal questão, se fosse juiz?”; ou, em outras palavras, como um juiz perfeito, com todo o tempo e conhecimento possíveis - como o juiz Hércules, de Dworkin -, decidiria questão altamente complexa e controvertida?

Tais perspectivas descuram de dois aspectos fundamentais para a eleição de um determinado método interpretativo. O primeiro consiste nas capacidades das instituições efetivamente existentes e dos agentes públicos de “carne e osso” (*capacidades institucionais*), circunstância que implica a reformulação da questão acima referida, a saber: “*como instituições determinadas, com distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos dispositivos legais?*” Não apenas os intérpretes da Constituição têm virtudes e deficiências específicas em razão de limitações de conhecimento, informação e tempo, como eles operam no interior de instituições determinadas, que também possuem os seus pontos positivos e negativos, além de atuarem segundo procedimentos pré-estabelecidos que lhes impõem “limitações importantes”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 04. 2003, p. 885/951.

⁶⁶⁹ SARMENTO, Daniel. “Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 317. Sobre o tema das capacidades institucionais no âmbito de direito constitucional brasileiro, ver também o artigo de Gustavo Binenbojm e André Cyrino: “Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel;

O segundo aspecto se refere aos *efeitos sistêmicos* de determinada linha interpretativa, ou seja, “*as suas consequências para atores públicos e privados variados*”.⁶⁷⁰ A prolação de decisão ampla e profunda - vale dizer, que não se limite a decidir o caso concreto, antes abordando um sem-número de situações, e que se utilize de densas teorizações ao invés de regras claras e pré-existentes -, sobretudo se dotada de efeitos *erga omnes*, apresenta a tendência de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas. Com efeito, situações podem ser inadvertidamente atingidas pela decisão maximalista (casos de sobreinclusão), contrariando a sua própria teleologia.

5.1.2 Casos altamente complexos e o minimalismo judicial

Sunstein e Vermeule destacam que, em matérias onde grasse forte complexidade (v.g. moral, científica etc.) a Corte pode se deparar com falta de *informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável e irremediável*, fatores que aumentam bastante os *custos de decisão e de erro*, e, assim, recomendam *postura cautelosa e humilde*.⁶⁷¹

Por exemplo, diante de questões ligadas a bioética, parece recomendável ao juiz que reconheça que a sua formação jurídica e natureza do processo judicial não lhe proveem as *informações* adequadas para construir regras amplas e profundas destinadas a deixar tudo decidido a respeito dos diversos e complexos aspectos constitucionais suscitados pela evolução da genética. Além disso, a celeridade da evolução tecnológica sugere um modelo de decisão experimental, em que o tomador de decisão constrói progressivamente as soluções, a fim de beneficiar-se das novas descobertas científicas e de evitar que as *circunstâncias mutáveis* subjacentes à questão conduzam a consequências não antecipadas pela decisão original.

Assim, uma eventual postura maximalista diante de questões altamente complexas aumentaria a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada

BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 739/761.

⁶⁷⁰ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “**Interpretation and Institutions**”, Op. cit., p. 886.

⁶⁷¹ SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 46/61.

pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controvertida fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias produz tendencial *polarização* no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.⁶⁷²

Por outro lado, o *desacordo moral razoável* é uma das características mais marcantes das sociedades pluralistas contemporâneas. Duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhecimento de cosmovisões diferentes com a estabilidade social (e a conseqüente necessidade de obter-se um consenso moral mínimo): os *compromissos dilatatórios* e os *acordos incompletamente teorizados*.⁶⁷³ Os primeiros, tipicamente adotados nas Constituições nacionais, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas (i.e. acordo quanto à liberdade de expressão, ainda que haja desacordos profundos quanto à regulação da mídia). Já os segundos consistem no oposto: acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais (i.e. acordo quanto à segregação da mulher no mercado de trabalho violar a igualdade, embora não se partilhe da mesma concepção de igualdade, do mesmo método de interpretação constitucional etc.).

Sunstein considera que os acordos incompletamente teorizados prestigiam o ideal de reciprocidade e de mútuo respeito tão caros às democracias constitucionais contemporâneas, pois permitem o acordo quando ele é necessário, e o tornam desnecessário quando ele é impossível.⁶⁷⁴ Explica-se: ao não se recorrer a uma determinada concepção de princípio constitucional aberto e controvertido, mas a razões mais estreitas e rasas que são amplamente compartilhadas na sociedade, logra-se obter consenso sobre a resposta para problema concreto de forma respeitosa a diversas

⁶⁷² SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Ment Before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

⁶⁷³ Sunstein, Cass R., **Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law.**; University of Chicago, Public Law Working Paper No. 147. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=957369>. Acesso 20.08.2010. Embora Sunstein denomine ambas as hipóteses de “acordos incompletamente teorizados”, preferiu-se reservar tal denominação à segunda, pois a primeira foi designada por Carl Schmitt como “compromisso dilatatório”, terminologia que se difundiu no direito constitucional. V. SCHMITT, **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

⁶⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 14.

concepções sobre o princípio constitucional em questão. Caso se optasse por fundamentar a decisão com base em uma determinada leitura de princípio controvertido, seria suscitado um desacordo desnecessário, pois os que não partilham daquela concepção não se reconheceriam na decisão.

A frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a “correta interpretação” (*first-best theories*) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da conseqüente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará *uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão sobre como decidir)*, via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir teorias que abranjam uma grande variedade de casos.⁶⁷⁵

Saliente-se que Sunstein não considera o minimalismo um método aplicável a interpretação constitucional em quaisquer circunstâncias. Ao contrário, reconhece que, presentes circunstâncias favoráveis (confiança dos juízes no acerto da decisão, proteção das condições da democracia, e redução do custo de decisão em hipóteses futuras – especialmente em áreas em que haja demanda especial por segurança jurídica), a opção por decisão maximalista é plenamente justificável.⁶⁷⁶ Embora considere haver uma presunção a favor do minimalismo, a sua defesa desse método é contextual: diante de questões complexas, sujeitas a circunstâncias mutáveis e a desacordo moral razoável, o minimalismo é preferível (i) por reduzir a possibilidade de erro e de conseqüências não antecipadas (afastando-se postura messiânica do Judiciário em prol de maior humildade e cautela), (ii) por seguir um modelo de decisão experimental e flexível, mais adequado a uma realidade sujeita permanentemente a mudanças, (iii) por conciliar estabilidade

⁶⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. R. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005

⁶⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. R. **Beyond Judicial Minimalism** (September 25, 2008). University of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1274200>; SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Op. Cit., p. 57.

social com respeito à visão do outro, na medida em que reluta a recorrer a princípios controvertidos.⁶⁷⁷

5.2 As críticas democráticas

5.2.1 O profundo desacordo moral quanto a questões de princípio e a supremacia parlamentar

Jeremy Waldron explorou, com profundidade, um aspecto fundamental à problematização da supremacia judicial: a importância do desacordo na interpretação e na aplicação de princípios constitucionais abertos.

Waldron se celebrou por formular objeção à concepção liberal de que as questões de direito (*principles*) deveriam ser colocadas à margem do poder de deliberação das maiorias, a qual, por sua vez, se restringiria a questões de política (*policies*).⁶⁷⁸ A seu ver, tal perspectiva relega a incidência do desacordo apenas à definição de objetivos e metas sociais (políticas públicas), pressupondo, por outro lado, a existência de uma resposta certa a respeito dos direitos individuais. Esta assertiva seria infactível em virtude das profundas divergências que distinguem as concepções libertárias, liberais e social-democratas – as quais enfatizam, respectivamente, as liberdades econômicas, as liberdades civis, e a justiça social –, se reproduzirem não apenas no âmbito da sociedade, como também da Suprema Corte.

Assim, se há desacordo entre duas ou mais pessoas a respeito do correto conteúdo e aplicação dos direitos individuais, as noções de igualdade e de autonomia moral do indivíduo exigem que as visões contrastantes tenham igual acesso e peso no processo político. Nota Waldron que tais noções justificam não apenas a igual participação dos indivíduos no processo político, como também os direitos individuais: se os direitos do homem foram concebidos como uma esfera de autonomia individual infensa a ingerências estatais, conferem ao seu titular o poder de fazer escolhas sobre matérias moralmente relevantes, responsabilizando-se pelas suas consequências.

Desta forma, o correto entendimento acerca da concepção moderna dos direitos individuais não residiria em considerar o indivíduo somente como destinatário de

⁶⁷⁷ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Op. Cit., p. 24/46.

⁶⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

proteção constitucional, fortuita vítima de um ato estatal arbitrário, mas como um juiz competente em matéria de direitos, é dizer, com a capacidade de definir concretamente o conteúdo dos seus direitos e dos seus concidadãos. Em conclusão, não há possibilidade de levar os direitos a sério caso haja a imposição de uma determinada concepção particular sobre o seu conteúdo, desconsiderando visões divergentes esposadas pelos demais membros da sociedade.⁶⁷⁹

A partir dessas premissas conclui Waldron que inexistente conexão necessária entre a adoção de uma teoria moral fundada em direitos individuais e a defesa da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade. Ao contrário, além de todos os processos decisórios, inclusive a revisão judicial, estarem sujeitos a resultados injustos, não se deve confundir *teorias da justiça* - dirigidas, v.g., ao estudo do conteúdo dos direitos fundamentais, das suas interconexões e relações de prioridade com outros valores política e moralmente relevantes -, e *teorias da autoridade*, relativas a processos decisórios destinados a institucionalizar o critério de eleição da teoria da justiça que irá prevalecer no contexto de uma determinada sociedade política.⁶⁸⁰ Assim, não havendo resposta certa sobre o conteúdo moral dos direitos individuais, resta perguntar qual seria o procedimento que mais potencializaria a busca de resultados justos em uma sociedade fundada na soberania popular.

A opção que ganhou uma série de adeptos no segundo pós-guerra foi o controle de constitucionalidade. Para Waldron, tal mecanismo padeceria de vício de ilegitimidade democrática. Com efeito, a positivação de direitos em Constituições rígidas implica a exigência de obtenção de supermaiorias para a alteração do seu delineamento original, do que decorre certa imunidade contra mudanças da cláusula entrincheirada na Constituição, inabilitando o Legislador a exercer a sua natural função de rever o direito positivo, o que, ademais, permitiria o “entrenchamento constitucional de privilégios”.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Op. Cit., p. 250/251.

⁶⁸⁰ Ibid., p. 212.

⁶⁸¹ A propósito, salienta Waldron que a positivação constitucional de direitos se consubstancia em atitude que combina autoconfiança e desconfiança: autoconfiança, no sentido de estar-se certo de que aquilo que foi retirado do processo deliberativo ordinário é, de fato, matéria de direito fundamental, assim como inexistirão controvérsias a respeito da sua interpretação e aplicação; desconfiança, pois está implícita na positivação constitucional a noção de que qualquer visão alternativa adotada pelo legislador em um ou dez anos será patentemente equivocada e desbaratada, de maneira que a perspectiva do seu autor deve ser imediatamente colocada acima do alcance da revisão legislativa. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Op. Cit., p. 222.

Conclui, então, o filósofo neozelandês que, não apenas inexistente vinculação necessária entre a defesa dos direitos fundamentais e a *judicial review*, como também que tal mecanismo de controle externo da atividade legislativa se revela incompatível com o ideal de autodeterminação coletiva do povo, assumindo índole inequivocamente antidemocrática. Isto porque, ainda que se admita que o povo logre obter consenso acerca da previsão constitucional de direitos fundamentais sob a forma de princípios morais abstratos, não se pode atribuir ao Judiciário, de forma democraticamente legítima, o poder de invalidar leis por sua contrariedade a tais princípios, pois a sua interpretação e aplicação estão sujeitas a desacordo ainda mais intenso (vide, p. ex., a interpretação do princípio da igualdade e as discussões acerca das políticas de ação afirmativa).

Assim, se todos os processos de escolhas sociais estão sujeitos a resultados injustos, deve-se escolher o democrático (leia-se: a regra de deliberação majoritária), pois este sistema, ao menos, garante que (i) o povo (*people at large*) se sujeite aos seus próprios erros, e não de terceiros, e que (ii) cada indivíduo tenha direito a igual participação no processo político. Por sua vez, diante da impossibilidade geográfica e demográfica de estabelecer uma democracia direta nos Estados contemporâneos, e, portanto, da necessidade de definir a instância que, embora não compreenda todo o povo, deva ser a responsável por dirimir as divergências que grassam na sociedade a respeito dos direitos, da justiça e do bem-estar, Waldron defende que tal função seja desempenhada pelo Parlamento, pois tem responsabilidade eleitoral e a pluralidade da sua composição reflete tais desacordos. Sugere a adoção, portanto, de uma supremacia parlamentar e de uma Constituição flexível, em que a justiça dos atos legislativos dependerá da virtude cívica dos cidadãos e dos seus representantes, somente admitindo mecanismos que não ostentem natureza contramajoritária.⁶⁸²⁻⁶⁸³

Em artigo recente sobre o tema, Waldron, embora mantenha o argumento a respeito do caráter antidemocrático da *judicial review*, esclarece que o seu alvo não são os modelos fracos de controle de constitucionalidade,⁶⁸⁴ mas os modelos fortes, nos

⁶⁸² Ibid., p. 305/306.

⁶⁸³ DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 183-187. À guisa de ilustração, Dahl arrola os seguintes mecanismos: o aumento ou a redução do corpo de indivíduos dotados de direitos políticos: (i) integração dos que estão alijados do processo democrático, ou (ii) concessão de autonomia ou mesmo de soberania a unidades territoriais cuja maioria da população seja integrante de uma minoria no âmbito nacional e o delineamento do processo legislativo de forma a favorecer a proteção de minorias (dois turnos de votação, bicameralismo, veto do Executivo, etc.).

⁶⁸⁴ Ver o item 7.2.4.

quais um Tribunal pode não apenas deixar de aplicar a lei a um caso concreto, mas invalidá-la (seja pela aplicação da doutrina do *stare decisis* como nos EUA, seja pela atribuição de efeitos gerais à decisão de inconstitucionalidade como em diversos países europeus), acabando por ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição (supremacia judicial).⁶⁸⁵

Assim, a sua objeção democrática ao controle de constitucionalidade passa a assumir um caráter condicional, na medida em que não se coloca se o regime analisado não possuir as características institucionais e políticas das modernas democracias constitucionais, a seguir arroladas: (i) instituições democráticas em bom funcionamento, (ii) instituições judiciais em bom funcionamento, que adjudiquem disputas individuais e zelem pelo Estado de Direito; (iii) existência de um efetivo compromisso da população e das autoridades públicas com o respeito ao direito das minorias, (iv) existência de um desacordo sobre a aplicação concreta dos direitos das minorias.⁶⁸⁶

Se um desses elementos não estiver presente, há uma “situação atípica e patológica”; todavia, daí não decorreria automaticamente a adoção da *judicial review*, já que ainda se coloca “o ônus de justificá-la num contexto específico”, como, por exemplo, nas hipóteses de “*parlamentos disfuncionais, de culturas políticas corruptas, de legados de racismo etc.*”. Assim, o controle de constitucionalidade não deve ser visto como “*epítome do respeito a direitos*”, mas como uma “*solução não ideal para circunstâncias extraordinárias*”. De qualquer forma, Waldron parece bastante otimista acerca de as democracias constitucionais contemporâneas preencherem os quatro requisitos da “*situação típica*”, e, portanto, de a instalação do controle de constitucionalidade remanescer como uma solução ilegítima.⁶⁸⁷

5.2.2 As críticas formuladas pelo constitucionalismo popular

5.2.2.1 Notas introdutórias: a devolução da Constituição ao povo

⁶⁸⁵ WALDRON, Jeremy. “The core of the case against judicial review.” *The Yale Law Journal*, april 2006, 115, 6, pp. 1353/1357.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 1361.

⁶⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008, 219 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas, p. 80.

O chamado “constitucionalismo popular” propõe, essencialmente, a retirada substancial da interpretação e da aplicação da Constituição das Cortes e a sua “devolução” ao próprio povo, “*seja na sua atuação nas ruas, nas urnas eleitorais, ou no Parlamento através dos seus representantes*”⁶⁸⁸ O seu lema foi pego de empréstimo de Franklin Roosevelt: “*a Constituição é um instrumento leigo de governo, não um contrato elaborado por advogados*”; desta forma a Constituição é vista não só como norma, mas sobretudo como documento político acessível ao povo e aos seus representantes para além do momento constituinte, e, portanto, passível de interpretação sem a necessidade da sua intermediação pelos “homens do direito”. Assim, a última palavra sobre o sentido concreto da Constituição remanesce com o povo, concebido como unidade real e não como instância abstrata legitimadora do que restara decidido pela Corte.

Curiosamente, tal proposta de democratização da interpretação da Constituição não proveio do povo, mas de professores de direito progressistas que se indignaram com a autoafirmação da supremacia judicial pela Suprema Corte em *City of Boerne*, e com o ativismo judicial conservador que marcou as Cortes de *Renquist* e de *Roberts*. Ilustra de forma eloquente o exposto o artigo publicado na *Harvard Law Review*, em que Larry Kramer comentou a jurisprudência da Suprema Corte no ano de 2000 - que teve como destaque o caso *Bush v. Gore* -, cuja conclusão é, para dizer o mínimo, provocativa: “*A Suprema Corte tomou o poder. A questão é: nós deixaremos ela ir embora com ele?*”⁶⁸⁹ Seguem a mesma linha os títulos, e, sobretudo, os teores das duas principais obras sobre o constitucionalismo popular “*The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review*”, de Larry Kramer⁶⁹⁰ e “*Taking the Constitution away from the Courts*”, de Mark Tushnet.⁶⁹¹

A linguagem direta, livre de jargões jurídicos, provocativa e até panfletária, a importância dos autores no debate constitucional norte-americano, e, de certa forma, o radicalismo das suas propostas - Tushnet chega a propor a aprovação de emenda constitucional que suprima a *judicial review*, instituição quase sagrada nos EUA - revigoraram o debate acerca da dificuldade contramajoritária no exercício do controle

⁶⁸⁸ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁶⁸⁹ KRAMER, Larry D. “The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court”, 115, **Harvard Law Review** 4, 169 (2001).

⁶⁹⁰ KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

⁶⁹¹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit.

de constitucionalidade⁶⁹², que, em virtude de ter se tornado verdadeira “obsessão acadêmica”⁶⁹³ nos EUA há quase um século, já se encontrava consideravelmente desgastado. Com efeito, a repercussão da tese foi notável, não apenas no âmbito do direito,⁶⁹⁴ mas também em revistas de história e de ciência política e até em programas de televisão.⁶⁹⁵

5.2.2.2 A crítica à interpretação constitucional juriscêntrica

Larry Kramer, em seu “*The People Themselves*”, elaborou profunda revisão histórica da evolução da *judicial review* desde a época que antecedeu a Fundação dos EUA, com o propósito de demonstrar que não há suporte na vontade originária dos *framers*, nos debates travados na Convenção de Filadélfia e na história política dos EUA até a década de cinquenta do século XX (com a afirmação da supremacia judicial em *Cooper v. Aaron* em 1958) para a tese de que a Constituição é uma norma jurídica que deve ser interpretada, em caráter definitivo, por juízes.

Todavia, algo estranho vem ocorrendo a partir da geração passada: os americanos vêm aceitando passivamente a supremacia judicial, na medida em que eventuais opositores de determinada interpretação judicial da Constituição não mais questionam o seu caráter definitivo. Os esforços políticos para a sua reversão se concentram no âmbito interno do Judiciário, esperando-se que a Corte mude de opinião ou de composição.

A autoatribuição pela Suprema Corte da “última palavra” retira a interpretação da Constituição do alcance do povo, atuando como instrumento ideológico que permite que se inculque nas mentes dos cidadãos a noção de que aquele que critica decisão da Suprema Corte não é patriota. Assim, a supremacia judicial conduz a uma concepção juriscêntrica que desestimula seriamente a interpretação constitucional fora das Cortes.

⁶⁹² BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁶⁹³ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.

⁶⁹⁴ Conforme notícia Scott Gerber, foram organizados simpósios específicos sobre as suas obras posteriormente publicados em revistas de direito, como, p. ex., “Commentaries on Mark Tushnet’s Taking the Constitution away from the Courts” in 34 U. Rich. L. Rev. 359 (2000); A Symposium on The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review 81 Chi-Kent L. Ver 809 (2006). V. GERBER, Scott. “The Court, The Constitution and the History of the Ideas”. In: **Vanderbilt Law Review**. 61, May 2008, n. 04.

⁶⁹⁵ V. GERBER, Scott. “**The Court, The Constitution and the History of the Ideas**”. Op. cit., p. 1068.

Considera Kramer que o caso *Bush v. Gore*⁶⁹⁶ constitui exemplo flagrante dessa tendência: apesar das polêmicas a respeito do suposto caráter político-partidário da decisão proferida por uma Suprema Corte de corte republicano, as reações dos democratas foram muito tímidas - notadamente a de Al Gore -, sendo sintomática a declaração do líder democrata Patrick Leahy, no sentido de que, “*como norte-americano*” o seu dever era reconhecer a Suprema Corte dos EUA “*como a última intérprete da nossa Constituição*” independentemente de quão errada julgasse a decisão. Como astutos políticos que são, considera o Professor de Stanford que Gore e Leahy bem sabem que uma dura censura pública à supremacia judicial não seria bem recebida pelo seu eleitorado, como, aliás, revelam recentes pesquisas de opinião, nas quais se verificou que aproximadamente sessenta por cento dos entrevistados afirmaram competir à Suprema Corte “*a última palavra em questões constitucionais.*”⁶⁹⁷

Tal perspectiva tem gerado profunda mudança da percepção da Suprema Corte, das instituições políticas, dos políticos, da mídia e, sobretudo, do povo acerca do papel dos departamentos estatais e da sociedade civil na interpretação constitucional. Com efeito, o consenso hoje estabelecido acerca da supremacia judicial reduz a “*energia do constitucionalismo popular*”, pois, ainda que a soberania popular na interpretação da Constituição não possa ser completamente desconsiderada - como comprovam as duras reações políticas às decisões em que a Suprema Corte se distanciou demais da opinião pública, como na *Lochner Era* – a tendência da supremacia judicial, ao maximizar os poderes da Corte e difundir uma cultura de extrema deferência às decisões judiciais, é a de “*tornar esse ponto de ruptura o mais distante possível*”.⁶⁹⁸

O objetivo declarado de Larry Kramer é o de reverter essa tendência, incitando o povo a participar, direta e ativamente, da interpretação da Constituição, da forma como fazia em boa parte da história americana, em que a “*constituição popular*”, de certa forma, precedeu à “*constituição legal*”. O núcleo do seu argumento é histórico, na medida em que ele busca reconstruir, detalhadamente, os mais de dois séculos de história política norte-americana para desfazer o mito de que sempre houve um apoio popular, como o atual, à supremacia judicial. Ao contrário, no período da Fundação a *judicial review* – que, como visto, é um *minus* à supremacia judicial – era minoritária,

⁶⁹⁶ 531 US 98 (2000)

⁶⁹⁷ KRAMER, Larry. *The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. cit.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 233.

enquanto os debates referentes à elaboração e à ratificação da Constituição na Convenção de Filadélfia eram ambíguos, resultando em um texto constitucional, nesse particular, silente.

Mesmo após a autoafirmação da *judicial review* em *Marbury v. Madison* não se pode dizer que surgiu consenso no sentido de a supremacia da Constituição implicar a supremacia judicial, como afirmado em *City of Boerne v. Flores*. Ao revés, a tendência da doutrina norte-americana de “celebrizar” *Marbury v. Madison* e a supremacia judicial desconsidera, por um lado, que até a segunda metade do século XX a última palavra na interpretação da Constituição não coube à Suprema Corte, mas ao povo, pois nas oportunidades em que houve clara reação popular a decisão judicial a Corte acabou se curvando (i.e. a reversão da *Lochner Era* com as pressões pelo “empacotamento” da Corte por Roosevelt). Por outro lado, são notórios os casos de ativismo conservador na Suprema Corte dos EUA (*Dred Scott*, a *Lochner Era* etc.).⁶⁹⁹

Se “*The People Themselves*” exerceu importante papel na crítica à supremacia judicial, ali não foi apresentada, de forma clara, uma proposta alternativa.⁷⁰⁰ Tentando garimpar em sua obra algo nesse sentido, encontra-se a defesa do processo majoritário e de instrumentos destinados a “desacelerar a política”, como, p. ex., a separação dos poderes, o veto presidencial, o bicameralismo etc. Todavia, a impressão de que a tese de Kramer afasta, em absoluto, o controle de constitucionalidade (como Waldron, em sua primeira fase), se desfaz no epílogo do seu livro, intitulado “*judicial review without judicial supremacy*”. Nele Kramer se dedica a esclarecer como é possível ao povo “retomar o poder da Suprema Corte” à luz do sistema constitucional norte-americano, enfatizando a compatibilidade com a Constituição de 1787 de respostas políticas a decisões judiciais, como, v.g., o *impeachment* dos juízes, cortes no orçamento do Judiciário, descumprimento das decisões da Suprema Corte, encolhimento das suas competências ou aumento do número dos seus membros (*court packing plan*).

A propósito do temor dos juristas de que estas medidas esfaquem a autoridade de “poder” que já não tem a espada ou a chave do cofre, Kramer responde que, além de

⁶⁹⁹ Ibid., p. 229

⁷⁰⁰ Em uma de suas poucas incursões em argumentos normativos, Kramer afirma que a supremacia judicial parte de uma premissa elitista no sentido de que a participação política do povo é, por natureza, perigosa e arbitrária, sendo inevitável a eclosão de uma “tirania das maiorias” caso normas materiais não sejam excluídas do processo majoritário e tuteladas por juízes imparciais.

alguns dos mais admirados Presidentes da República terem feito uso desses instrumentos, parece

*irônico que a única forma de dar suporte ao poder pretensamente mais fraco seja tornando-o o mais forte deles: permitindo que ele dê ordens aos demais poderes impunemente, ao mesmo tempo em que se proíbe os outros poderes de resistirem às suas decisões e se insiste que a única saída é aguardar que os membros das Cortes morram ou se aposentem.*⁷⁰¹

Boa parte dos países europeus, ao desenhar os seus sistemas de controle de constitucionalidade, conseguiu equilibrar independência com *judicial accountability*, através da exigência de supermaiorias para a nomeação/aprovação de membros das Cortes Constitucionais - fator que conduz à escolha de juízes mais moderados -, mandatos fixos - que permitem encontros mais frequentes entre a Corte e a opinião pública -, e processo não tão rigoroso de reforma constitucional – o que torna mais fácil a reprogramação da jurisprudência constitucional da Corte pelo Parlamento. A Constituição norte-americana de 1787 não contém tais cautelas, em razão de os *framers* não terem cogitado de algo parecido com a supremacia judicial, tornando necessário o uso destes remédios políticos em momentos de confronto de órgãos representativos - especialmente da presidência – com a Suprema Corte, como evidencia o caso mais emblemático (proposta de Franklin Roosevelt de “empacotamento da Corte”).

Sustenta Kramer que a disponibilidade destes instrumentos políticos não fomentaria conflitos institucionais, mas os desestimularia, pois o seu efetivo uso deve ser bastante raro - como comprova o seu reduzido emprego na história norte-americana. Todavia, a mera possibilidade do seu exercício mudaria a autopercepção da Corte acerca dos seus poderes, tornando mais factível que ela antecipe eventuais reações políticas e se torne mais sensível às opiniões do povo e dos seus representantes. Em uma só palavra: a possibilidade de reações políticas a decisões judiciais agregaria *judicial accountability* ao sistema político norte-americano. Confira-se, a propósito, o expressivo trecho de encerramento do seu livro:

Na verdade, a Suprema Corte se perceberia em relação ao povo da mesma forma como os tribunais inferiores se vêem em relação à

⁷⁰¹ Ibid., p. 250.

Suprema Corte: responsáveis por interpretar a Constituição de acordo com o seu juízo, porém atentos à circunstância de existir uma autoridade superior que pode reverter as suas decisões – uma autoridade verdadeira, não um “povo abstrato” que se manifestou há duzentos anos e depois sumiu. A probabilidade de a sua decisão ser revertida por esta autoridade pode ser pequena, mas o senso de responsabilidade que ela engendra, associado ao desejo natural de evitar controvérsias e de preservar a Corte enquanto instituição, mudaria inevitavelmente a dinâmica do seu processo decisório. É isso que explica como a Suprema Corte exerceu a sua autoridade sem supremacia judicial, assim como crises apenas ocorreram quando uma Corte super-confiante, que reivindicava um poder supremo de interpretação da Constituição, prestou pouca atenção para a opinião pública.⁷⁰²

5.2.2.3 A retirada da Constituição das Cortes, o problema do “descumprimento antecipado” e a capacidade de o legislador participar da interpretação constitucional

“*Taking the Constitution away from the Courts*”, publicado por Mark Tushnet em 1999, difundiu a noção de “constitucionalismo popular”.⁷⁰³ A premissa fundamental do seu trabalho é a de que a interpretação judicial da Constituição não possui *a priori* nenhum peso normativo superior do que a exegese feita por outro departamento estatal; eventual vantagem em termos de *expertise* provém da análise do conteúdo da decisão, não da sua origem.

Em artigo posterior,⁷⁰⁴ Tushnet aprofundou a sua análise a respeito de instituições não judiciais realizarem boa interpretação constitucional, tendo concluído que se trata (i) atividade corriqueira em estáveis democracias constitucionais contemporâneas, (ii) tendente a produzir consensos, mesmo na ausência de atuação do Judiciário, e (iii) que o efetivo insulamento político do Judiciário ainda depende de comprovação empírica.

No recente livro “*Weak Courts, Strong Rights*”⁷⁰⁵ Tushnet reafirmou e refinou a sua visão sobre a capacidade institucional do legislador para interpretar a Constituição. Tushnet enfatizou que o desejo do legislador de “fazer um bom trabalho”, e a viabilidade de votar de acordo com a sua consciência em temas nos quais o seu eleitorado não tenha peculiar interesse, podem lhe dar uma condição adequada para deliberar seriamente sobre questões constitucionais. Todavia, há uma dificuldade na aferição da capacidade do legislador participar efetivamente da interpretação

⁷⁰² Ibid., p. 253.

⁷⁰³ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit.

⁷⁰⁴ TUSHNET, Mark. “Non-judicial review”. **Harvard Journal of Legislation**, vol. 40, p.453-492, 2003.

⁷⁰⁵ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

constitucional em sistemas de supremacia judicial. Cuida-se do “*problema do descumprimento antecipado da Constituição*”: como os legisladores sabem que as suas leis estarão sujeitas à revisão judicial, tal circunstância os desonera de um julgamento consistente a respeito da fidelidade à Constituição, antes estimulando uma irresponsável postura de tomada de posição, na qual o legislador opta pela alternativa mais popular - embora sabidamente inconstitucional -, deixando o ônus de aferir a sua constitucionalidade ao Judiciário.⁷⁰⁶

Diante da suposta inevitabilidade do “descumprimento antecipado” em regimes de supremacia judicial, o único *locus* adequado para aferir o grau de responsabilidade do Parlamento na interpretação constitucional são as questões políticas, visto que, cuidando-se de domínio em que a exegese do Legislativo é judicialmente insindicável, a sua decisão é final, não havendo a possibilidade de repassar o ônus do juízo de constitucionalidade ao Judiciário. Nesta esteira, após analisar decisões proferidas pelo Congresso norte-americano em casos de *impeachment*, declaração de guerra, questões de ordem de inconstitucionalidade de projetos de lei suscitadas pelo Senado etc, Tushnet considera que eventual maior capacidade institucional do Judiciário na interpretação constitucional não é significativa, de maneira que ambos têm um desempenho razoável.⁷⁰⁷

Na verdade, a defesa de que a interpretação da Constituição é um domínio técnico dos juízes encobre o medo atávico dos liberais em relação aos riscos de a participação ativa do povo no processo político descambar em “tirania das maiorias”, afigurando-se elitista. A Constituição de 1787 pertence aos norte-americanos, de maneira que o povo deve ser o protagonista na sua interpretação.

Todavia, qual seria a sua proposta institucional alternativa ao modelo norte-americano? Mark Tushnet, ao contrário de Kramer, não critica apenas a supremacia judicial, mas também a própria instituição da *judicial review*.⁷⁰⁸ O professor de Harvard

⁷⁰⁶ Ibid., p. 101. Na doutrina brasileira, Gilberto Bercovici também vislumbra uma relação de inversa proporcionalidade entre expansão do Judiciário e interpretação constitucional fora das Cortes. Veja-se a seguinte passagem: “A questão que não foi debatida com a transformação dos tribunais constitucionais em atores hegemônicos foi a da relação, cada vez mais distante, entre constituição e política democrática. Quanto mais a constituição se torna objeto de interpretação do tribunal, mais a política democrática e partidária abandona o terreno da constituição. A constituição se liberta do poder constituinte, mas a política também se desvincula das finalidades constitucionalmente estabelecidas.” BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**, p. 326.

⁷⁰⁷ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**”. Op. cit., p. 111/161.

⁷⁰⁸ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit., p. 174.

distingue inicialmente os conceitos de Constituição Fina e Grossa: a primeira consiste nos princípios da Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição de 1787; a segunda no conjunto de normas específicas sobre a organização do governo e na jurisprudência da Suprema Corte que lhe dá concretude.

Enquanto a “Constituição grossa” seria essencialmente contingente, a “Constituição fina” seria um elemento constitutivo do conceito de “povo norte-americano”, pois os cidadãos dos EUA assim se qualificam por sua aderência aos princípios ali contidos. Assim, o constitucionalismo popular de Tushnet considera que a própria razão de ser da política é a adaptação desse projeto básico inaugurado com a Fundação dos EUA a circunstâncias históricas cambiantes.⁷⁰⁹

Diante da aderência do povo americano à “Constituição Fina”, Tushnet julga desnecessário e inconveniente a *judicial review*. Em busca de modelos alternativos, Tushnet discute a poposta do Senador Burton Wheeler, que, no auge da crise gerada pela *Lochner Era*, apresentou projeto de emenda constitucional que autorizava o Congresso Nacional a superar decisão da Suprema Corte em deliberação tomada por dois terços dos membros de ambas as Casas, desde que entre elas (as decisões da Corte e do Congresso) houvesse uma eleição presidencial. Tushnet menciona ainda a proposta do jurista conservador Robert Bork, no sentido de o Congresso poder reverter decisão da Suprema Corte por maioria simples. Todavia, o professor de Harvard rechaça ambas as propostas, sob o argumento de que elas reservariam um papel importante demais para a Suprema Corte. Defende a aprovação de emenda constitucional que transforme as normas constitucionais em princípios programáticos insuscetíveis de aplicação judicial, e que extinga a revisão judicial de leis.⁷¹⁰

⁷⁰⁹ O constitucionalismo popular pode parecer muito magro quando comparado à jurisprudência da Suprema Corte - rica em detalhes e em complexidade -; todavia, Tushnet objeta que o seu propósito é o de garantir que a Constituição seja um projeto aberto conduzido pelo povo, em que haja um permanente debate acerca da melhor forma de realização dos princípios que unem os norte-americanos numa só nação. Desta forma, são fixadas as condições para um debate político que reconheça minimamente os diversos projetos políticos individuais, mas que deixe em aberto um amplo leque de soluções possíveis. Especificamente em relação aos direitos humanos, os detalhes a respeito da sua aplicação devem ser definidos em processos políticos fora das Cortes, bastando que eles levem os direitos a sério. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit.. p. 185 e 192.

⁷¹⁰ Veja-se a seguinte passagem: “as propostas de Wheeler e Bork retêm um importante papel para a Suprema Corte (...) podendo perpetuar a ilusão de que ela pode proteger-nos de nós mesmos. Porque não ir até o final do caminho? A Constituição irlandesa nos dá um modelo. Como vimos no capítulo três, essa Constituição prevê que as suas normas de justiça social devem ser consideradas “princípios diretivos de política social”. Ela então determina que a aplicação desses princípios “deve ser feita exclusivamente pelo Parlamento, e não deve ser conhecida pelas Cortes”. Considerem, então, essa proposta de emenda

Após a publicação de “*Taking the Constitution away from the Courts*” em 1999, Tushnet vem demonstrando interesse em formas alternativas de controle de constitucionalidade.⁷¹¹ Tais instrumentos se destinariam a constituir um sistema de controle de constitucionalidade “fraco”, na medida em que da possibilidade de os juízes declararem a inconstitucionalidade de lei (*judicial review*) não decorreria competir-lhes a última palavra (supremacia judicial), já que maiorias legislativas ordinárias poderiam, de forma célere e constante, superar as decisões judiciais que reputassem infelizes.

Assim, partindo da premissa de que a edição de uma lei contrária a interpretação dada pela Suprema Corte a princípio constitucional abstrato não consiste em erro ou descumprimento da decisão judicial pelo legislador, mas em desacordo entre os Poderes Legislativo e Judiciário acerca da interpretação da Constituição, Tushnet reputa que um modelo fraco de controle de constitucionalidade propiciaria um profícuo diálogo entre o Judiciário e os poderes políticos a respeito do sentido adequado a ser atribuído à Constituição em determinado momento histórico.

Necessita-se, portanto, de um critério para aferir as hipóteses em que os desacordos não são razoáveis, configurando efetivos erros; o critério sugerido por Tushnet é o seguinte “*O legislador fez algo que não é, de forma alguma, orientado pelas tradições constitucionais nacionais?*” Embora reconheça a fluidez do parâmetro invocado, afirma que é o único que faz sentido em um regime democrático.⁷¹² diante da sua noção – elástica – de autogoverno do povo.

Do exposto, pode-se concluir que Tushnet, em seu mais recente trabalho, alterou a sua proposta mais radical de abolir a revisão judicial pela sua admissão desde que o Judiciário seja extremamente deferente ao Legislativo, e desde que o Parlamento possa reverter, de forma célere e fácil, as decisões judiciais indesejadas. O foco da sua crítica se desloca da *judicial review* para a supremacia judicial, aproximando-se, portanto, de Larry Kramer.

constitucional: “As provisões desta Constituição não devem ser conhecidas por qualquer tribunal.” *Ibid.*, p. 175.

⁷¹¹ V.g. mandado interpretativo na Nova Zelândia, declaração de incompatibilidade na Inglaterra, e cláusula do “não-obstante” no Canadá.. V. TUSHNET, Mark. “Alternatives forms of judicial review”. **Michigan Law Review**, v. 101. N. 9, p. 2781/2801, 2003; TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**?. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

⁷¹² TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit., p. 105/106.

6 - DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS, CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SEPARAÇÃO DE PODERES

O que é o espírito da liberdade? Eu não consigo defini-lo, eu apenas consigo lhes expressar a minha fé. O espírito da liberdade é o espírito que não tem muita certeza de estar certo; o espírito da liberdade é o espírito que busca entender a mente de outros homens e mulheres. (Learned Hand, ex-Ministro da Suprema Corte dos EUA, em discurso para milhares de pessoas no Central Park em Nova York em maio de 1944)

6.1 A necessária contextualização das críticas institucionais e democráticas à supremacia judicial

O contexto do surgimento das críticas institucionais e democráticas à supremacia judicial nos EUA é muito peculiar. O primeiro aspecto relevante é que o fenômeno da judicialização da política, recentíssimo em grande parte do mundo, tem dois séculos de história nos EUA.⁷¹³ Portanto, há muito que se aprender com a experiência norte-americana. Estes dois séculos de história foram marcados por tristes episódios de ativismo judicial conservador, contrário aos direitos humanos, sendo os episódios mais marcantes os casos *Dred Scott v. Sanford e Lochner v. New York*,⁷¹⁴ nos quais a Suprema Corte, em síntese, conferiu respaldo constitucional à escravidão, e invalidou legislação social destinada à proteção do trabalhador. Todavia, a partir da década de 50, a Corte de Warren marcou época com o seu ativismo judicial pró-direitos humanos, revelado em célebres decisões como os casos *Brown v. Board of Education of Topeka*, na qual declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, *Miranda v. Arizona*, em que afirmou o direito de suspeito da prática de crimes de permanecer calado e de ser assistido por advogado,⁷¹⁵ etc.

Entretanto, o momento atual da Suprema Corte é caracterizado por uma sistemática invalidação de direitos reconhecidos pelo Parlamento,⁷¹⁶ especialmente através da interpretação bastante restritiva que tem conferido à cláusula da *equal protection of law* e à Seção Cinco da Décima Quarta Emenda (que prevê a possibilidade de o Parlamento concretizar os direitos ali previstos (*enforcement*)). Com efeito, desde o movimento dos direitos civis, o Congresso Nacional norte-americano tem editado uma miríade de leis protetoras de direitos civis: Equal Pay Rights (1963), Civil Rights Act (1964), Voting Rights Act (1965, renovado em 1970, 1975 e 1982), Age Discrimination in Employment Act (1967) etc.⁷¹⁷

⁷¹³ Tocqueville, por volta de 1830, notara que já à época importantes questões políticas eram judicializadas nos EUA. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. - São Paulo: Itatiaia : Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

⁷¹⁴ Respectivamente: 60 US 393 (1857); 198 US 45 (1905); 323 US 214 (1944). HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

⁷¹⁵ Respectivamente: 347 US 483 (1954); 384 US 436 (1966). V. HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**.

⁷¹⁶ GRIFFIN, Stephen. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law**, vol. 5, Nov. 2001, p. 282.

⁷¹⁷ Id., p. 284. O ativismo legislativo na proteção de direitos, e, por sua vez, o ativismo judicial na sua supressão, têm estimulado cientistas políticos e juristas norte-americanos a estudar a interpretação constitucional fora das Cortes. Para além dos já citados trabalhos sobre o constitucionalismo popular, convém mencionar as recentes e relevantes obras coletivas: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). **The Least Examined Branch: the role of legislatures in the constitutional state**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

Portanto, um importantíssimo legado do movimento de direitos civis e da Corte de Warren foi dar aos direitos a condição de tema de enorme saliência política, passando a ser incorporado à agenda política do Congresso Nacional. Desta forma, a proteção de direitos se tornou um objetivo comum aos departamentos estatais, de maneira que o debate se deslocou das circunstâncias sob as quais os Tribunais deveriam proteger direitos da ameaça legislativa, para a identificação dos direitos e da melhor forma de aplicá-los, e para a escolha da instituição que deve ter a palavra final sobre tais questões.⁷¹⁸

Entretanto, desde *City of Boerne v. Flores*⁷¹⁹ a Suprema Corte dos EUA vem se utilizando da doutrina da supremacia judicial para negar ao Congresso Nacional o poder de conferir aos cidadãos direitos não reconhecidos pela jurisprudência da Corte, sob o argumento de que o poder de concretizar os direitos civis não se confunde com o poder de criá-los. Nos casos *Kimel v. Florida Board of Regents*, *United States v. Morrison* e *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garret* a Suprema Corte aplicou essa vertente conservadora da supremacia judicial à cláusula da *equal protection of law*.

Em *Kimel*, a Suprema Corte considerou que o Age Discrimination in Employment Act (1967) não seria aplicável aos Estados, ao considerar que as rígidas medidas ali estabelecidas presumiam que a distinção com base na idade feita pelos empregadores seria irracional, quando, na verdade, poderiam ser estabelecidos discrímens racionais. A premissa da decisão consistiu na sujeição das distinções com base na idade ao parâmetro da *rational basis review*, mais deferente que o *strict scrutiny*. Já em *Morrison* a Corte declarou a inconstitucionalidade da criação de novos instrumentos jurídicos de proteção em face da violência contra a mulher pelo Violence Against Women Act (VAWA). O fundamento da decisão foi o não preenchimento do requisito da *state action*, pois a norma teria como destinatários indivíduos acusados de violência contra a mulher, muito embora houvesse evidências de que agentes estaduais estariam aplicando o direito criminal de forma preconceituosa em prejuízo às mulheres.

Por fim, em *Garret*, embora o Congresso tivesse colhido grande acervo de informações acerca do preconceito contra portadores de necessidades especiais na sociedade norte-americana, a Suprema Corte considerou que não havia elementos para

⁷¹⁸ GRIFFIN, Stephen. **Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights**. Op. cit., p. 295.

⁷¹⁹ Ver a seção 1.2.1.

se concluir que o preconceito reproduzir-se-ia nos Estados. Ademais, considerou irrazoável a determinação de que os Estados proovessem àquelas pessoas “acomodações adequadas”, sobretudo por ser direito bem mais amplo do que o anteriormente reconhecido pela Corte.⁷²⁰

Conforme percebido por Post e Siegel, o juízo de razoabilidade feito pela Suprema Corte a propósito da *enforcement clause* revela uma “suspeição e hostilidade” a interpretação constitucional pelo Legislativo, servindo como um *standard* muito rigoroso que praticamente anula o poder do Congresso de concretizar os direitos civis previstos na Décima Quarta Emenda.⁷²¹

Evidentemente que uma Suprema Corte conservadora que reiteradamente destrói direitos de minorias reconhecidos pelo Parlamento, e que se autointitula a única instituição competente para reconhecer novos direitos, não pode legitimar a sua jurisprudência na sua função de proteger direitos das minorias. Note-se, aliás, que a crítica à supremacia judicial tem adeptos tanto à direita quanto à esquerda do espectro político,⁷²² o que é natural diante de o ativismo judicial nos EUA já ter assumido contornos conservadores e liberais. Todavia, os próceres das críticas institucionais e democráticas sumariadas no capítulo anterior são professores de direito de esquerda que voltaram as suas baterias contra o bloqueio feito pela Suprema Corte a direitos que não só protegiam minorias, como foram criados por instituição legitimada pelo voto popular.⁷²³ De fato, mesmo críticos do constitucionalismo popular reconhecem que o seu argumento mais poderoso é a denúncia à ilegitimidade da jurisprudência atual da Suprema Corte (especialmente à luz das cláusulas da *equal protection of law* e do *enforcement*).⁷²⁴

Todavia, a realidade brasileira descrita no capítulo quatro é muito distinta da norte-americana. Primeiro, porque enquanto o fenômeno da judicialização da política, e

⁷²⁰ GRIFFIN, Stephen. **Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights**. Op. cit., p. 309/310.

⁷²¹ POST, Robert & SIEGEL, Reva. Equal Protection By Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel, 110 **Yale Law Journal**, 441-526 (2000), p. 477.

⁷²² As principais referências à esquerda são os autores citados no capítulo 5: Sunstein, Tushnet, Kramer e Waldron; já à direita se destaca Robert Bork: BORK, Robert. **The Tempting of America: the political seduction of law**. New York: Touchstone, 1990.

⁷²³ DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. "Introduction". In: Id. (org.) **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 2/15.

⁷²⁴ CHERMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism**. Disponível em http://lawreview.law.uiuc.edu/publications/2000s/2004/2004_3/Chemerinsky.pdf. Acesso em 11.03.2010, p. 688.

a consequente saliência política do Judiciário, têm mais de duzentos anos nos EUA, no Brasil ele data de pouco mais de uma década. Segundo, porque enquanto há nos EUA uma sólida cultura liberal que impediu o êxito de autoritarismos mesmo no momento em que tais regimes se expandiam por todo o mundo (primeiro pós-guerra), a democracia brasileira ainda está em sua infância, e a nossa história político-institucional é repleta de exemplos de governos autoritários que achacaram a independência judicial. Terceiro, porque enquanto os EUA a partir da década de 60 podem ser considerados uma democracia de direitos, na qual todos os departamentos se encontram seriamente vinculados a esse ideal (em cuja implantação a Suprema Corte - reconheça-se – teve historicamente importante papel), no Brasil o constitucionalismo e os direitos ainda não se incorporaram plenamente à nossa cultura política.

Desta forma, propostas de extinção da revisão judicial (Tushnet) e de implantação de uma supremacia parlamentar (Waldron) seriam nefastas para a implantação de uma democracia de direitos entre nós. Mesmo propostas no sentido do emprego de mecanismos de reação a decisões judiciais que interferem mais radicalmente na independência judicial (como as propostas de Kramer de *impeachment* de juízes, cortes no orçamento do Judiciário, descumprimento das decisões da Suprema Corte, redução das suas competências ou do número dos seus membros) parecem excessivas no Brasil. Com efeito, tais mecanismos deram o tom das relações institucionais travadas antes de 1988, e o que se viu não foi um constitucionalismo popular, mas uma hegemonia dos poderes políticos (sobretudo do Executivo) na definição do sentido de normas constitucionais indeterminadas, que produziu efeitos deletérios para a implantação do constitucionalismo e de uma cultura de direitos no Brasil.

Portanto, acredita-se que o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira. Assim, ainda que a incorporação pontual de críticas institucionais e democráticas ao constitucionalismo brasileiro seja fundamental para conferir uma índole inclusiva e deliberativa ao processo de interpretação constitucional no Brasil, tais teorias não devem ser incorporadas integralmente ao direito brasileiro, sobretudo no que concerne às propostas de alteração institucional formuladas pelos seus autores. É preciso ter extremo cuidado no

transplante de ideias, pois, assim como os órgãos humanos, o seu resultado pode ser a morte do paciente.

6.2 A importância de uma análise realista das capacidades institucionais

A supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. Com efeito, diversos argumentos desta natureza podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário (i) proteger “minorias insulares” do processo majoritário⁷²⁵; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com “igual consideração e respeito”⁷²⁶; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis⁷²⁷; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito⁷²⁸; (v) ser uma Guardiã da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento⁷²⁹; (vi) promover um processo deliberativo guiado pela razão e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo.⁷³⁰

Para fins didáticos (e, portanto, passando ao largo das particularidades nos pensamentos dos autores citados), os fundamentos que costumam embasar tal vantagem comparativa do Judiciário são os seguintes: *insulamento político* (decorrente das garantias e vedações da magistratura e do Judiciário; no caso brasileiro, por um lado, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e as atividades vedadas aos juízes (art. 95 CF/88), por outro, as autonomias financeira e administrativa dos Tribunais (art. 96 e 99 CF/88)); *e o dever de fundamentar as suas decisões à luz do direito* (art. 93. IX, da CF/88).

⁷²⁵ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

⁷²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷²⁷ ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens – Studies in rationality and irrationality**. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

⁷²⁸ FISS, Owen. “Between Supremacy and Exclusivity”. In: BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁷²⁹ Esta foi a posição adotada por Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*. V. MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908, p. 24/27. No mesmo sentido, KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷³⁰ ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: **Constitucionalismo Discursivo**. (trad: Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Tais elementos confeririam ao juiz uma posição especialmente favorável para a interpretação de questões de princípio, na medida em que propiciariam a sua desvinculação de interesses econômicos e/ou políticos e o seu compromisso com a aplicação imparcial do direito. Ademais, o *treinamento e expertise em matéria jurídica* presentes na formação do magistrado evidenciariam a sua especial aptidão para a interpretação da Constituição, além de a análise da lei após algum tempo de aplicação conferir-lhe um acervo privilegiado de informações em relação ao legislador quando da sua edição (o problema das consequências não antecipadas).

Em desenvolvimento ao último elemento, Wilfred Waluchow acrescenta a metodologia “bottom-up” - que é típica da criação judicial do direito nos regimes de *common law* - às vantagens comparativas do Judiciário na interpretação de princípios abertos.⁷³¹ Note-se que nos modelos de regulação “top-down” (típico dos Códigos dos sistemas de *civil law*) o legislador é visto como a fonte única de onde provém um sistema abrangente e preciso de regras que visa a disciplinar toda situação passível de regulação jurídica. Assim, a decisão judicial de casos concretos seria, via de regra, obtida mediante a aplicação dedutiva daquelas normas. Já nos sistemas de *common law*, boa parte das regras jurídicas é criada pelas Cortes mediante raciocínio indutivo aplicado a casos concretos, de modo que ao Judiciário é reconhecida a função de criar, de forma intersticial e incremental, o direito. Todavia, tal função criativa do Judiciário se compatibiliza com a *rule of law* (que sujeita a atividade judicial a regras prévias e democraticamente legitimadas), pois os juízes se encontram bastante limitados pelos precedentes, e o Legislador pode superar precedentes judiciais em matéria de interpretação de lei.⁷³²

Waluchow considera que tal modelo provê um equilíbrio entre vinculação a regras prévias e claras e análise contextual das circunstâncias do caso, que se afasta de posturas radicais (versões fortes de métodos formalistas e particularistas de aplicação do direito). Este meio-termo entre estabilidade e flexibilidade seria essencial para a aplicação de direitos fundamentais, pois, em que pese à natureza escrita da maioria das Constituições atuais, subsiste forte desacordo moral sobre a aplicação concreta dos direitos. Esta circunstância inviabilizaria a pretensão de o legislador constituinte

⁷³¹ WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 197/199.

⁷³² Sobre o último aspecto ver ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 254.

apreender no texto normativo todas as situações passíveis de subsunção; daí a solução pela sua positivação em normas principiológicas (compromissos dilatatórios: acordo no geral e desacordo no particular). Diante das vantagens comparativas acima relatadas (independência, vinculação ao direito, expertise, etc.) e da análise caso-a-caso lhe conferir uma posição privilegiada para aferir as nuances da aplicação concreta de direitos moralmente controversos, o Judiciário estaria mais bem habilitado a valer-se de uma razão prática necessária à aplicação contextual de direitos fundamentais.⁷³³

Todavia, a atribuição ao Judiciário da última palavra na interpretação constitucional não depende apenas da afirmação da sua capacidade para se engajar, com proveito, nesta tarefa; ao contrário, fundamental é a comprovação de que juízes apresentam maior capacidade para interpretar a Constituição do que legisladores. Portanto, os adeptos da supremacia judicial, embora costumem afirmar a importância do Parlamento em uma democracia representativa, negam-lhe a última palavra sobre direitos fundamentais, e dão ênfase às insuficiências da representação eleitoral e da regra da maioria.⁷³⁴

Não-raro os críticos da interpretação constitucional pelo legislador partem do conceito de “conexão eleitoral”.⁷³⁵ Segundo ele, os legisladores seriam empreendedores políticos que teriam como norte o aumento da sua chance de reeleição e do seu prestígio pessoal. Portanto, o objetivo fundamental da sua atuação seria a produção de políticas públicas abrangentes e eficientes, de maneira que argumentos de fidelidade à Constituição e aos direitos fundamentais frequentemente não seriam considerados, ou seriam derrotados por outros objetivos políticos.⁷³⁶ Portanto, um sistema de supremacia parlamentar poderia colocar em risco a proteção de minorias, convolvendo-se, no limite, em “tirania da maioria”.

Por outro lado, a *public choice theory* salienta ser equivocada a associação entre lei e vontade da maioria. Mesmo que os eleitores votem com vistas à maximização das suas preferências, a eleição é indireta, no sentido de que, ao contrário de um plebiscito ou referendo, os eleitores não votam em determinado assunto, mas em candidato que

⁷³³ WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Op. cit., p. 216/273.

⁷³⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. cit., p. 71.

⁷³⁵ MAYHEW, David R. **Congress: The Electoral Connection**. New Haven: Yale University Press, 1974.

⁷³⁶ PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004, p. 11/31.

defende uma série de propostas políticas. É, portanto, muito difícil desvendar as preferências do eleitor pelo fato de ter votado em determinado candidato. As eleições apresentariam também um déficit de informação, pois não revelariam diferenças nas intensidades entre as preferências dos eleitores (igualdade do voto equipara pessoa que considera determinada política pública essencial ao seu projeto de vida com aquela indiferente à questão).⁷³⁷

O caráter “indireto” e “desinformado” das eleições faz com que os representantes respondam mais intensamente a formas mais diretas e custosas de comunicação política, como os *lobbies* e as contribuições de campanha. Tais circunstâncias elevam o peso de minorias bem articuladas no processo político, em detrimento de grupos difusos que não têm os recursos, a organização e os aliados necessários para pressionar os políticos, de maneira a que as leis favoreçam, sistematicamente, os primeiros.⁷³⁸ Ao contrário, os juízes, por estarem relativamente insulados do processo político, teriam mais condições a resistir ao poder político e econômico dos *lobbies*, aproximando-se do interesse público.

Por outro lado, os adeptos da *social choice theory*, na esteira de Kenneth Arrow,⁷³⁹ salientam que, mesmo que os parlamentares representem adequadamente os seus eleitores, as leis não refletirão, de forma segura, a vontade majoritária. Isto porque, como as preferências dos legisladores não podem ser ordenadas em uma única dimensão através do voto de “legislador médio”, preferências circulares naturalmente emergem. Sob tais circunstâncias, as leis podem ser menos resultado da vontade de uma clara e monolítica maioria, e mais decorrência de questões internas ao processo legislativo (poder de agenda, atribuições de líderes partidários, arguição de questões de ordem etc.)⁷⁴⁰

Portanto, se as eleições não garantem a representação majoritária, colher votos entre parlamentares também não leva inevitavelmente a resultados majoritários; ao contrário, grupos bem posicionados podem prevalecer sobre grupos difusos e mal articulados. Assim, não se pode associar pura e simplesmente a lei à vontade da maioria.

⁷³⁷ BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine”. Op. cit., p. 43.

⁷³⁸ Ibid.

⁷³⁹ ARROW, Kenneth J. *Collected Papers of Kenneth J. Arrow*, Harvard University Press: 1983a, v. 1. **Social Choice and Justice**.

⁷⁴⁰ BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine”. Op. cit., p. 46.

A combinação dos argumentos “favoráveis” aos juízes e “desfavoráveis” aos legisladores sem consideração da sua recíproca, ou seja, dos argumentos “desfavoráveis” aos juízes e “favoráveis” aos legisladores, torna pertinente a crítica de Jeremy Waldron, no sentido de as justificativas tradicionais da supremacia judicial canonizarem a figura do juiz e demonizarem a do legislador.⁷⁴¹ Em outras palavras, não parece razoável comparar o Juiz Hércules de Dworkin, dotado de todo o tempo e conhecimentos necessários para interpretar princípios constitucionais sob a melhor luz, com um autointeressado legislador que atua com indiferença à Constituição. Exemplo típico de mitificação das capacidades institucionais do Judiciário é a proposta de Michael Perry de legitimar um não-intepretativismo em matéria de aplicação de direitos fundamentais mediante a perspectiva de que os juízes atuariam como profetas, pois conseguiriam antecipar a evolução moral da sociedade.⁷⁴²

Inversamente, Waldron sustenta que, se o desacordo moral atinge não só questões de políticas públicas, mas também de direitos, e se todos os processos deliberativos podem levar a resultados injustos, a solução é adotar-se a regra da maioria como processo deliberativo destinado a resolver os conflitos políticos (inclusive os constitucionais). Isto porque a regra da maioria consistiria em imperativo da igualdade, já que atribui igual peso a participação dos indivíduos, além de respeitar visões divergentes.⁷⁴³ Por outro lado, Waldron atribui ao Parlamento a tarefa de resolver os conflitos sobre a natureza concreta dos direitos, à vista de a sua composição plural refletir tais desacordos, e a responsabilidade eleitoral dos seus membros incorporar o espírito de autogoverno do povo.⁷⁴⁴

Ademais, o Legislativo tem significativa capacidade de coletar informações das mais diversas fontes, ouvir especialistas de dentro e de fora do seu *staff*, e ponderar interesses variados, sendo o foro mais adequado para resolver conflitos policêntricos. Ao contrário, os Tribunais, diante da natureza adversarial do processo judicial e dos efeitos, via de regra, *inter partes* das suas decisões, tendem a ficar adstritos às informações e aos pontos de vista apresentados pelas partes do processo, apresentando

⁷⁴¹ Ver seção 5.2.1.

⁷⁴² PERRY, Michael J. **The Constitution, the Courts, and Human Rights – An inquiry into the legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary**. New Haven: Yale University Press, 1982, p. 91/146.

⁷⁴³ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

⁷⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 305/6.

maior dificuldade para perceber todas as implicações e interesses que gravitam em torno de conflitos policêntricos.⁷⁴⁵

Note-se ainda que tais aptidões do Legislativo somadas ao controle da sua agenda e à sua natureza plural dar-lhe-iam uma condição privilegiada para conciliar interesses de forma a acomodá-los e a evitar o aprofundamento de antagonismos. Já o Judiciário, a princípio, tem menor controle da sua agenda (em virtude dos princípios da inércia da prestação jurisdicional e da vedação ao *non liquet*)⁷⁴⁶ podendo se manifestar sobre assuntos muito controvertidos de forma precipitada. Isto associado ao fato de os juízes não estarem sujeitos a processos periódicos de avaliação popular tende a gerar maior radicalização dos perdedores na arena judicial, e, conseqüentemente, maior polarização do debate político.⁷⁴⁷

Por outro lado, os adeptos da supremacia parlamentar apresentam uma visão bastante crítica acerca das capacidades atribuídas aos juízes pelos defensores da supremacia judicial. A partir de uma abordagem empírica da relação entre decisões proferidas por determinados juízes e as suas preferências ideológicas expressadas em manifestações anteriores foi construído o modelo atitudinal, segundo o qual o principal guia do juiz não é o direito, mas sim as suas preferências ideológicas.⁷⁴⁸

Põe-se em dúvida também o nível de insulamento político dos juízes, pois, apesar das garantias e vedações da magistratura, existem mecanismos de reação dos poderes políticos a Tribunais que venham a atuar de forma radicalmente desviante às demais instituições: *impeachment* de juízes, poder do Congresso Nacional sobre o orçamento e as competências dos Tribunais e sobre os salários de juízes, etc.⁷⁴⁹ De qualquer forma, pesquisas empíricas revelam uma forte tendência de alinhamento da jurisprudência dos Tribunais à opinião pública, questionando a tradicional atribuição de índole contramajoritária às decisões judiciais de inconstitucionalidade de leis. Aliás, a

⁷⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. cit., p. 88

⁷⁴⁶ Veja-se, a propósito, o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

⁷⁴⁷ SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Ment Before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

⁷⁴⁸ Parece reforçar a procedência do argumento o recurso a fórmulas abstratas (Suprema Corte como Guardiã da Constituição, de pré-compromissos constitucionais ou do Estado de Direito etc.) para fundamentar as mais diversas - e às vezes colidentes - decisões judiciais.

⁷⁴⁹ MILLER, Mark C. "The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective". In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, pp. 53/72.

experiência histórica tem revelado um paradoxo: precisamente nos momentos em que mais se precisa do Judiciário para proteger minorias (quando os governos abertamente perseguem determinadas minorias ou cedem ao autoritarismo) menor é a sua força para atuar de forma efetivamente contramajoritária.⁷⁵⁰

Sem prejuízo da pertinência de determinados argumentos, uma análise global dos fundamentos teóricos da supremacia parlamentar conduz à mesma conclusão obtida em relação à supremacia judicial; refere-se ao recurso seletivo a argumentos favoráveis ao ator institucional que os seus adeptos querem privilegiar (o legislador) e desfavoráveis àquele que querem criticar (o juiz). É curioso notar na obra de Waldron uma combinação entre o mais crítico dos realismos em face dos juízes e o mais romântico idealismo em relação aos legisladores, na medida em que, embora correto ao denunciar a mitificação do juiz por boa parte dos próceres da supremacia judicial, parece ter caminhado para o extremo oposto, ao simplesmente desconsiderar as críticas acima expostas ao Parlamento e ao processo legislativo.⁷⁵¹

Da mesma forma que não se pode comparar uma visão rósea do juiz com uma perspectiva ácida sobre o legislador (Judiciário como portador da vontade constituinte v. legislador como representante de uma idiossincrática maioria transitória), não se pode fazer o contrário (juiz que se limita a ornamentar a sua ideologia com empolada linguagem jurídica v. legislador como representante da vontade geral do povo). Assim, nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias. Ao revés, o caráter majoritário ou contramajoritário de lei ou de decisão judicial deve ser aferido empiricamente.⁷⁵² Mark Graber argui, sugestivamente, que a chamada dificuldade contramajoritária supostamente presente na revisão judicial pode ser uma “dificuldade não-majoritária” (conflitos dentro da coalizão majoritária que sustenta o governo) ou uma “dificuldade de maiorias contraditórias” (conflito entre as maiorias na Câmara e no Senado).⁷⁵³

⁷⁵⁰ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. A relação entre a revisão judicial e a opinião pública também será analisada mais adiante.

⁷⁵¹ WALUCHOW, W. J. **A Commom Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Op. cit., p. 254/255.

⁷⁵² FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.

⁷⁵³ GRABER, Mark. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. In: **7 Studies in American Political Development** 35 (1993), 35-73.

Todavia, se nem os juízes nem os legisladores de carne-e-osso apresentam, em sua plenitude, as capacidades que as teorias lhes atribuem, aonde deve ser alocada a palavra final para a interpretação da Constituição?

A resposta da teoria dos diálogos é a seguinte: o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os poderes públicos, e entre eles e a sociedade civil. Esta resposta apresenta a vantagem de reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar. Com efeito, se muitos dos argumentos “a favor” e “contra” a participação de juízes e legisladores na interpretação constitucional têm dose razoável de consistência, a tendência apresentada pelas doutrinas de supremacia de iluminar os aspectos positivos de determinado ator institucional e obscurecer os seus aspectos negativos em nada contribui para a construção de uma teoria que apresente o mínimo de conexão com a realidade.⁷⁵⁴

Conforme bem destacado por Conrado Hubner, trata-se de aplicação ao debate sobre a interpretação constitucional

*de certas máximas da sabedoria política: não há procedimento que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor que seja desenhada; de uma determinada concepção de justiça substantiva não advém um desenho institucional.*⁷⁵⁵

Rawls traduziu tal circunstância no conceito de *justiça procedimental imperfeita*: ainda que haja um padrão independente para aferir a justiça do resultado, não há como se construir um procedimento que o garanta inequivocamente. Exemplo típico é trazido pelo processo criminal: o resultado esperado é a absolvição de inocentes e a condenação de culpados, e, naturalmente, o processo criminal é estruturado de maneira a buscar tais objetivos através da definição de procedimentos e meios de prova adequados. Todavia, por mais bem estruturado que possa ser o processo, o máximo que se pode esperar dele é que “na maior parte do tempo” produza os resultados almejados, mas não sempre, pois subsistirá o risco de erro judiciário. Portanto, a “marca característica da justiça

⁷⁵⁴ A forma pela qual a teoria dos diálogos trata o problema das capacidades institucionais será aprofundada na seção 8.2.

⁷⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. cit., p. 11.

procedimental imperfeita é que, embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele.”⁷⁵⁶

Deve-se, pois, rejeitar a tentativa de boa parte das doutrinas da supremacia judicial e legislativa de extrair de uma suposta vantagem de capacidade institucional dos Poderes Judiciário e Legislativo (respectivamente) a necessária produção de uma interpretação constitucional melhor do que a obtida pelo seu “adversário” sem considerar o “caso concreto”, ou seja, sem considerar o efetivo teor da respectiva decisão judicial ou da lei *vis-à-vis* a Constituição. Tal assertiva pode se fundar alternativamente em uma justiça procedimental perfeita ou em uma justiça procedimental pura, ambas insuscetíveis de responder adequadamente aos problemas de legitimação das interpretações constitucionais levadas a cabo em uma democracia constitucional.

A justiça procedimental perfeita tem duas características fundamentais: há um critério para a aferição da justiça da decisão que é independente do processo de decisão, pois é definido antes de o processo se iniciar; e há um processo que conduz a tal resultado sem risco significativo de erro. Ilustre-se com o exemplo da divisão equitativa de um bolo: ao se estabelecer que a pessoa que realizou a divisão ficará com o último pedaço, tem-se procedimento seguro de justiça da divisão, pois o citado indivíduo tenderá a dividi-lo em partes iguais para evitar prejuízo.⁷⁵⁷

Caso se acredite que há um método seguro para aferir o resultado correto do processo de interpretação constitucional (v.g.: vontade original do constituinte, texto, teleologia, parâmetros como “igual consideração e respeito”, “direitos individuais”, proporcionalidade etc.), e que a jurisdição constitucional consiste em procedimento que produz tal resultado, em virtude da específica capacidade institucional do Judiciário (insulamento político, dever de fundamentação das decisões judiciais, *expertise* dos juízes etc), a conclusão natural é a prevalência da interpretação judicial da Constituição sobre a do legislador.

Entretanto, fazer prevalecer a interpretação judicial da Constituição à do legislador, independentemente do exame dos conteúdos da decisão judicial e da lei à luz da Constituição, significa promover uma absoluta legitimação *ex ante* da primeira. Com efeito, a partir da premissa de que o Judiciário apresenta maior capacidade institucional

⁷⁵⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Op. cit., p. 91/92.

⁷⁵⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Op. cit., p. 91

do que o Legislador para interpretar a Constituição, concluir-se-ia que a interpretação judicial é correta antes de aferir-se *ex post* a real adequação da respectiva decisão judicial à Constituição. Em consequência, legitimar-se-ia a decisão judicial qualquer que fosse o seu conteúdo e o seu resultado (mesmo que contrários à literalidade da Constituição), tão-somente pela sua origem.

Todavia, nem as Supremas Cortes costumam aplicar uniformemente determinado método de interpretação constitucional (muitas vezes nem o mesmo juiz o faz), nem as diversas teorias constitucionais apresentam resposta unívoca sobre o tema. Grassa, portanto, enorme desacordo sobre como extrair a interpretação correta da Constituição, especialmente em face de princípios constitucionais de textura aberta e de alta densidade moral.

Tais circunstâncias evidenciam que “*a justiça procedimental perfeita é rara, para que não se diga impossível, em casos de interesses muito concretos.*”⁷⁵⁸ No plano específico da interpretação constitucional, deve-se reconhecer a procedência da crítica de Waldron, de que não faz sentido extrair-se de uma teoria de justiça de corte liberal (proteção de direitos individuais contra maiorias políticas) uma teoria de autoridade que dê ao Judiciário a última palavra em questões constitucionais. Conforme salientado corretamente pelo filósofo neozelandês, todos os processos deliberativos podem produzir resultados injustos, de maneira que a associação necessária entre decisão judicial e proteção de minorias é um mito (o exemplo paradigmático é o já citado caso Dred Scott). Contudo, a alternativa a um modelo de supremacia parlamentar que se reconduza à noção de justiça procedimental pura - como preconiza Waldron - também é insatisfatória.

Segundo Rawls

*a justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado.*⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ Ibid.

⁷⁵⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Op. cit., p. 92.

Rawls ilustra tal modelo com a hipótese de os participantes de um jogo acordarem a respeito das respectivas regras: se nenhum deles trapaceia e as regras do jogo são observadas, qualquer resultado é justo (ou, pelo menos, não é injusto).

Nesta esteira, Waldron, embora admita que a democracia tenha requisitos materiais, considera que há um desacordo total e irremediável na identificação do seu sentido em hipóteses concretas, de maneira a inexistir um critério autônomo para aferir a compatibilidade de uma determinada decisão àqueles requisitos. Por outro lado, tendo em vista a regra da maioria concretizar a igualdade de participação no processo político, e as eleições periódicas e a composição plural do Parlamento garantirem o autogoverno do povo, o “procedimento correto” para tomar decisões políticas (inclusive constitucionais) seria o processo legislativo, de modo que as leis não poderão ser questionadas pela sua compatibilidade a princípios constitucionais (sobretudo por instância contramajoritária).⁷⁶⁰

Todavia, se o desacordo é profundo (*deep disagreement*) as assertivas de que o direito à participação política consiste no “direito dos direitos”, e que a melhor forma de realizá-lo é através da regra da maioria, também estão longe de ser consensuais, como se viu nas críticas acima explicitadas.⁷⁶¹ Tal contradição interna torna Waldron vítima do seu próprio *standard*,⁷⁶² pois o desacordo profundo não leva à supremacia parlamentar, mas ao anarquismo filosófico.⁷⁶³

Na verdade, o fato de qualquer proposta de desenho institucional apresentar determinados pressupostos substantivos revela a ligação umbilical entre o problema institucional de “quem” deve ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição, e questão material acerca de “como” a Constituição deve ser interpretada adequadamente. Desta forma, ainda que o fato da tese se direcionar à primeira pergunta nos impeça de discorrer detidamente sobre a segunda questão, torna-se necessário esclarecer, brevemente, de que forma a teoria dos diálogos constitucionais contribui para o tratamento desta tensão entre forma e substância que, a nosso ver, é inerente e

⁷⁶⁰ “Waldron clama pela pureza de duas dimensões que não se comunicam: a teoria da autoridade (quem deve decidir) e a teoria da justiça (o que deve decidir). Ou seja, o fato de que a democracia necessita atender requisitos substantivos não produz repercussões institucionais, não diz nada sobre quem deve ter mais ou menos poder.” V. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. cit., p. 193.

⁷⁶¹ V. seção 5.2.1.

⁷⁶² WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Op. cit., p. 240/258.

⁷⁶³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. cit., p. 200.

fecunda às democracias constitucionais contemporâneas. Este será o propósito do próximo item.

6.3 Democracia deliberativa, desacordo moral, última palavra e *accountability*

As democracias constitucionais contemporâneas se articulam a partir de dois eixos fundamentais: o autogoverno do povo e os direitos fundamentais. Com efeito, a participação do indivíduo na esfera pública é condição necessária para a legitimação de decisões tomadas pelo poder público em um regime fundado na soberania popular. Por outro lado, há amplo reconhecimento de que democracia não se resume à regra da maioria, pois se não forem respeitadas as suas pré-condições (i.e. a garantia de um mínimo existencial e as diversas dimensões da autonomia privada: liberdade de expressão, de religião, de ir e vir, de reunião, etc.), ela pode se degenerar em tirania da maioria. Portanto, autogoverno e direitos fundamentais se pressupõem reciprocamente, são cooriginários.⁷⁶⁴

Todavia, grassa o desacordo sobre a melhor forma de aplicar-se concretamente a democracia (vide as discussões sobre financiamento eleitoral e sistemas eleitorais) e os direitos fundamentais (vide os notórios embates morais nos quais eles estão envolvidos), bem como sobre o modo mais adequado de harmonizar tais valores quando eles se colocam em rota de colisão. Destaque-se que as sociedades modernas têm como característica fundamental o pluralismo: diante do desencantamento do cidadão com a unidade de valores que caracterizava as sociedades pré-modernas, as democracias contemporâneas reconhecem a existência de diversas doutrinas filosóficas, religiosas e morais abrangentes que conduzem a resultados incompatíveis entre si sobre diversas questões de relevância pública.⁷⁶⁵

Com efeito, a intersubjetividade, ou seja, o reconhecimento do outro como indivíduo livre e igual dotado de autonomia - e não como meio, objeto ou mero destinatário das normas estatais -, constitui premissa fundamental do liberalismo político, ao rejeitar a possibilidade de o poder político ser usado para a imposição aos cidadãos de uma doutrina abrangente perfilhada por um grupo mais bem articulado

⁷⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 116/139.

⁷⁶⁵ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 24.

politicamente,⁷⁶⁶ já que isso implicaria o descumprimento pelo Estado do seu dever de imparcialidade em relação às diversas cosmovisões.

Nesse sentido, Marcelo Neves salienta que a hipercomplexidade das sociedades contemporâneas torna o consenso eventual, de maneira que o frequente dissenso moral deve ser absorvido pelo acordo relativo ao reconhecimento das divergências quanto a valores morais e interesses subjetivos. Em uma sociedade plural, valores, interesses e expectativas podem se apresentar livre e igualmente nos processos políticos e jurídicos institucionalizados pela Constituição, e que integram a essência do Estado Democrático de Direito.⁷⁶⁷

A grande vantagem da democracia deliberativa⁷⁶⁸ consiste em fornecer o instrumental teórico para a harmonização entre o desacordo moral e a estabilidade social, guiada pelo ideal liberal da reciprocidade. Trata-se de

*forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem discussão futura.*⁷⁶⁹

O primeiro - e principal - aspecto a ser destacado nesse conceito consiste na *necessidade de justificação das decisões tomadas pelos cidadãos e pelos seus*

⁷⁶⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 184.

⁷⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 144.

⁷⁶⁸ A literatura sobre democracia deliberativa já é inabarcável. Citem-se, como referências fundamentais ao estudo do tema: GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** New Jersey: Princeton University Press; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and Disagreement**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1996; BENVENISTE, Seyla (org.). **Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political**. Princeton: Princeton University Press, 1996; BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative Democracy: essays on reason and politics**. Cambridge: The MIT Press, 1997; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. 2 Vol. (2 ed.; trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003. No direito brasileiro, ver SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e a primeira edição da **RBEC – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar., 2007, integralmente dedicada ao tema. Em virtude dos propósitos do presente tópico, será utilizado como referência o artigo de GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **RBEC – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Op. Cit., por elucidar com clareza e precisão os principais elementos que integram o conceito de democracia deliberativa.

⁷⁶⁹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **RBEC – Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Op. cit., p. 23

representantes. Ao contrário de concepções agregativas de democracia, nas quais as decisões políticas refletem as preferências cruas da maioria (no sentido de pré-políticas, ou seja, anteriores ao processo deliberativo), a democracia deliberativa exige que as decisões políticas sejam justificadas pela razão, ou mais especificamente, à luz de princípios que são aceitos por cidadãos que estejam dispostos a encontrar termos justos de cooperação. Esta exigência se impõe pelo reconhecimento da autonomia do cidadão, pois se ele não é mero destinatário das ações do Estado, mas agente autônomo, os motivos se destinam a demonstrar que a decisão do poder público se reconduz a princípios genericamente aceitos, e não, p. ex., à troca política de favores, garantindo-se o respeito mútuo.⁷⁷⁰

Em segundo lugar, os motivos devem ser públicos em dois sentidos: as deliberações devem ser tomadas em público e as razões devem ser públicas em seu conteúdo.⁷⁷¹ Segundo Rawls, as razões públicas consistem em “*verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles*”, de modo que podem ser objeto de um consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes e razoáveis (*overlapping consensus*).⁷⁷² Desta forma, o exercício do poder de império pelos governantes se justifica na medida em que embasado em razões que podem ser aceitas por cidadãos que adotem diferentes doutrinas abrangentes, de forma a respeitar-se o pluralismo sem prejuízo à estabilidade social.

A terceira característica da democracia deliberativa consiste no fato de os resultados do processo de deliberação serem vinculantes por certo período de tempo. Ao contrário de um seminário acadêmico em que os participantes não se encontram premidos pela necessidade de tomarem uma decisão objetiva em determinado momento, nos processos democráticos em algum momento a deliberação cessa e a autoridade competente deve tomar a decisão.

Intimamente conectado com o anterior está o quarto elemento: o processo deliberativo é dinâmico, no sentido de que, por mais que se busque uma decisão que tenha sólida justificativa hoje, não se tem a pretensão de que as virtudes deliberativas do

⁷⁷⁰ Ibid., p. 20.

⁷⁷¹ Ibid.

⁷⁷² A independência do conceito de razão pública com relação às diversas doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes se mostra mais nítida através do conceito que lhe é antagônico: as razões não-públicas são “doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes - para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda -, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controversas”. V. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Op. cit., p. 274.

processo conduzam a uma decisão definitiva. Uma característica essencial à democracia deliberativa é, portanto, a provisoriedade dos resultados da deliberação, pois eles estão permanentemente abertos a críticas e à reversão. Essa provisoriedade é fundamental por dois motivos: se mesmo os processos desenhados para potencializar o seu aspecto deliberativo são imperfeitos, não podemos ter certeza de que as decisões tomadas hoje serão corretas amanhã, ou mesmo hoje, sobretudo se surgirem depois da decisão fatos desconhecidos ou se emergirem consequências não antecipadas (trata-se do problema do entendimento incompleto). O segundo decorre do respeito mútuo: como decisões sobre questões complexas são raramente consensuais, os que não concordam com a decisão estarão mais propensos a aceitá-la se tiverem a possibilidade de revertê-la no futuro.⁷⁷³

Gutmann e Thompson destacam que a continuidade do debate requer que seja observado o princípio da economia da discordância moral. Ao justificarem as suas decisões, as autoridades devem preferir razões que minimizem as diferenças e maximizem os pontos de concórdia. Se o desacordo é irremediável em política, ao evitar discordâncias descessárias na fundamentação de decisão cogente a todos, o tomador de decisão promove o valor do respeito mútuo, pois suporta a decisão em motivos que, embora mais tímidos, são largamente compartilhados.⁷⁷⁴

Note-se que a democracia deliberativa não tem a pretensão de transformar o desacordo em acordo, mas tem a vantagem de, ao menos, buscar que os participantes considerem seriamente a perspectiva do outro, reconhecendo os seus eventuais méritos e desconsiderando desacordos sobre aspectos não essenciais à resolução de questão controvertida. A consideração da perspectiva do outro, ademais, tende a encorajar que os cidadãos expressem as suas visões sobre questões públicas de forma menos egoística, na medida em que buscam pontos em comum entre visões divergentes.

Note-se, ainda, que a contraposição entre perspectivas públicas gera um aprendizado coletivo, na qual cada um tende a aprender com a visão do outro. Conforme salientam Gutmann e Thompson

Presumir que sabemos qual é a melhor solução antes de ouvirmos os outros, que também serão afetados por nossas decisões, não é apenas arrogante, mas também injustificável, tendo em vista a

⁷⁷³ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa?** Op. cit., p. 21/22.

⁷⁷⁴ Ibid., p. 23.

*complexidade dos assuntos e de interesses que estão frequentemente em jogo.*⁷⁷⁵

O entendimento incompleto sobre questões políticas controvertidas revela que as verdades tidas hoje como autoevidentes (i.e. a escravidão viola a igualdade) o são por terem passado por um processo deliberativo no qual a sua injustiça se tornou flagrante. Não se deve temer a provisoriedade dos resultados deliberativos pela suposta rediscussão de conquistas civilizatórias - como o fim da escravidão - a cada geração. Ao contrário, graças à provisoriedade dos resultados deliberativos a constitucionalização da escravidão afirmada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Dred Scott* não se cristalizou, antes teve a sua iniquidade demonstrada por inúmeras críticas e mesmo pela guerra civil que lhe seguiu.

À luz dessas premissas, convém analisar, inicialmente, o caráter juriscêntrico da jurisprudência do STF. Parece claro que a fundamentação das mais diversas decisões do STF - muitas vezes apoiadas em razões contraditórias entre si - em argumentos abstratos como a sua função de Guardiã da Constituição pouco agrega para o aspecto nuclear da democracia deliberativa, que é a necessidade de fundamentação das decisões tomadas pelos agentes públicos à luz de princípios genericamente aceitos pela comunidade. Ao contrário, as míticas noções de que o Judiciário não cria o direito, apenas o interpreta, e de que ao se editar ato contrário à decisão do STF se descumpra *ipso facto* a Constituição, não estabelecem um diálogo aberto sobre o sentido da Constituição, antes tendem a legitimar o que quer que o STF tenha decidido.

Por outro lado, a jurisprudência atual do STF também tem se caracterizado pelo maximalismo e pela supremacia judicial em sentido estrito. Em primeiro lugar, a fundamentação das suas decisões com razões amplas e profundas tende a se incompatibilizar com o princípio da economia da discordância moral. Se, especialmente nas questões altamente complexas, o desacordo moral é natural, valer-se de uma controvertida e abrangente teoria, ao invés de argumentos mais modestos largamente compartilhados, não se orienta pela necessidade de o Estado agir com respeito mútuo a cidadãos livres e iguais.

Com efeito, os críticos da teoria perfilhada pelo STF tenderão a se sentir excluídos do projeto constitucional, pois, diante da constitucionalização da teoria a que

⁷⁷⁵ Ibid., p. 28.

se opõem, somente lhes restará, no âmbito de um sistema de supremacia judicial em sentido estrito, o processo de reforma constitucional ou a mudança do entendimento da Corte para superarem o revés. Se tais instrumentos forem difíceis (supremacia judicial em sentido material), a improbabilidade da superação da decisão e o fato de ela ter sido proferida por agentes não eleitos e que não se submetem a um processo periódico de confirmação popular, tenderá a produzir polarização e radicalização no debate político, ao invés da busca de entendimento que o princípio da economia da discordância moral busca fomentar.

Por outro lado, a opção por um modelo de decisão maximalista em questões complexas parece igualmente não atentar para a questão do entendimento incompleto, segundo o qual todos os processos deliberativos são imperfeitos, pois podem ser proferidas decisões erradas, ou ainda que certas, podem gerar consequências deletérias para a solução de casos inadvertidamente abrangidos pelas amplas e profundas teorias que suportam a decisão. Partilhando-se da supremacia judicial em sentido material, segundo a qual as decisões constitucionais da Suprema Corte somente podem ser revertidas por um custoso processo de reforma constitucional ou por uma improvável mudança de entendimento da Corte, os erros podem se perpetuar, e o sistema democrático pode perder, significativamente, o seu potencial de autocorreção. Com efeito, o insulamento de controvertidas teorias na jurisprudência constitucional as protegeria de um caloroso e transparente debate público, que, ao longo do tempo, tem o potencial de colocar em evidência as suas virtudes e os seus defeitos.

Por fim, destaque-se que a supremacia judicial apresenta dificuldades de compatibilização com a necessidade de recondução de decisões tomadas pelos agentes públicos à vontade do povo, titular último do poder político em uma democracia (*accountability* ou responsividade popular). Com efeito, a supremacia judicial, ao conferir a última palavra sobre questões constitucionais ao Poder Judiciário, nega a sua responsividade ao povo, elemento que confere legitimidade ao exercício de qualquer função pública.⁷⁷⁶

Segundo a sistematização de Lipkin, a responsividade ao povo implica três testes: (1) *input-accountability*: controle eleitoral sobre a escolha das autoridades públicas; (2) *process-accountability*: possibilidade de o eleitorado comunicar as suas

⁷⁷⁶ LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*. Vol. 28: No. 3, 2006, p. 1057.

preferências às autoridades durante o processo de decisão; (3) *output-accountability*: possibilidade de o eleitorado remover autoridade pública ou alterar as suas decisões, caso não concorde com elas.⁷⁷⁷

Enquanto o Poder Legislativo atende razoavelmente a *input-accountability* e a *output-accountability* em virtude da eleição periódica dos seus membros, e a *process-accountability* diante da natureza do processo legislativo, o Judiciário atende, de forma fraca, *input-accountability* (p. ex.: a nomeação pelo Presidente e a sabatina pelo Senado geram uma ligação apenas indireta com a opinião pública, por ser lento e pouco efetivo para modificar decisões específicas) e razoavelmente a *process-accountability*, se permitir a participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas. Todavia, em um regime de supremacia judicial o Judiciário não atenderia a *output-accountability* em sede de interpretação constitucional, pois não haveria a possibilidade de remoção dos seus membros por descolamento das suas decisões da opinião pública, e a superação das suas decisões pelo Congresso Nacional é bastante difícil e rara.

Sem dúvida que a independência judicial - que constitui garantia fundamental ao Estado de Direito -, não recomenda eleições regulares para a função judicial ou a possibilidade de os poderes políticos negarem obrigatoriedade às decisões judiciais. Todavia, considerar que toda interpretação constitucional da Suprema Corte constitui um precedente vinculante para os outros poderes no exercício futuro das suas atribuições, que somente pode ser revertido pela própria Suprema Corte ou por um processo de reforma constitucional extremamente difícil, consiste em conferir um amplo e irrevogável poder à Suprema Corte. Todavia, uma proteção tão abrangente da independência judicial não promove o equilíbrio necessário entre independência e responsividade judicial, transformando a Suprema Corte em instituição soberana (*legibus solutus*), que, por definição, não se limita pelo direito constitucional, antes o produz.⁷⁷⁸ Naturalmente que tal concepção não pode se legitimar na supremacia da Constituição e no Estado de Direito, conforme afirmado pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira.

A bem da verdade, insular autoridade pública de qualquer mecanismo de *accountability* representa forte estímulo à adoção de posturas idiossincráticas, à

⁷⁷⁷ Ibid., p. 1067/1068.

⁷⁷⁸ LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. Op. cit., p. 1126.

confusão entre o sentido a ser atribuído a normas prévias (sobretudo quando elas forem abertas, como os princípios constitucionais) e a particular cosmovisão ou concepção de direito do tomador de decisão.⁷⁷⁹ Ademais, sem responsividade popular o Judiciário representa o povo de forma paternalística, pois se o agente protege os interesses do titular segundo o seu julgamento (e não o do titular), atua como espécie de superego de uma sociedade que se infantiliza pela incapacidade de tomar decisões que afetam a sua vida.⁷⁸⁰

Todavia, a responsividade popular não exige que a última palavra sobre questões constitucionais controvertidas seja dada por maiorias legislativas transitórias. Com efeito, o projeto básico da democracia deliberativa é exatamente o de transformar as preferências cruas de maiorias ocasionais no julgamento refletido da comunidade, em uma síntese entre a visão do presente e as tradições constitucionais da comunidade, através de filtros que catalizem o potencial deliberativo do processo democrático.⁷⁸¹

Note-se que a democracia deliberativa não sugere que há um único desenho institucional compatível com ela, antes se compatibiliza com vários, desde que as premissas anteriormente expostas estejam presentes. Assim, o objetivo do próximo item é o de examinar as mudanças sofridas pelo princípio da separação entre os poderes para se extrair, a partir da sua configuração atual, as novas formas de articulação entre a independência e a responsividade judicial em um contexto de expansão do poder político do Judiciário.

6.4 Separação de poderes e expansão do Judiciário. Independência e responsividade judicial

O fenômeno atual de judicialização da política impôs mudanças significativas ao tradicional modelo de separação de poderes.⁷⁸² Viu-se que o modelo positivista de jurisdição constitucional se caracterizava por um minimalismo no conceito de Constituição e em sua proposta de interpretação constitucional: as Constituições

⁷⁷⁹ LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Widener Law Review, vol. 14, 2008.

⁷⁸⁰ MAUS, Ingborg. Judiciário como Superego da Sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade-orfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. N. 58, novembro de 2000, pp 183-202.

⁷⁸¹ LIPKIN, Robert Justin. **“Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution.** Op. cit., p. 1055.

⁷⁸² Sobre a judicialização da política e a expansão do Poder Judiciário conferir o capítulo III.

deveriam se limitar a estabelecer normas de procedimento e competência e, apenas excepcionalmente, normas materiais; e os juízes deveriam se limitar a invalidar leis que contrastassem com normas constitucionais claras (regras), deixando a concretização de princípios à livre discricção do Legislador. Gilberto Bercovici assinala que o modelo positivista retirara a política da Constituição,⁷⁸³ já que ela era exercida essencialmente no processo legislativo ordinário, com a atuação nesse âmbito do Chefe do Poder Executivo e dos Parlamentares.

O fato de os grupos políticos lutarem para reproduzir nas leis os seus interesses e visões de mundo, e, assim, de o direito servir como instrumento da política, não gerava confusão entre essas esferas. Ao contrário, “*o princípio da separação entre direito e política se expressa principalmente no princípio da independência do juiz*”,⁷⁸⁴ pois as garantias da independência judicial se destinavam a viabilizar que a decisão judicial se pautasse pela aplicação imparcial da lei, e não por interferências políticas, sendo neutra politicamente. No plano específico da jurisdição constitucional se mantinha rígida a distinção entre direito e política: as regras constitucionais eram vistas como áreas de direito imunes à ação da política - já que visavam a limitá-la -, cabendo a sua interpretação apenas ao Judiciário mediante critérios jurídicos (questão puramente de direito). Já o espaço não regulado pela Constituição de forma precisa – os princípios – deveria ser ocupado pela política, livre de parâmetros jurídicos (questão puramente política).

Assim, a busca de reconciliação entre a supremacia parlamentar⁷⁸⁵ e o Estado Constitucional de Direito se deu através de uma distinção funcional: enquanto competiria ao Parlamento a eleição da “decisão programadora”, ao juiz caberia a “decisão programada”.⁷⁸⁶ Portanto, no modelo tradicional a separação entre direito e política pressupõe, por um lado, que os órgãos legislativos não interfiram na aplicação concreta do direito pelo Judiciário (independência judicial), e, por outro, que os critérios norteadores da decisão judicial estejam pré-estabelecidos, de forma minimamente

⁷⁸³ Sobre as relações estabelecidas pelas diversas teorias da Constituição entre Constituição e Política, ver o denso artigo de Gilberto Bercovici. “**Constituição e Política: uma relação difícil.**” Lua Nova, v. 61, pp. 5-24, 2004.

⁷⁸⁴ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política.** (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

⁷⁸⁵ Ver as seções 2.2 e 2.3.

⁷⁸⁶ Ibid. Desta forma, o legislador teria a palavra final sobre a criação do direito - isto é, sobre o sentido que a Constituição e as leis deveriam assumir no futuro -, enquanto ao Judiciário competiria a última palavra na aplicação do direito – ou seja, sobre o sentido adequado da aplicação da Constituição e das leis a casos pretéritos.

determinada, pelo legislador (vinculação juiz ao direito). Note-se que a vinculação do juiz ao direito, ao atuar como pressuposto da independência judicial, lhe confere um caráter instrumental, pois as garantias da magistratura não são um fim em si mesmo, mas um mecanismo destinado a garantir que o juiz aplique imparcialmente o direito (e não um visão de mundo particular).

Na hipótese de o Legislativo considerar que determinada linha jurisprudencial vinha gerando resultados políticos indesejáveis, a única “ingerência política” considerada compatível com a independência judicial seria a “reprogramação” da decisão judicial, ou seja, a aprovação de lei que alterasse a norma que embasou as decisões judiciais, para que, no futuro, o Judiciário decidisse da forma considerada adequada pelo Parlamento.⁷⁸⁷ Então, lei retroativa que buscasse alterar a solução judicial de casos concretos (i.e. desconstituindo coisa julgada) violaria a independência judicial, enquanto a invalidação de lei com base em princípios abertos tenderia a privar a sua decisão da necessária *accountability*, diante da falta de conexão do seu teor com a vontade do povo expressada em regras claras e prévias.⁷⁸⁸

Em síntese, o modelo tradicional da separação de poderes tinha duas características principais: a (i) *supremacia do Legislativo sobre os demais “poderes”*, que se revelava no minimalismo das propostas de Constituição e de interpretação constitucional positivista, de forma a demarcar um espaço bem limitado de atuação para o Judiciário e bastante amplo para o legislador, e (ii) *uma radical distinção de funções*, já que caberia exclusivamente ao Legislativo criar o direito, competindo aos demais departamentos estatais a sua mera aplicação.⁷⁸⁹

Daí se extrai uma terceira característica: a existência de uma clara *separação entre política e direito*: a criação do direito seria uma atividade política a cargo do Legislador, e a aplicação do direito uma atividade técnica a cargo sobretudo do Judiciário. As Constituições-Garantia da época - que costumavam se limitar a estruturar e limitar o Estado – eram vistas como áreas do direito protegidas da política. Assim, o modelo de *separação dos poderes* era o chamado *orgânico-funcional*, pois a busca de

⁷⁸⁷ Como, à época, eram raras as decisões que invalidavam leis com base em princípios constitucionais abertos, a tendência era o Judiciário não questionar a validade da norma superadora da sua jurisprudência, o que conferia ampla margem de atuação para o Legislador.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁸⁹ BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine.” In: **Making Policy, Making Law – an interbranch perspective**. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb: Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 38.

limitação do poder estatal se dava basicamente pela vedação à acumulação das funções de criar e de aplicar o direito em um só órgão. Preservava-se, pois, a supremacia do Parlamento, com base em uma visão mitificada acerca das suas potencialidades construída a partir da sua legitimação democrática.⁷⁹⁰

O recente fenômeno da judicialização da política implicou um afastamento do modelo positivista-liberal de separação dos poderes.⁷⁹¹ Diante de um cenário em que o Judiciário avança sobre o sentido indeterminado da Constituição, demonstrando coragem em rever as valorações legislativas com base em princípios fluidos, é irrealista considerar que apenas o Legislativo cria direito; ao contrário, é inegável o papel do Judiciário na criação de normas. Isso se torna claro quando se tem em mente que boa parte das Cortes Constitucionais atualmente se pronuncia com efeitos *erga omnes e vinculantes*, de maneira que as suas decisões não se limitam a resolver o caso pretérito, mas se destinam a fornecer a resposta sobre questão constitucional controvertida a ser obrigatoriamente seguida pelos demais agentes públicos e privados em hipóteses futuras.

Note-se que em um regime de supremacia parlamentar a aprovação de uma lei em consonância aos interesses de um determinado grupo representava, basicamente, a sua vitória no embate político, pois, em virtude da rígida vinculação do Judiciário ao direito, não era factível a substituição da regra legal por outra construída pelo Judiciário a partir de uma interpretação criativa de princípios abertos. Entretanto, hoje, em virtude da maior abertura dos juízes a tal postura ativista, a produção de normas jurídicas não se esgota no Legislativo, antes se prolonga nos Tribunais. Assim, grupos de interesse que logrem pressionar o Parlamento a editar lei não terão vencido a guerra política, mas apenas a sua primeira batalha: após o encerramento do processo legislativo, a disputa política se renova no processo judicial, no qual, embora as “partes” e os interesses contrapostos sejam os mesmos, os instrumentos de batalha são diversos, quais sejam as normas e razões jurídicas, e não apenas argumentos de convencimento político.

Com efeito, constatou-se nos capítulos 3 e 4 que não-raro os perdedores na disputa travada no Congresso Nacional se utilizam do amplo acesso ao Judiciário para tentar reverter em sede judicial a derrota na arena política. Portanto, antes de a Suprema Corte referendar a constitucionalidade da lei, a incerteza na resolução do conflito

⁷⁹⁰ Ver seção 2.2.

⁷⁹¹ Ver o capítulo 3.

político costuma se manter. Esse cenário vem sendo denominado de “legalidade adversarial” (*adversarial legalism*), pois se caracteriza pela indeterminação das normas jurídicas, pela disposição das Cortes em rever a valoração do legislador e pelo uso dos Tribunais como arena alternativa de disputa política.⁷⁹² Cuida-se, portanto, de um sistema de resolução de disputas e de produção de normas jurídicas marcado pelo alto nível de contestação jurídica, em que os oponentes manejam argumentos jurídicos como instrumentos de batalha política.⁷⁹³

Todavia, se a guerra política se encerra no Poder Judiciário, que constrói a interpretação constitucional vinculante aos demais departamentos estatais e à sociedade civil, a pergunta inevitável é a seguinte: será que vivenciamos uma substituição da supremacia do Legislativo (Estado liberal europeu do século XIX) e do Executivo (sobretudo nos Estados Sociais autoritários da primeira metade do século XX) por uma supremacia do Judiciário?

Esta parece ser a hipótese, caso a independência judicial não seja acompanhada de mecanismo de responsividade. Explica-se: se o que mantinha a legitimidade da atuação judicial, conferindo-lhe referibilidade à vontade do povo (*accountability*), era a sua neutralidade política e a prevalência da vontade do legislador, compreendidas, respectivamente, como a estrita vinculação do juiz a regras prévias e claras e a possibilidade de o Parlamento aprovar lei superadora da jurisprudência dos Tribunais, como se garantir *accountability* se o Judiciário contrói complexas teorias a partir de princípios altamente controvertidos, e se as suas decisões são extraordinariamente difíceis de ser revertidas pelo legislador? Naturalmente que a garantia de independência judicial sem mecanismos de referibilidade da sua atuação concreta ao povo transformaria as Cortes em “instituições desviantes” em um regime democrático, padecendo de uma inquestionável dificuldade contramajoritária.⁷⁹⁴

Todavia, a situação é menos dramática do que aparenta. Já se salientou na seção 6.2 que nem a lei é necessariamente majoritária, nem a decisão judicial de inconstitucionalidade é necessariamente contramajoritária. Além disso, é uma ilusão dos

⁷⁹² KAGAN, Robert A. “American Courts and the Policy Dialogue: The Role of Adversarial Legalism”. In: **Making Policy, Making Law – an interbranch perspective**. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb: Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004, pp. 17/18.

⁷⁹³ BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine.” In: **Making Policy, Making Law – an interbranch perspective**. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb: Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004, p. 35.

⁷⁹⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16/23.

juristas achar que o Judiciário tem a última palavra em matéria de interpretação constitucional, definindo o sentido da Constituição de forma cogente para a atuação futura dos demais departamentos estatais e sociedade, sem que estes atores tenham a possibilidade de reverter ou mesmo de evitar decisões judiciais tidas como inaceitáveis.

Com efeito, se os demais departamentos estatais - especialmente o Legislativo - têm instrumentos para reagir a decisões de inconstitucionalidade indesejadas, o debate sobre o sentido futuro da Constituição não se restringe às Cortes, nem muito menos se encerra com a decisão judicial.⁷⁹⁵ Ao contrário, há um “colóquio contínuo” entre os poderes do Estado entre si e entre eles e a sociedade civil,⁷⁹⁶ circunstância que confere *accountability* à interpretação judicial da Constituição, na medida em que a sincroniza com a opinião pública e com as preferências de maiorias políticas. Essas novas formas de se prover *accountability* à atuação judicial ganham relevância, na medida em que, com a cada vez menor vinculação do juiz a normas prévias e claras, a atuação judicial precisa manter referibilidade à vontade do povo, para preservar a sua neutralidade política.

Os modelos dialogais claramente se inspiram na separação de poderes como freios e contrapesos, que, embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente nova nos Estados Unidos da América.⁷⁹⁷ Atualmente vem se verificando a globalização do modelo concebido pelos *founding fathers* (sobretudo por Madison), em que nenhum dos poderes assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas (*police-maker*); antes os departamentos estatais - inclusive o Judiciário - constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a

⁷⁹⁵ WHITTINGTON, Keith. “Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review”. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf. Acesso em 02.03.2011, p. 447.

⁷⁹⁶ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988.

⁷⁹⁷ Com efeito, as mesmas demandas por um Estado intervencionista nas mais variadas esferas se fizeram sentir na Europa e nos EUA no século XX. Porém, enquanto na Europa se construiu uma administração pública burocratizada e centralizada, em que a Chefia do Executivo e o Parlamento atuavam como os principais atores políticos, nos EUA se manteve viva a desconfiança, herdada do liberalismo inglês, com o exercício abusivo do poder governamental, sobretudo o discricionário. Assim, foram criadas várias agências reguladoras, segundo um modelo de administração pública descentralizado e rights-based, que colocava as Cortes e o direito no centro de intrincadas disputas regulatórias, com o propósito de evitar a captura do poder público por grupos de interesse bem posicionados. BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine.” Op. cit., p. 35.

produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo.⁷⁹⁸

Tal perspectiva apresenta a vantagem de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário como a fazem as doutrinas de supremacia parlamentar e judicial, para quem, respectivamente, os legisladores seriam legítimos representantes da vontade popular e os juízes seriam intérpretes autênticos do poder constituinte originário. Ao contrário, parte-se de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionados “poderes”, que destaca igualmente as suas virtudes e fraquezas.

Assim, cumpre verificar as modificações trazidas por tal visão realista das capacidades institucionais à separação dos poderes. Quanto ao Legislativo, note-se que a “conexão eleitoral” explica boa parte do comportamento parlamentar, desde que seja adequadamente compreendida.⁷⁹⁹ De fato, o principal norte da atuação do legislador é o aumento das suas chances de reeleição, de modo a orientar a suas ações pela busca de produzir políticas públicas eficientes e abrangentes que lhe garantam a elevação da sua popularidade junto ao seu eleitorado. Naturalmente, argumentos de inconstitucionalidade podem ser derrotados por argumentos de eficiência, ou mesmo nem ser considerados no processo legislativo (i.e. caso não apreciados pelo eleitorado específico de um Parlamentar). Desta maneira, a existência de decisões da Suprema Corte sobre o assunto fomenta a discussão constitucional no Legislativo, especialmente por se cuidar de uma janela de oportunidade para os partidos de oposição.⁸⁰⁰

O Parlamento apresenta ainda uma vantagem em relação ao Judiciário na resolução de conflitos policêntricos, nos quais há uma constelação de princípios constitucionais em conflito. Com efeito, o Legislativo tende a conferir maior abertura aos interessados, não se restringindo à natureza adversarial do processo judicial,

⁷⁹⁸ Ver seção 2.2.

⁷⁹⁹ Cf. 6.2.

⁸⁰⁰ PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004, p. 133/155. Trata-se de conclusão antagônica à extraída por Tushnet, no sentido de que a revisão judicial estimularia a adoção de uma postura de “descumprimento antecipado” da Constituição pelo Judiciário. O percurso feito na seção 4.1. pelas disputas havidas na história do constitucionalismo brasileiro a respeito da condição de último intérprete da Constituição revela que o diminuto papel desempenhado pelo Judiciário até 1988 não estimulou a interpretação constitucional pelo Legislador; ao contrário, gerou a quase irrelevância da Constituição na vida política brasileira. Portanto, à luz da nossa realidade parece mais plausível a tese de Pickerill, no sentido de que o risco de o Parlamento ter a sua lei invalidada pelos Tribunais não desestimula a entrada de argumentos de fidelidade à Constituição no processo legislativo, antes cria incentivos a que lá haja debates constitucionais acerca da viabilidade da lei.

circunstância que limita o acesso a informações e o espectro de sua visão.⁸⁰¹ Além disso, enquanto ao Judiciário cumpre julgar os casos que lhe são submetidos em prazo razoável, o Parlamento tem maior liberdade na definição da sua agenda e do momento de votação de determinado projeto de lei, o que lhe confere uma condição melhor para produzir decisões maduras e conciliatórias a interesses divergentes.⁸⁰²

Por outro lado, o relativo insulamento político do Judiciário, o treinamento em matéria jurídica, o *ethos* de imparcialidade, o dever de fundamentação das suas decisões, e o fato de examinar a constitucionalidade de lei após a sua edição e, via de regra, com maior acervo de informações sobre os efeitos concretos da aplicação da lei do que o legislador no momento da sua edição, dão-lhe uma condição privilegiada para aferir a aplicação de direitos moralmente controversos em contextos particulares, mediante um juízo de razão prática.⁸⁰³

Se as políticas públicas (*policies*) são objetivos econômicos, políticos ou sociais da comunidade⁸⁰⁴ implementados através de programas de ação governamentais que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas,⁸⁰⁵ parece natural que a capacidade institucional do Poder Legislativo confere-lhe maior aptidão ao para concebê-las e implementá-las. Por outro lado, sendo os princípios (*principles*) ou direitos fundamentais um padrão que deve ser observado, não por promover uma situação econômica, política ou social desejável, mas por ser uma imposição da justiça, da equidade ou de outra dimensão da moralidade,⁸⁰⁶ as alvitradas capacidades institucionais do Poder Judiciário tornam o processo judicial o foro mais adequado a apreciá-las.

Do exposto é possível extrair um parâmetro importante para a interpretação e a aplicação da Constituição de 1988: o Judiciário tem uma primazia *prima facie* em questões de direitos fundamentais, e o Legislativo tem uma prioridade *prima facie* em

⁸⁰¹ GARRETT, Elizabeth; VERMEULE, Adrian. "Institutional Design of a Thayerian Congress". In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 242/268.

⁸⁰² DEVINS, Neal. **Congress Fact Finding and the Scope of Judicial Review**. In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 220/224.

⁸⁰³ DIXON, Rosalind. "Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited". **International Journal of Constitutional Law**, vol. 5, n. 3, p. 391-418, 2009.

⁸⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁸⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. "O Conceito de Política Pública em Direito". In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37/43.

⁸⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Op. Cit., p. 36.

questões de políticas públicas. Note-se que, ao referir-se a uma prioridade *prima facie* ao invés do monopólio de determinada instituição na interpretação constitucional, a doutrina dos diálogos constitucionais confere à separação entre os poderes inovação relevante em face da sua clássica configuração no constitucionalismo liberal: enquanto na visão liberal há uma clivagem entre o Judiciário/questões de princípio e o Legislativo/questões de política, de maneira que as primeiras seriam alçadas à Constituição e protegidas da política pelo Judiciário, ao passo que as segundas seriam tratadas pelo Legislador livre de parâmetros constitucionais e da revisão judicial, a doutrina dos diálogos afirma “apenas” o protagonismo dos departamentos estatais nas respectivas searas, de forma a enfatizar a importância dos freios e contrapesos.

Note-se que tal perspectiva se alinha à tendência contemporânea de adoção de Constituições analíticas e dirigentes, as quais não se limitam a estruturar o governo e a prever direitos fundamentais de primeira “geração (como nas Constituições-Garantia), mas tendem a positivar um amplo leque de matérias, inclusive políticas públicas. Portanto, sustentar o monopólio ou mesmo a prioridade de um departamento estatal na interpretação e na aplicação de todas as normas de Constituição tão ampla e multifária acabaria por pressupor uma visão idealizada sobre as capacidades institucionais do respectivo agente público.

6.5 Conclusão

Esclarecidos os pressupostos da noção de diálogos constitucionais, sobretudo o seu vínculo com as capacidades das instituições e dos seus membros, com a teoria da democracia deliberativa e com a separação dos poderes em um cenário de judicialização da política, cumpre analisar as formas pelas quais tal fenômeno se manifesta.

Não se cuida de tarefa simples, pois a ideia de diálogos constitucionais se tornou uma “*metáfora ubíqua*” para designar as interações entre o Judiciário e os poderes políticos sobre a interpretação da Constituição.⁸⁰⁷ Nada obstante, podem ser identificadas duas tendências principais nas teorias sobre os diálogos constitucionais: uma primeira linha consiste em teorias empíricas que sustentam que a prática da interação entre os departamentos estatais, e entre eles e a opinião pública, revela que o

⁸⁰⁷ BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=852884>; acesso em 01.08.2010.

Judiciário não tem a última palavra sobre a interpretação constitucional. Uma segunda perspectiva consiste em teorias normativas segundo as quais o Judiciário não deve ter a última palavra sobre a interpretação constitucional, sob pena de perpetrar-se grave lesão à democracia, à separação dos poderes e a uma análise realista das capacidades institucionais.⁸⁰⁸

Assim, para fins didáticos, será reservado o capítulo sete para uma análise preponderantemente empírica acerca de qual instituição efetivamente tem condições para dar a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional, e o capítulo oito para uma abordagem preponderantemente normativa sobre qual instituição deve ter a última palavra sobre a interpretação constitucional em um Estado Democrático de Direito.⁸⁰⁹ Em ambos os capítulos proceder-se-á, inicialmente, ao exame das discussões travadas no direito constitucional comparado sobre o problema de “quem” deve ser a última palavra na interpretação constitucional, para, em seguida, inserir o Brasil no debate, com vistas a extrair conclusões pertinentes à nossa realidade.

Embora se tenha optado pela divisão entre as análises empírica e normativa da supremacia judicial, um dos argumentos fundamentais da segunda parte da tese é a insuficiência de uma abordagem exclusivamente empírica ou normativa do problema, equívoco que tem sido comum nas análises formuladas, respectivamente, pela ciência política e pela teoria do direito.⁸¹⁰ Assim, procurar-se-á estabelecer as conexões necessárias entre elas, a fim de contruir-se uma teoria dos diálogos constitucionais que seja adequada à nossa prática institucional, e que dê resposta satisfatória aos problemas de legitimidade democrática suscitados pela postura de ativismo judicial do STF descrita no item 4.3.

⁸⁰⁸ Ibid., p. 1109. Uma outra abordagem consiste no estudo de como as decisões judiciais devem ser delineadas de forma a propiciar um diálogo institucional sobre o sentido da Constituição que apresente as virtudes epistêmicas da teoria da democracia deliberativa. Cuida-se, na nomenclatura de Conrado Hübner Mendes, do problema do “diálogo no interior da decisão judicial”. Tendo em vista que o objetivo principal da segunda parte da tese é o de explorar os mecanismos de reação às decisões constitucionais da Suprema Corte (“diálogo interinstitucional”), aquele tema somente será abordado quando for relevante para o argumento desenvolvido. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. Cit., p. 99/124.

⁸⁰⁹ Reitere-se que a tese se destina a examinar o embate entre a Suprema Corte e o Parlamento pela última palavra na interpretação constitucional, de maneira que a atuação do Executivo, nesse particular, não se insere no seu objeto.

⁸¹⁰ Ver neste sentido, por todos, FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.

7 - QUEM TEM A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?

7.1 Os modelos de comportamento judicial

A pequena aderência ao texto e às suas decisões pretéritas revela que a legitimação da jurisprudência do STF na sua função de Guardião da Constituição, na vontade do constituinte, ou em argumentos análogos, é insatisfatória. Saliente-se que tais perspectivas têm como premissa o modelo “legalista” sobre o comportamento judicial, que, em sua formulação clássica, considera que as regras jurídicas têm sentido claro em casos rotineiros, de modo que a função judicial se encontra significativamente vinculada ao direito (textos normativos, precedentes, doutrinas jurídicas etc.). Após a crítica do realismo jurídico acerca de o direito não constituir, verdadeiramente, um limite externo à atividade judicial, o modelo legalista assumiu uma roupagem mais

sofisticada, segundo a qual o direito consistiria em um limite interno à função judicial, pois, em virtude do treinamento jurídico e do *ethos* dos juízes de aplicarem de boa-fé as normas jurídicas pertinentes ao caso, a influência do direito seria bem mais significativa do que suposta pelos críticos.⁸¹¹

Todavia, a circunstância de o direito servir como limite à atividade judicial parece contrastar com a reduzida vinculação da jurisprudência da Suprema Corte ao texto constitucional e aos seus precedentes (como é o caso do STF), e pela dificuldade de aferição concreta do que seja a íntima convicção do juiz de aplicar o direito imparcialmente. Com efeito, após a superação da *Lochner Era* com a afirmação da constitucionalidade das medidas que compunham o *New Deal* de Franklin Roosevelt, o perfilhamento pela Suprema Corte de visões constitucionais radicalmente distintas na mesma década infirmou a convicção na objetividade do direito e no seu potencial de impor constrangimentos efetivos à Suprema Corte.⁸¹²

Como alternativa de análise do comportamento judicial foi concebido o modelo atitudinal, segundo o qual a principal influência dos juízes ao decidirem questões morais controvertidas é a sua ideologia, e não textos normativos, precedentes ou doutrinas jurídicas.⁸¹³ Por outro lado, diante da ausência de uma metodologia segura para aferir se uma decisão corresponde, ou não, às mais íntimas convicções do juiz sobre o direito, a explicação de que o direito constituiria um constrangimento interno à função judicial soaria ilusória.

Jeffrey Segal e Harold Spaeth, referências fundamentais para a construção do modelo atitudinal, dedicaram décadas de estudo a comparação entre votos dos juízes da Suprema Corte e manifestações anteriores que revelassem a sua preferência ideológica liberal ou conservadora, para, após obterem um taxa de êxito bem razoável nos seus prognósticos, extraírem uma dura conclusão: “*Colocando de forma simples, Rehnquist vota dessa forma porque é extremamente conservador; Marshall vota daquela forma*”

⁸¹¹ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, p. 58/59.

⁸¹² FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005, p. 266. Na literatura brasileira, ver CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia Política**, 2004, n. 23, p. 123/125.

⁸¹³ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Op. cit., p. 61.

porque é extramamente liberal.”⁸¹⁴ Durante décadas o modelo atitudinal foi a abordagem-padrão da ciência política no sentido de descrever realisticamente o comportamento de juízes sobretudo em questões morais controvertidas.

A observação da jurisprudência contemporânea do STF nos dá sinais contraditórios: por um lado, a pequena aderência ao texto e aos seus precedentes parece vincular o STF ao modelo atitudinal; por outro, a circunstância de o STF ter assistido a transições de coalizações partidárias no controle de governo federal sem alterar, significativamente, a forma da sua atuação (agindo de forma mais ou menos ativista), depõe a favor de uma postura de independência e de vinculação ao direito (e não a preferências político-ideológicas do partido dominante). Todavia, não se trata de incoerência peculiar ao constitucionalismo brasileiro, antes tal cenário decorre das insuficiências atreladas ao uso exclusivo de qualquer um dos modelos descritos acima.

De fato, o longo debate travado entre os modelos revela que ambos têm defeitos e virtudes: o modelo atitudinal se equivoca em desconsiderar absolutamente a vinculação do juiz ao direito, porém está correto em supor que esse liame não é tão forte como sustentam os defensores de teorias legalistas; já as teorias legalistas acertam em destacar que o *ethos* profissional dos juízes lhes direciona para a aplicação imparcial do direito, porém erram ao desconsiderar completamente a influência da ideologia e de outros fatores extrajurídicos, sobretudo quando são analisadas decisões de uma Suprema Corte em questões moral e politicamente controvertidas.⁸¹⁵

Na verdade, os modelos enfocam aspectos distintos da atividade judicial: enquanto o modelo atitudinal enfatiza uma análise da jurisprudência das Supremas Cortes como ela é, e revela o ceticismo dos cientistas políticos em relação à neutralidade política do Judiciário; o modelo legalista se guia por uma análise de como a jurisprudência constitucional deve ser, além de revelar uma visão ingênua dos juristas sobre a efetiva dinâmica decisória de uma Suprema Corte. Acredita-se, contudo, que a segregação entre os exames descritivo e prescritivo da jurisprudência constitucional é infecunda, pois, se um exame exclusivamente normativo peca por seu descolamento com a realidade, um exame puramente descritivo desconsidera a necessidade de construção de um modelo que equilibre as exigências igualmente importantes de

⁸¹⁴ SPAETH, Harold J. & SEGAL, Jeffrey A. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 65.

⁸¹⁵ FRIEDMAN, Barry. “**The Politics of Judicial Review**”. Op. cit., p. 272.

independência e de responsividade judicial, fundamental para que uma Suprema Corte desempenhe satisfatoriamente a sua função no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

A partir da década de oitenta, foi construída uma nova proposta que tem o potencial de superar a referida dicotomia. Refere-se ao neoinstitucionalismo, que busca examinar como fatores institucionais delimitam a atuação de agentes públicos, de maneira a identificar a vontade de determinada instituição como a combinação da perspectiva coletiva dos indivíduos que a compõem com a sua cultura institucional. Tal concepção tem a vantagem de analisar não apenas o comportamento individual de juízes e legisladores (como os modelos atitudinal e o legalista), mas, ao contrário, dá especial atenção às interações travadas entre Judiciário e Legislativo. Portanto, a ação concreta de agentes públicos é limitada não só pela própria instituição, como pela dinâmica da sua interação com outros departamentos estatais.⁸¹⁶

A importância do reconhecimento das limitações impostas pelos demais departamentos estatais à jurisprudência da Suprema Corte (especialmente o Legislativo, cuja influência é o objeto de análise dessa seção) é fundamental para corrigir uma assertiva muito disseminada entre as teorias do direito: a crença de que “*a única restrição ao exercício das nossas competências é a autorestrição*”, como afirmou o Justice Stone no julgamento do caso *United States v. Butler*.⁸¹⁷ Se, de fato, o único limite efetivo à Suprema Corte for a sua “boa vontade” em relação às atribuições dos demais departamentos estatais, em um contexto de pequena vinculação ao texto e aos seus precedentes, como afastar o caráter contramajoritário da jurisprudência de um Tribunal que não zele por postura autorestritiva?

Todavia, além da consciência do magistrado a respeito das fronteiras que demarcam a legitimidade da sua atuação, há uma série de limitações institucionais à atividade judicial. Em influente e pioneiro trabalho publicado em 1988 nos EUA, Louis Fisher identificou vários constrangimentos institucionais à tarefa da Suprema Corte interpretar a Constituição.⁸¹⁸ Em razão do foco da presente seção se restringir às

⁸¹⁶ MILLER, Mark C. “The View Of the Courts from the Hill: a Neoinstitutional Perspective.” In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 54/55.

⁸¹⁷ 297 U.S. 1, 79 (1936).

⁸¹⁸ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988.

interações possíveis entre Suprema Corte e Parlamento, apenas os respectivos instrumentos serão analisados.

7.2 Instrumentos de interação

7.2.1 Ataques institucionais à Corte

São exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte a alteração do número dos seus membros, a manipulação das suas competências, e o *impeachment* de juízes para fins não disciplinares (sobretudo para o realinhamento da sua jurisprudência às preferências políticas de maiorias ou de elites políticas ou econômicas).

Nos EUA, o *número de juízes da Suprema Corte* foi alterado algumas vezes. Os federalistas, através do *Judiciary Act* de 1801, reduziram de seis para cinco, com o escopo de impedir que Thomas Jefferson, que sucederia John Adams no ano seguinte na Presidência da República, pudesse nomear juiz da sua predileção. No ano seguinte, com a revogação do *Judiciary Act*, o número voltou a seis, chegando a nove em 1869, número que se mantém até hoje.⁸¹⁹ Por outro lado, conforme se observou na seção 2.1, a rejeição do *impeachment* do Justice Chase no Senado norte-americano durante a querela federalistas v. antifederalistas que marcou a vida política nos EUA no início do século XIX, garantiu a *inviabilidade do uso do impeachment de juízes como instrumento de readequação política da jurisprudência da Suprema Corte, mas apenas para ins disciplinares*, em noção fundamental ao florescimento da independência judicial nos EUA.⁸²⁰

⁸¹⁹ V. <http://www.supremecourt.gov/>. Acesso em 20.12.2010, às 19:00h.

⁸²⁰ É curioso notar que, embora Alexander Hamilton, seja uma referência frequente na defesa da supremacia judicial, especialmente ao se mencionar as razões expostas no Federalista n. 78 (que, como visto no item 2.1 anteciparam os argumentos usados por Marshall em *Marbury v. Madison*), tenha admitido no Federalista n. 81 o uso de *impeachment* de juízes como instrumento para dar ao Legislador “completa segurança” de que o Judiciário não invadirá o seu domínio.

Confira-se o seguinte trecho do seu escrito: “Cabe, por fim observar que o risco de invasões, por parte do Judiciário, na autoridade do Poder Legislativo, não passa de fantasia. Podem ocorrer de quando em vez interpretações errôneas e violações a intenções do legislador, mas sem atingir um grau capaz de afetar a ordem do sistema político (...). *A inferência será ainda fortalecida se considerarmos o importante freio constitucional representado pelo poder que tem o Legislativo, uma de suas casas apresentando a denúncia e outra julgando os impedimentos dos membros do Judiciário. Bastaria isso para garantir completa segurança.* Nunca poderá haver o perigo de os juízes, por uma série de deliberadas usurpações da autoridade do Legislativo, provocarem o ressentimento justamente do órgão que possui os meios de punir tais veleidades, destituindo-os dos seus cargos. Embora assim se removam todos os receios que possa haver sobre a matéria, proporciona-se, ao mesmo tempo, um irrefutável argumento para que o Senado se constitua em uma corte para julgar os impedimentos.” HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas; Russel Editora, 2003, n. 81, p. 489/490.

Curiosamente, o exemplo clássico de ataque institucional foi a tentativa malograda de Franklin Roosevelt de “empacotar” a Suprema Corte. Na década de trinta, uma Suprema Corte de maioria conservadora declarou inconstitucional uma série de normas aprovadas por Roosevelt, inclusive aquelas que compunham o seu pacote de medidas destinado a retirar os EUA da crise econômica que se seguiu à quebra da Bolsa de Nova York em 1929 (*New Deal*). São exemplos dessa jurisprudência conservadora que desafiara um Presidente amplamente respaldado pelo apoio popular, a declaração da inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act* (NIRA), e de norma que aliviava dívidas de produtores rurais, e a imposição de sérias restrições ao poder do Presidente de destituir dirigentes de agências reguladoras independentes.⁸²¹

A eleição consagrada de Roosevelt em 1936 (na qual só não venceu em dois Estados) pavimentou o caminho para a sua reação à jurisprudência conservadora Suprema Corte. Após rejeitar várias soluções,⁸²² Roosevelt optou por apresentar ao Congresso projeto de lei que lhe autorizaria a nomear um novo juiz para cada juiz da Suprema Corte que contasse com mais de setenta anos no momento da aprovação da reforma e se recusasse a se aposentar. No momento do seu envio (05.02.1937), a proposição, se aprovada, lhe garantiria a nomeação de seis novos juizes, e, muito provavelmente, a reversão da jurisprudência conservadora contra a qual se opunha.⁸²³

O Comitê Judiciário do Senado rejeitou duramente a medida, que, a seu ver, tinha um único propósito: “*aplicar força ao Judiciário*”. Vale ser transcrita expressiva passagem do pronunciamento do Comitê:

Esta é a primeira vez na história da nossa Nação que uma proposta de alterar a jurisprudência da Corte pelo aumento do seu pessoal é feita de forma tão corajosa. Vamos apreciá-la. Vamos agora fixar um precedente salutar para que nunca seja violado. Vamos, o septuagésimo sétimo Congresso, em palavras que nunca serão negligenciadas por legislaturas futuras, declarar que nós preferimos uma Corte independente, uma Corte destemida, um Corte que ousará proferir a decisão que acredita proteger as liberdades, do que uma Corte que, por medo ou senso de obrigação com o poder que lhe investiu no cargo, ou por espírito de facção,

⁸²¹ São, respectivamente, os casos *Schechter Corp. v. United States* 295, US 495 (1935); *Louisville Bank v. Radford*, 295 US 555 (1935); *Humphrey’s Executor v. United States* 295 US 602 (1935).

⁸²² V.g.: emenda constitucional superadora da jurisprudência da Corte pela dificuldade na sua aprovação; lei de igual teor a anteriormente declarada inconstitucional, pela probabilidade de a Suprema Corte declará-la inconstitucional etc.

⁸²³ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Op. cit., p. 212/213.

*aprove qualquer medida que ele editar. Nós não somos os juízes dos juízes. Nós não estamos acima da Constituição.*⁸²⁴

Todavia, a mudança de entendimento na Suprema Corte tornou o *Court Packing Plan* desnecessário. Com efeito, o Justice Roberts abandonou a jurisprudência *laissez-faire* da Corte em casos como *West Coast Hotel v. Parrish*⁸²⁵ em que superou recente precedente para declarar a constitucionalidade de lei que fixara salário mínimo para mulheres, em mudança de posição sugestivamente apelidada de “*switch in time that saved nine*”. No curso de 1937 Roberts se juntou definitivamente aos liberais, viabilizando a manutenção das medidas sociais que compunham o *New Deal*. Roosevelt reconheceu o sucesso que a simples ameaça de empacotamento lhe rendeu, ao afirmar que “*a antiga minoria de 1935 e 1936 se tornou a maioria de 1937 – sem uma única nomeação de juiz!*”⁸²⁶

Quanto à *manipulação das competências da Suprema Corte pelo Legislativo*, convém destacar que o artigo terceiro da Constituição norte-americana permite que o Congresso Nacional regule e crie exceções à competência recursal da Suprema Corte.⁸²⁷ O caso mais emblemático de redução das suas competências foi *Ex parte McCardle* (1869),⁸²⁸ no qual se discutiu a constitucionalidade de lei que retirava da Corte a competência para julgar recursos em decisões proferidas em *Habeas Corpus* por tribunais inferiores. O objetivo da lei era privar a Suprema Corte da possibilidade de apreciar as normas de Reconstrução do Sul aprovadas após o fim da Guerra Civil, e, mais especificamente, retirar o *Habeas Corpus* impetrado por William McCardle da pauta da Suprema Corte, pois, embora o julgamento do caso já estivesse em fase adiantada, temia-se que o Tribunal declarasse a inconstitucionalidade dos atos de Reconstrução.

Caso a Suprema Corte invalidasse a lei que a privou da referida competência havia enorme risco de entrar em rota de colisão com o Congresso, pois, não apenas o caso *Dred Scott* havia contribuído para o irromper da guerra civil, como no Congresso tramitavam propostas de ataques institucionais à Suprema Corte. Com efeito, já havia

⁸²⁴ Report n. 711, 75th Congress (1937). Disponível em <http://www.house.gov/>; acesso em 23.13.2010.

⁸²⁵ 300 US 379 (1937).

⁸²⁶ V. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Op. cit., p. 215.

⁸²⁷ Veja-se o seguinte trecho do dispositivo citado: “the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, *with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make.*” Grifei.

⁸²⁸ 73 US (6 Wall), 250, 254 (1866).

sido aprovada pela *House of Representatives* proposta de aumentar o quorum para a Suprema Corte declarar lei inconstitucional (de maioria absoluta para dois-terços), e Parlamentares mais radicais aspiravam extinguir a Suprema Corte.⁸²⁹ Em decisão unânime, a Suprema Corte declarou constitucional a norma em apreço, demonstrando forte deferência ao poder do Congresso de regulamentar e criar exceções a competências recursais da Suprema Corte.

Diante do que se expôs, cumpre indagar o papel exercido pelos mecanismos de ataque institucional em face da Suprema Corte para o debate sobre a última palavra na interpretação constitucional. Há certa tendência entre aqueles que analisam empiricamente as relações entre Judiciário e Parlamento (sobretudo os cientistas políticos) de tratarem indistintamente ataques institucionais à Suprema Corte (como tentativas de empacotamento da corte ou de *impeachment* de juízes por motivos políticos) com mecanismos de reversão de decisões judiciais (como emenda constitucionais ou leis em sentido contrário à jurisprudência da Suprema Corte).⁸³⁰ Com efeito, embora reconheçam que os ataques institucionais atingem ao Judiciário em si (ao invés das normas superadoras, que revertem decisões específicas), consideram que ambos os instrumentos são usados estrategicamente pelo Parlamento para fazer prevalecer as suas preferências à Suprema Corte.⁸³¹

Todavia, no plano prescritivo, a experiência brasileira descrita na seção 4.1 constitui exemplo paradigmático de que os ataques institucionais à Corte são prejudiciais à implantação de um Estado de Direito, na medida em que enfraquecem sobremaneira a independência judicial, delibitando a possibilidade de os juízes aplicarem imparcialmente o direito, notadamente para limitar o poder estatal.

O vínculo entre independência judicial e Estado de Direito é singularmente ilustrado por uma história apócrifa sobre Frederico, o Grande: incomodado com o barulho incessante de um moinho de vento localizado em um milharal vizinho à sua residência de verão (*Palácio de Sanssouci em Potsdam*), o Rei da antiga Prússia formulou uma proposta de compra do terreno, e o seu proprietário prontamente a recusou. Irresignado, Frederico teria lhe dito

⁸²⁹ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues – interpretation as a political process*. Op. cit., p. 219.

⁸³⁰ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Op. cit., p. 31.

⁸³¹ Neste sentido, ver WHITTINGTON, Keith. “*Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review*”, p. 448/450;

*Você não sabe que posso usar os meus poderes para tomar o seu milho sem lhe pagar nada? Ao que o proprietário retrucou: como todo respeito, Vossa Majestade poderia fazê-lo, se não houvesse juízes em Berlim.*⁸³²

Com efeito, a noção de que Cortes devem ter a sua independência garantida para controlar abusos dos governos, especialmente quando resvalarem sobre os direitos humanos, ocupa papel central no pensamento constitucional ocidental contemporâneo.⁸³³

Portanto, propostas como a de Larry Kramer, que defende normativamente que os poderes políticos busquem reorientar o curso da jurisprudência da Suprema Corte através de expedientes como o *impeachment* de juízes, cortes no orçamento do Judiciário, descumprimento das decisões da Suprema Corte, encolhimento das suas competências, ou aumento do número dos seus membros (*court-packing*), devem ser recusadas. Mesmo nos EUA, onde o apoio popular confere à *Supreme Court* uma aura de santidade que lhe protegeu de ataques institucionais quando a sua jurisprudência se desviou radicalmente da visão constitucional adotada por ampla maioria do povo (*Lochner Era*), tal proposta sofre duras críticas, sobretudo por aniquilar o potencial de Cortes independentes protegerem direitos contra arbitrariedades estatais.⁸³⁴

Com muito mais razão, uma defesa normativa do emprego desses instrumentos para viabilizar um “mal pensado constitucionalismo popular” no Brasil é impertinente, pois os mais diversos ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal foram corriqueiramente usados até 1988 para lhe privar do exercício da sua competência constitucional de controlar imparcialmente a validade de leis e atos administrativos. A recente retirada do jogo político de ataques institucionais à Suprema Corte deve ser comemorada como uma evolução da jovem democracia brasileira, como um passo importante na consolidação da independência judicial e do Estado de Direito no Brasil.

Todavia, o exame das tentativas de ataques institucionais à Suprema Corte quando a sua visão constitucional se afastou bastante de perspectiva amplamente

⁸³² VANBERG, Georg. “Establishing and Maintaining Judicial Independence”. Op. cit., p. 99.

⁸³³ CAPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Op. cit.

⁸³⁴ CHEMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism**. Op. cit.

compartilhada pelos poderes políticos e pelo próprio povo,⁸³⁵ e, especialmente, o fato de terem gerado, via de regra, o realinhamento da sua jurisprudência à nova visão constitucional perfilhada pela opinião pública, revela a importância da experiência norte-americana sobre a questão.

A propósito, Barry Friedman considera que a tentativa frustrada de Franklin Roosevelt de aprovar o *Court Packing Plan* marcou profundamente a dinâmica das relações entre a Suprema Corte e os poderes políticos na tarefa de interpretação da Constituição. Com efeito, do episódio teria resultado um acordo tácito entre os departamentos estatais que confere ao Judiciário um poder político relevante, desde que ele não se afaste demais da opinião pública (em particular em assuntos politicamente sensíveis).⁸³⁶

Entretanto, a defesa no plano prescritivo de que os ataques institucionais à Corte violam a Constituição (especialmente o Estado de Direito, a separação dos poderes e as garantias da magistratura) não é incompatível com o reconhecimento no plano descritivo de que, se a Suprema Corte interpretar princípios constitucionais controvertidos de forma radicalmente desviante da visão do povo em questões de grande relevo, o povo e os seus representantes eleitos acharão um mecanismo para evitar ou para reverter as respectivas decisões judiciais. Ademais, se os poderes políticos resolverem promover ataques institucionais à Suprema Corte, e tiverem amplo respaldo popular, não se pode ser ingênuo em desconhecer que pouco poderá o Tribunal fazer a respeito.⁸³⁷

Contudo, ao invés de simplesmente arrolar os meios pelos quais o povo e os seus representantes podem fazer prevalecer a sua visão constitucional sobre a da Suprema Corte (como análises puramente empíricas costumam fazer), convém examinar, à luz das exigências normativas impostas pelas cláusulas do Estado Democrático de Direito, da separação dos poderes e das garantias da magistratura, quais instrumentos são efetivos para o povo e os poderes políticos comunicarem as suas preferências à Suprema Corte, e, eventualmente, reverterem as suas decisões, sem que incorram em

⁸³⁵ WHITTINGTON, Keith. “Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review”. Op. cit., p. 465/473.

⁸³⁶ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 4. A influência da opinião pública sobre a revisão judicial será analisada adiante.

⁸³⁷ Ibid.

sérios prejuízos aos princípios constitucionais antes referidos. Este será o propósito do próximo item.

7.2.2. O poder do Congresso sobre os orçamentos dos Tribunais e sobre os salários dos juízes. O processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte

Tradicionalmente as Constituições conferem ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. É natural que tal competência venha sendo um dos pontos de maior conflito entre o Judiciário e o Legislativo, notadamente porque os juízes fazem parte de um poder independente, e, portando, costumam se ressentir da interferência do Congresso Nacional em suas finanças. Por outro lado, o Legislativo tende a ver o Judiciário como mais um “órgão público” que visa a maximizar o seu orçamento, de maneira que o antagonismo das perspectivas institucionais fomenta o conflito.⁸³⁸

Cuidando-se de instrumentos inerentes aos mecanismos de freios e contrapesos, o Congresso pode usar tais poderes para mandar recados ao Judiciário.⁸³⁹ Exemplo pitoresco se deu com a insatisfação do Congresso Nacional dos EUA com a decisão proferida em *Reynolds v. Sims*, que, ao afirmar o princípio do *one man one vote*, redesenhou distritos eleitorais, prejudicando parlamentares e partidos que se beneficiavam do sistema antigo. Em resposta, o Senado emendou proposição legislativa aprovada na Câmara que dava aumento de \$ 7,500 (sete mil e quinhentos dólares) a todos os juízes federais, com a finalidade de aumentar os vencimentos dos juízes da Suprema Corte apenas em \$ 2,500 (dois mil e quinhentos dólares, cinco mil dólares a menos do que o aumento dado aos demais juízes federais). O Senador John Tower explicou a emenda parlamentar da seguinte forma: “*se a Suprema Corte parece entender que pode legislar e emendar a Constituição, talvez os seus juízes devam ganhar o mesmo que os parlamentares.*”⁸⁴⁰

No plano descritivo parece inegável que o uso do poder do Congresso Nacional para decidir sobre o orçamento dos Tribunais e sobre os salários de juízes pode dar azo

⁸³⁸ MILLER, Mark C. “The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective”. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, pp. 64.

⁸³⁹ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, p. 33.

⁸⁴⁰ Ibid.

a barganhas e a retaliações ao Judiciário - como no exemplo acima relatado -, inclusive pela inexistência de instrumentos jurídicos que lhe vinculem aos valores reputados corretos pelos Tribunais. Todavia, em uma análise prescritiva pode-se dizer que tais instrumentos são inadequados para expressar a insatisfação do povo ou de seus representantes com decisões judiciais específicas. A uma, porque consistem em retaliações que não contribuem em nada para a realização do ideal constitucional de independência e de harmonia entre os poderes (art. 2, CF/88). A duas, porque não são instrumentos efetivos para reverter a decisão indesejada nem o curso da jurisprudência dos Tribunais.⁸⁴¹

Por outro lado, o processo de nomeação dos juízes consiste no mais visível e tradicional mecanismo de influência dos poderes políticos na Suprema Corte.⁸⁴² O seu desenho institucional é construído dentro de um *continuum* em cujos pólos se encontram modelos ideais de independência e de responsividade judicial. No primeiro, busca-se insular ao máximo os juízes da política com vistas a permitir-lhes a aplicação imparcial do direito; no segundo, são estabelecidos mecanismos de conexão do juiz com a vontade popular para evitar que ele se utilize da sua independência para avançar as suas preferências ideológicas.⁸⁴³ Sendo rara a adoção de modelos puros de seleção de membros de Supremas Cortes ou de Cortes Constitucionais (concurso público ou cargos de livre nomeação e exoneração), a tendência natural é a realização de um *trade-off* entre independência e responsividade judicial.

Conforme visto no item 3.4.2.2 “c”, os mecanismos que concedem a um só órgão o poder de nomear os Ministros (normalmente o Presidente, que tende a atuar como líder da coalização parlamentar majoritária), e os que sujeitam a sua indicação a um processo de confirmação meramente formal a outro órgão, privilegiam a *accountability* à independência. Já mecanismos que exigem o efetivo concurso de vontades de dois ou mais órgãos são mais propensos à escolha de juízes moderados e à proteção de minorias, havendo, porém, o risco de impasses no processo de escolha.⁸⁴⁴

⁸⁴¹ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**, p. 33.

⁸⁴² Ibid.

⁸⁴³ YALOF, David A. “Filling the Bench”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (org.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 471.

⁸⁴⁴ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**, pp. 42/46.

Ademais, a natureza da investidura dos juízes da Suprema Corte exerce influência importante no equilíbrio entre independência e responsividade judicial. Em uma ordem decrescente de independência judicial se colocam: (i) vitaliciedade (que pode ser potencializada pela ausência de aposentadoria compulsória), (ii) mandatos por prazos certos e não-renováveis, e (iii) mandatos renováveis.⁸⁴⁵

Em artigo clássico publicado em 1957, Robert Dahl antecipou algumas das principais conclusões obtidas pela análise contemporânea acerca da posição ocupada pela Suprema Corte em um sistema político.⁸⁴⁶ Destaque-se, inicialmente, a constatação de que a Suprema Corte não consiste em mera instituição legal, mas em instituição política, na medida em que decide questões relevantes politicamente e bastante controvertidas.⁸⁴⁷ Desta forma, a vinculação da legitimidade da sua atuação a critérios exclusivamente jurídicos (i.e. critérios de interpretação constitucional, sobre cujo respeito há forte desacordo inclusive no seio da Suprema Corte) consiste em “ficção” que cria sérios problemas de legitimidade democrática.⁸⁴⁸

Todavia, o problema da “dificuldade contramajoritária” da Suprema Corte não considera que um Presidente nomeia novo Ministro da Suprema Corte em média a cada dois anos, de maneira que os dois ministros que o Presidente nomeará em seu mandato provavelmente irão reverter eventual jurisprudência que repute equivocada em assuntos especialmente controvertidos, nos quais as votações tendem a ser muito parelhas. Se não lograr fazê-lo em um mandato, será praticamente inevitável a mudança da jurisprudência em um segundo mandato. Isto porque, os candidatos a Suprema Corte são tipicamente homens públicos, que expressam as suas opiniões sobre questões politicamente relevantes e controvertidas, e, naturalmente, o Presidente da República

⁸⁴⁵ Ibid., p 46/47.

⁸⁴⁶ DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. **Journal of Public Law**, 6: 279/295 (1957).

⁸⁴⁷ No Brasil, Gisele Cittadino sustenta que o STF é uma instituição política. Veja-se a seguinte passagem: “Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance de regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política, ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição, como vimos, não se definiu como ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarfa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 62/63.

⁸⁴⁸ Ibid., p. 280.

optará por escolher alguém que seja, concomitantemente, alinhado à sua visão constitucional e palatável ao Senado.⁸⁴⁹

Desta forma, o processo de nomeação pelo Presidente e de confirmação pelo Senado conferiria uma sintonia entre as preferências políticas na Suprema Corte e dos poderes políticos, não sendo factível que o Tribunal se mantenha, por longo período, contrário a maiorias legislativas. Portanto, a Suprema Corte dificilmente bloqueará “*uma maioria legislativa persistente e determinada*”, somente terá algum sucesso em se opor a “*maiorias fracas*” ou “*mortas*”.⁸⁵⁰ Assim, o processo de nomeação conferiria *accountability* à Suprema Corte e reduziria a dramaticidade do caráter contramajoritário da revisão judicial.⁸⁵¹

Com efeito, ao longo dos seus mais de dois séculos de funcionamento o Senado norte-americano não confirmou aproximadamente vinte por cento das indicações para a Suprema Corte (vinte e cinco no total). A maioria das rejeições se deu antes de 1900, tendo assumido um padrão consensual entre as décadas de trinta de sessenta, quando se restabeleceram os conflitos entre o Presidente da República e o Senado por ocasião da rejeição da ascensão de Abe Fortes de *Associate Justice* para *Chief Justice* em 1968, e das recusas das indicações de Clement F. Haynsworth Jr. E G. Harrold Carswell para o cargo de *Associate Justice* em 1969 e 1971, respectivamente.⁸⁵²

Contudo, o caso de maior repercussão foi a rejeição do juiz Robert H. Bork, que à época da sua nomeação se notabilizara pela sua atuação conservadora no *D.C. Circuit*. A ênfase dada por Richard Nixon às preferências políticas dos candidatos, ao invés das suas credenciais jurídicas, já tornara evidente o alto grau de politização das nomeações para a Suprema Corte. Entretanto, a reação conservadora ao ativismo liberal da Warren Court e o fato de Ronald Reagan já ter nomeado juristas conservadores para a Suprema Corte (Antonin Scalia e a ascensão de William Renquist para *Chief Justice*, ambas em 1986) aumentaram a dimensão político-ideológica da nomeação de Bork, que viria a substituir o moderado Powell, e assim poderia instituir sólida maioria conservadora na

⁸⁴⁹ Ibid., p. 285.

⁸⁵⁰ Ibid., p. 286. Dahl considera que a crise que levou ao envio do *Court Packing Plan* ao Congresso foi excepcional, pois Franklin Roosevelt teria tido terrível “má sorte” ao somente fazer a sua primeira nomeação quatro anos após a sua posse.

⁸⁵¹ O argumento de que há significativo alinhamento entre Suprema Corte e opinião pública foi retomado por autores contemporâneos, cujas serão abordadas mais adiante.

⁸⁵² FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Op. cit., p. 138/139. Fortas posteriormente renunciou ao cargo de *Associate Justice*, quando respondia a processo de impeachment por impropriedades pessoais e financeiras.

Corte. O estilo provocativo das críticas de Bork a decisões liberais da Suprema Corte em matéria de direitos civis lhe rendeu a oposição de várias organizações de proteção de minorias, e a estratégia da Casa Branca de transformá-lo em um juiz moderado desmobilizou os setores mais conservadores do Partido Republicano da sua campanha. Tais fatores, somados ao controle dos Democratas sobre o Senado em 1986, selaram a sorte de Bork.⁸⁵³

O que nos interessa reter do exposto é que nos EUA, ao lado da indicação do Presidente, há um processo de deliberação no Senado altamente politizado, em que as opiniões dos candidatos a Suprema Corte sobre questões politicamente controvertidas são analisadas e discutidas pelos Parlamentares. Neal Katyal, por sua vez, extrai consequências normativas da dinâmica do processo de confirmação no Senado nos EUA. A propósito, Katyal considera que a conexão eleitoral dá ao Senado vantagem comparativa - quando comparado à Suprema Corte - na identificação de mudanças na visão do povo sobre questões constitucionais controvertidas, além de conferir às suas interpretações constitucionais maior dose de *accountability*.

Assim, o processo de confirmação daria “voz ao povo” no processo de interpretação constitucional, pois os debates travados no Senado influenciariam não só o candidato que viesse a ser aprovado, mas também os demais membros da Suprema Corte e os futuros candidatos ao cargo. À luz dessas características, reputa que o processo de confirmação de candidatos a Suprema Corte no Senado contribui bastante para a construção de um modelo dialogal entre Judiciário e Legislativo na interpretação constitucional, apresentando inclusive vantagens em relação a instrumentos alternativos. Dentre as vantagens que atribui ao processo de confirmação de candidatos da Suprema Corte no Senado em relação à superação de decisões constitucionais pelo Legislativo, Katyal arrola as seguintes: (i) o maior intervalo de tempo entre a decisão da Suprema Corte e o processo de confirmação no Senado permite deliberação constitucional mais sóbria e tendente ao consenso; (ii) abordagem de um espectro mais amplo de questões constitucionais controvertidas; (iii) maior saliência política e abertura a grupos de interesse.⁸⁵⁴

⁸⁵³ Ibid, p. 139/141.

⁸⁵⁴ KATYAL, Neal. **Legislative Constitutional Interpretation**. Disponível em <http://www.jstor.org/pss/1373024>. Acesso em 10.03.2010. Dentre as vantagens comparativas que atribui ao processo de confirmação de candidatos da Suprema Corte no Senado em relação à superação de decisões constitucionais pelo Legislativo, Katyal arrola as seguintes: “(i) o maior intervalo de tempo entre

A visão de Katyal deve servir de estímulo para que o processo de confirmação no Senado seja desenhado de forma a estimular o seu potencial deliberativo. Não há dúvidas de que um amplo e transparente debate no Senado a respeito das visões do candidato a Suprema Corte sobre questões constitucionais controvertidas, com a participação da sociedade civil e de diversos grupos de interesse, contribuiria para que visões populares sobre a interpretação da Constituição fossem veiculadas e influenciassem o atual candidato, os demais membros da Suprema Corte e futuros candidatos.

Todavia, mesmo nos EUA, onde há efetiva deliberação no Senado sobre os candidatos, falar-se em uma fina sintonia entre a sua jurisprudência e a vontade popular parece ilusório. Isto porque, a maioria das questões decididas pela Suprema Corte não vem à baila no processo de nomeação e de confirmação dos candidatos à Suprema Corte, e mesmo que as questões constitucionais fossem discutidas no Senado, como as nomeações são raras, o momento em que elas precisarão ser decididas dificilmente coincidirá com a sabatina do candidato. Além disso, o impacto de uma nomeação sobre a mudança da jurisprudência da Suprema Corte é relativo, pois depende não só da fidelidade de quem entra (o que, como visto, nem sempre acontece), mas do perfil ideológico de quem sai (a substituição de juiz conservador por outro juiz conservador terá reduzida repercussão), não se podendo ainda desconsiderar a dificuldade prática de superar jurisprudência há muito consolidada.⁸⁵⁵

Em suma, é verdade que o processo de nomeação dos juízes pelo Presidente e de confirmação pelo Senado contribui para um realinhamento da jurisprudência da Suprema Corte a aspectos centrais da visão constitucional da coalização governamental dominante e da opinião pública. Todavia, não se sabe exatamente o quanto tal processo contribui para tal desiderato,⁸⁵⁶ e certamente a sua influência sobre boa parte das questões decididas pela Suprema Corte é mínima ou mesmo nenhuma.

7.2.3 A não implementação de decisões judiciais

a decisão da Suprema Corte e o processo de confirmação no Senado permite deliberação constitucional mais sóbria e tendente ao consenso; (ii) abordagem de um espectro mais amplo de questões constitucionais controvertidas; (iii) maior saliência política e abertura a grupos de interesse.

⁸⁵⁵ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations.** Op. cit., p. 33/34.

⁸⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, vol. 101, August 2003.

Um dos mais importantes focos das críticas das teorias empíricas às teorias normativas consiste no “*problema da implementação das decisões judiciais*”. Com efeito, a partir da correta premissa de que o integral cumprimento das decisões judiciais consiste em pressuposto necessário à tutela do Estado de Direito, as teorias normativas não vislumbram a distinção entre os momentos da “prolação” e da “implementação” da decisão judicial, parecendo crer que a decisão logrará se impor automaticamente, modificando mesmo que uma realidade inóspita no segundo seguinte ao da sua prolação. Todavia, já Hamilton reconhecia ser o Judiciário o “poder menos perigoso”, por não ter a “chave do cofre” (poder orçamentário, como o Legislativo), nem a “espada” (poder de polícia, como o Executivo). Assim, a efetivação das suas decisões não-raro exige atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo ou de atores privados, algo que pode ser problemático caso eles se oponham firmemente à decisão judicial.⁸⁵⁷ Tal circunstância se revelou de forma crua em famoso gracejo atribuído ao ex-Presidente Andrew Jackson: “*John Marshall proferiu a decisão; agora deixe-o implementá-la*”.⁸⁵⁸

Há, efetivamente, diversos e notórios exemplos em que decisões judiciais tiveram reduzida eficácia. Cite-se, por exemplo, o caso do uso de crucifixos em escolas públicas na Bavária. Após a Corte Constitucional alemã considerar contrária à liberdade de religião a fixação de crucifixos nas salas de aula em escolas públicas, irrompeu-se séria crise constitucional na Bavária sob a forma de protestos de líderes religiosos e de políticos no sentido de que a decisão judicial menoscabara a herança cristã alemã, levando Helmut Kohl, Chanceler à época, a afirmar que a decisão lhe parecia “incompreensível”. A intensa mobilização de grupos religiosos obteve setecentas mil assinaturas contra a decisão judicial, pressionando o Parlamento a aprovar lei que afirmava que o uso de crucifixos inserir-se-ia “*nas tradições culturais e históricas da Bavária*”, e que tal ato “*simboliza o desejo de realizar os mais elevados objetivos educacionais*”. Além disso, a norma previu que “*se os pais questionassem a colocação do crucifixo por razões razoáveis de fé ou seculares, o diretor da escola deveria buscar uma solução de compromisso*”. Entretanto, conforme reconhecido por um juiz da Corte

⁸⁵⁷ VANBERG, Georg. *The Politics of Judicial Review in Germany*. Op. cit., p. 6.

⁸⁵⁸ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. *Texas Law Review*, vol. 84, n. 2, 2005, p. 315.

Constitucional, fato é que “*hoje há mais cruífixos em escolas na Bavária do que havia antes da decisão*”.⁸⁵⁹

Outro caso importante de negativa de implementação a decisão judicial se deu nos EUA. No caso *INS v. Chada* a Suprema Corte declarou inconstitucional a prática do “veto legislativo”, na qual o Congresso delegava poderes normativos às agências reguladoras, cujos atos tinham a sua eficácia suspensa por um lapso de tempo determinado, dentro do qual o Parlamento poderia rejeitá-los sem a intervenção do Presidente da República através da sanção ou do veto. Considerou a Corte que qualquer norma que implicasse criação de direitos e obrigações a indivíduos deveria observar integralmente o processo legislativo, com a deliberação das duas Casas Legislativas e com a participação necessária do Chefe do Poder Executivo.

Entretanto, a dificuldade na implementação da decisão decorria do fato de o “veto legislativo” ser conveniente tanto às agências reguladoras quanto ao Parlamento: às agências garantia razoável espectro para a sua atuação discricionária em matérias cuja regulação exigia *expertise* e celeridade; ao Legislativo preservava o controle sobre os respectivos atos administrativos. Diante deste cenário, foram concebidos métodos inventivos para manter uma sistemática de controle parlamentar dos atos da agência que não se submetesse aos rigores do processo legislativo ordinário, mantendo-se a dinâmica interinstitucional que pareceu à Suprema Corte inconstitucional.⁸⁶⁰

Note-se que a ausência de implementação não se verifica apenas nas hipóteses de atores públicos e privados resistirem às respectivas decisões judiciais. Inversamente, há diversas razões que podem mitigar a plena eficácia das decisões judiciais. Com efeito, há decisões cuja implementação pressupõe a edição de complexos atos políticos, como, por exemplo, a edição de leis onde é necessária a comunhão das vontades da maioria parlamentar e do Chefe do Executivo. Exemplo paradigmático de dificuldade de implementação de decisão judicial se deu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 401953/RJ, no qual o STF julgou inconstitucional esdrúxula lei do Estado do Rio de Janeiro que, a pretexto de regulamentar o repasse de um quarto dos vinte por cento do produto do ICMS devido aos Municípios segundo o art. 158, p. único, II, da CF/88,

⁸⁵⁹ Ibid., p. 2/4.

⁸⁶⁰ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues – interpretation as a political process*. Op. cit., p. 224 et seq.

fixou como critérios norteadores do repasse “a população, o território, etc.”, e, em seguida, aplicou fator zero ao Município do Rio de Janeiro (!?).

Sem embargo da inequívoca irrazoabilidade da lei, o elemento que se quer destacar é que, na hipótese, o cumprimento da decisão se sujeita à edição de lei estadual que venha a

normatizar o recálculo e a transferência ao recorrente (Município do Rio de Janeiro) dos créditos pertinentes aos períodos passados”, devendo “prever, ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.”⁸⁶¹

Não é necessária maior elucubração para se perceber as enormes dificuldades políticas da aprovação da referida lei pela Assembléia Legislativa, diante do significativo impacto financeiro nos orçamentos dos Municípios do interior do Estado do Rio de Janeiro.

Por outro lado, a incompreensão acerca do teor das decisões judiciais não pode, em absoluto, ser desconsiderada. Com efeito, a linguagem jurídica não é de fácil

⁸⁶¹ STF, Pleno, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 16/05/2007. Embora os exemplos do direito brasileiro tenham sido guardados para o próximo item por razões didáticas, tal decisão foi aqui incluída por revelar, de forma expressiva, a dificuldade política a que alude a hipótese. Confira-se a ementa do acórdão: EMENTA: FINANCEIRO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICMS. PARTILHA E REPASSE DO PRODUTO ARRECADADO. ART. 158, IV, PAR. ÚN., II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. EXCLUSÃO COMPLETA DE MUNICÍPIO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Com base no disposto no art. 3º, III, da Constituição, lei estadual disciplinadora do plano de alocação do produto gerado com a arrecadação do ICMS, nos termos do art. 157, IV, par. ún., II, da Constituição, pode tomar dados pertinentes à situação social e econômica regional como critério de cálculo. 2. Contudo, não pode a legislação estadual, sob o pretexto de resolver as desigualdades sociais e regionais, alijar por completo um Município da participação em tais recursos. Não obstante a existência, no próprio texto legal, de critérios objetivos para o cálculo da cota para repasse do produto arrecadado com a cobrança do imposto, a Lei 2.664/1996 atribui ao Município do Rio de Janeiro valores nulos. 3. São inconstitucionais as disposições que excluem por completo e abruptamente o Município do Rio de Janeiro da partilha do produto arrecadado com o ICMS, constantes nos Anexos I e III da Lei do Estado do Rio de Janeiro 2.664/1996, por violação do art. 158, IV, par. ún., I e II, ponderados em relação ao art. 3º, todos da Constituição. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALCANCE DA DECISÃO. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que o Estado do Rio de Janeiro recalcule os coeficientes de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS (parcela de ¼ de 25%, art. 158, IV, par. ún., II, da Constituição), atribuindo ao Município do Rio de Janeiro a cota que lhe é devida nos termos dos critérios já definidos pela Lei 2.664/1996 e desde o início da vigência de referida lei. 5. Uma vez que o recálculo do quadro de partilha poderá implicar diminuição da cota de participação dos demais municípios do Estado do Rio de Janeiro, com eventual compensação dos valores recebidos com os valores relativos aos exercícios futuros, a execução do julgado não poderá comprometer o sustentáculo financeiro razoável e proporcional dos municípios. 6. Logo, a lei que irá normatizar o recálculo e a transferência dos créditos pertinentes aos períodos passados deverá prever, ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.”

compreensão aos não versados em direito, e a grande maioria da população acompanha a jurisprudência da Suprema Corte através da imprensa, sendo natural que apenas um pequeno rol do acervo de decisões constitucionais receba ampla publicidade nos órgãos de mídia. Além disso, Cortes que não se manifestam através de decisões únicas, claras e objetivas, mas antes os seus acórdãos são compostos por votos particulares, com frequência divergentes, apresentam maior dificuldade para explicar ao grande público o teor exato do seu entendimento.⁸⁶²

Em conclusão, deve-se reconhecer que o fato de a implementação das decisões judiciais depender da atuação de atores públicos e privados, e não-raro se sujeitar a complexos atos políticos (v.g. edição de leis), revela certa fragilidade institucional do Judiciário, sobretudo quando houver coincidência entre os agentes responsáveis pela prática de atos comissivos para a implementação das decisões judiciais e os irredimidos com o seu teor. Por outro lado, a baixa saliência política da maioria das decisões de uma Corte Suprema, o hermetismo da linguagem jurídica, faz com que boa parte das decisões constitucionais não seja conhecida pelo grande público, e, portanto, não desempenhe a plenitude dos seus efeitos *erga omnes* e vinculantes, pois, naturalmente, não se pode cumprir o que não se conhece.

Desta forma, a constatação empírica de que em determinado caso concreto a não-implementação das suas decisões seja, de fato, uma ameaça concreta, tende a levar os juízes a uma postura de prudência, sendo, p. ex., deferentes a norma que, embora não repute realizar plenamente princípio constitucional, tem amplo suporte na opinião pública e nos Poderes Legislativos. Assim, a possibilidade de não implementação pode influenciar a decisão judicial, trazendo limites adicionais à ideologia e ao direito na efetiva capacidade de o Judiciário limitar maiorias políticas e de mudar a realidade social.⁸⁶³

Embora tal constatação seja importante, as teorias empíricas desconsideram o malefício causado pela não-implementação de decisão judiciais ao Estado de Direito. Com efeito, as teorias empíricas tendem a tratá-la como mais um dos instrumentos de possível interação e de comunicação de preferências entre o Judiciário e os poderes políticos, colocando-a, portanto, lado-a-lado com mecanismos compatíveis com a *rule*

⁸⁶² O tema será aprofundado no item 7.4.

⁸⁶³ VANBERG, Geog. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Op. cit., p. 14. O ponto será aprofundado na seção 7.3.

of law (i.e. nomeação de juízes por autoridades políticas).⁸⁶⁴ Todavia, a eficácia erosiva que a não-implementação de decisões judiciais impõe ao Estado de Direito é clara, e pode ser ilustrada por um episódio curioso ocorrido na Rússia.

Desde a queda da União Soviética, tem havido uma persistente luta por autonomia entre as diversas regiões da Rússia e o governo central, na qual a Suprema Corte tem sido uma frequente aliada do último através de uma jurisprudência centralizadora. Contudo, tendo em vista que as suas decisões vinham sendo rotineiramente ignoradas pelos governos locais, o Presidente Vladimir Putin apresentou projeto de lei, que restou aprovado pelo Parlamento em 2001, no qual foram estabelecidos prazos rígidos e penalidades para o cumprimento das decisões da Suprema Corte apenas pelos governos locais, ficando o governo federal imune a qualquer prazo ou penalidade pelo não cumprimento das decisões.⁸⁶⁵ Naturalmente que tal “cogência seletiva” não se inspira por um compromisso com a obrigatoriedade das decisões judiciais, mas pelo uso político da Suprema Corte como instrumento de centralização do país, afigurando-se claramente incompatível com o Estado de Direito.

Assim, sem prejuízo de reconhecer-se a enorme dificuldade na implementação de decisões judiciais que contrariem visões majoritárias na sociedade e nos poderes políticos (e, portanto, sem que se negue a natural postura de deferência do Judiciário a escolhas políticas do legislador em hipóteses que tais), uma das principais lições a ser extraída no plano prescritivo é a necessidade de se pensar um desenho institucional que favoreça um monitoramento rápido e eficiente da compatibilidade da atuação de órgãos judiciais e administrativos ao entendimento constitucional da Suprema Corte, sobretudo diante da inviabilidade prática de o órgão de cúpula do Judiciário conhecer um instrumento processual para cada ato reputado contrário à sua jurisprudência.

Crê-se que o aprimoramento dos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões da Suprema Corte não entrará em rota de colisão com a natural deferência do Judiciário aos atos dos poderes políticos fundados em opiniões claramente majoritárias na sociedade. Ao contrário, com a consciência do Judiciário de que as suas decisões irão, na maior extensão possível, efetivamente guiar a ação futura de agentes públicos e

⁸⁶⁴ Neste sentido, MILLER, Mark C. “The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective”. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 53/72.

⁸⁶⁵ VANBERG, Geog. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Op. cit., p. 7/8.

privados, ele tenderá a ser mais cauteloso do que provavelmente o seria se soubesse que a decisão atingiria apenas as partes do processo.

Parece comprovar o exposto o curso que o processo de judicialização da saúde tomou no Brasil: diante da prevalência das ações individuais sobre as coletivas, a circunstância de as primeiras possuírem apenas efeitos *inter partes* dificulta que o juiz considere realmente a possibilidade da razoável universalização da prestação médica solicitada na ação, antes tendendo a dar pouco relevo a limitações financeiro-orçamentárias, diante do reduzido impacto da decisão individual no orçamento da saúde. Já no âmbito das ações coletivas, por serem dotadas de efeitos *erga omnes*, naturalmente que o fato de a prestação solicitada se direcionar a todos que dela necessitem implicará maior impacto financeiro que uma ação individual, e o juiz será obrigado a considerar a repercussão orçamentária da medida, e, via de consequência, a realizar o necessário juízo sobre a possibilidade da sua razoável universalização.⁸⁶⁶ Portanto, parece evidente que nas ações coletivas tenderá a ser mais cauteloso do que nas ações individuais, fomentando uma postura de deferência judicial a escolhas financeiras feitas por órgãos democraticamente legimadas em um contexto de escassez de recursos, sem prejuízo do controle residual da proporcionalidade da decisão política.

7.2.4 Os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte

Um instrumento de superação de decisão constitucional pelo Parlamento que sempre vem à baila quando se discute os diálogos constitucionais é a *override clause* (também chamada de *notwithstanding clause*).⁸⁶⁷ Tal dispositivo, previsto na Seção 33

⁸⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 875/905.

⁸⁶⁷ Confira-se a sua redação:

“33. (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15.*

(2) *An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.*

(3) *A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.*

(4) *Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).*

da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, permite que as Legislaturas nacional e provincianas do Canadá deliberem, por maioria ordinária e pelo prazo renovável de cinco anos, pela prevalência das suas leis sobre os direitos da liberdade e da igualdade arrolados nas seções 2, 7 e 15 da *Charter*.⁸⁶⁸

Todavia, a má redação da *override clause* e o seu péssimo uso tornam-na uma “*piscina suja*”, ou seja, um dispositivo constitucional que caiu em desuso, diante do altíssimo custo político do seu emprego.⁸⁶⁹ Com efeito, a circunstância de a cláusula aludir à superação de direitos fundamentais por maiorias legislativas ordinárias, ao invés da superação de decisões judiciais que não tenham protegido adequadamente tais direitos na visão do Parlamento, revela claramente que o seu objetivo não era o de fomentar um diálogo entre o Judiciário e o Legislativo sobre a melhor forma de interpretar direitos, mas preservar a supremacia parlamentar pela garantia da não-vinculação dos seus atos aos direitos fundamentais.

Por outro lado, o Parlamento de Quebec, província que não havia consentido com a *Charter* de 1982, nove semanas após a sua edição editou uma cláusula do não-obstante preventiva e genérica, valendo-se de expediente engenhoso: revogou todas as leis da Província e reeditou-as, acompanhadas de uma *override clause* que abrangia não só todas as leis provincianas pretéritas, como também as futuras. A questionável validade do seu emprego foi submetida à Suprema Corte canadense em *Ford v. Quebec*.

O caso envolvia um dos pontos mais sensíveis da inserção de Quebec na Federação canadense: a manutenção da sua identidade francófona. Questionava-se o uso por Quebec da *notwithstanding clause* para isentar o exame da compatibilidade com a Carta de lei que estabelecia que os sinais públicos e as propagandas públicas e privadas deveriam ser veiculados exclusivamente em francês. Ford, indivíduo que levou o caso à

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).” (grifei)
Disponível no site da Biblioteca do Parlamento canadense: <http://www2.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp194-e.htm>; acesso em 10.01.2011, às 7:30h.

⁸⁶⁸ GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**. Op. cit., p. 19. A *Charter* de 1982 foi editada no bojo do processo de desvinculação do Canadá dos atos do Parlamento inglês conduzido pelo Primeiro-Ministro Pierre Trudeau. Embora Trudeau desejasse instituir um modelo tipicamente norte-americano (Constituição rígida, revisão judicial e supremacia judicial em sentido estrito), houve intensas resistências das províncias ao abandono do tradicional modelo de supremacia parlamentar de inspiração inglesa, e, especialmente, à excessiva vinculação das suas legislaturas a normas nacionais. A solução da “undécima hora” foi pegar de empréstimo da *Charter* de 1960 a *override clause*, positivando-a na seção 33 da nova Carta, para eximir as legislaturas federal e provinciana da submissão a determinados direitos.

⁸⁶⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 57.

Suprema Corte, se irresignara contra o ato administrativo que determinou a retirada da placa em frente à sua madeireira que continha os dizeres “*Laine – Wool*”, sob o argumento de que a medida seria contrária à liberdade de expressão.

Ford alegou também a invalidade do uso da cláusula do não obstante por Quebec, pela não especificação dos direitos afastados.⁸⁷⁰ Embora a Suprema Corte tenha reconhecido a incompatibilidade da lei com a liberdade de expressão, ela considerou válido o uso genérico da cláusula do não obstante, sob o argumento principal de a Seção n. 33 da Carta não estabelecer requisitos substantivos (como a indicação precisa dos direitos afastados), mas apenas pressupostos formais, dentre os quais se destaca a previsão expressa da cláusula.

Todavia, o fato de o Parlamento federal nunca ter usado a *override clause*, de Quebec não ter renovado o seu uso após o decurso do prazo de cinco anos de validade, e dos poucos outros usos da cláusula terem ocorrido em casos de menor repercussão (i.e. greves de funcionários públicos) evidencia que a cláusula do não obstante hoje é vista como uma reminiscência anacrônica do passado de supremacia parlamentar, de maneira que o seu uso corriqueiro é incompatível com um regime que zele pela proteção de direitos, como é o caso do Canadá atualmente.⁸⁷¹

Hoje, a efetiva interação entre a Suprema Corte e o Parlamento canadenses sobre a melhor forma de proteger os direitos previstos na Carta de 1982 se dá através da sua seção n. 1, que autoriza o legislador a impor-lhes apenas limites que sejam “razoáveis”, prescritos em lei, e justificáveis em uma “sociedade livre e democrática”.⁸⁷² A dinâmica das relações entre os Poderes Judiciário e Legislativo na interpretação da Carta de Direitos de 1982 tem sido bastante instável, ora seguindo uma lógica mais deliberativa, ora seguindo uma lógica mais adversarial.

Bons exemplos de ambas as hipóteses ocorreram na seara dos crimes sexuais. Em 1990 a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que previa até prisões perpétuas para homens que tivessem praticado conjunções carnavais consensuais com meninas menores de quatorze anos, ainda que eles acreditassem que elas fossem mais

⁸⁷⁰ Ibid., p. 55.

⁸⁷¹ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 292/293.

⁸⁷² Ibid. Confira-se a redação da seção 1 da Carta: “1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” Disponível no site do Departamento de Justiça canadense (<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html>). Acesso em 10.01.2011, às 15:05h.

velhas. A maioria da Corte considerou que a lei poderia punir acusados que fossem “mentalmente inocentes”, não se justificando como um limite razoável aos direitos do acusado que se legitimaria como instrumento apto a combater a pedofilia.

O Parlamento, porém, editou norma que protegia mais intensamente as crianças, além de ser mais atenta aos direitos do acusado. O novo tipo criminal protegia tanto meninos quanto meninas menores de quatorze anos de qualquer forma de abuso sexual (e não apenas as meninas de conjunções carnavais). Além disso, a lei permitiu depoimentos gravados para facilitar a colheita de prova junto à vítima, e, apesar de não perfilhar o elemento subjetivo exigido pela Corte (consciência do acusado da idade da vítima), admitiu que o fato de o acusado ter tomado todas as precauções razoáveis para saber a idade real da vítima excluiria a ilicitude da sua conduta.

Assim, independentemente do acerto da posição da Suprema Corte ou do Parlamento (ou mesmo de nenhuma das duas), a interação entre estas instituições apresentou valor deliberativo, tendo em vista que cada uma aprendeu com a perspectiva da outra, e a solução final se situou em um ponto intermediário em relação às soluções originais. Ademais, cada instituição contribuiu com a sua específica capacidade institucional: a Suprema Corte, graças ao seu relativo insulamento político, se mostrou mais apta a proteger grupos marginalizados de excessos contidos em leis (i.e. pedófilos), enquanto o Legislativo atendeu ao justo clamor social de aplicação de punições duras e efetivas aos autores de crimes sexuais contra menores.⁸⁷³

Outra hipótese que seguiu tal lógica foi a resposta do Parlamento à decisão proferida pela Suprema Corte em *Seaboyer*.⁸⁷⁴ Indivíduo que fora acusado por crime de estupro alegou que a vedação ao uso de informações sobre o comportamento sexual passado da vítima violava o seu direito à ampla defesa. No Canadá, as tentativas de desacreditar vítimas de estupro com base na sua vida sexual pretérita consistiam em estratégia muito eficaz para os acusados, porém bastante dolorosa para as vítimas, e acabavam por desestimular comunicações de crimes sexuais às autoridades públicas.

Com vistas a encorajar as vítimas de crimes sexuais a denunciar os criminosos, o Parlamento aprovou lei em 1983 que vedara o uso de praticamente qualquer informação sobre o comportamento sexual pretérito da vítima em julgamentos sobre crimes sexuais.

⁸⁷³ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 269. O caso citado, *R. v. Hess* (1990), 59 CCC (3d) 161 (SCC), é tratado por Roach.

⁸⁷⁴ (1991) 66 CCC (3d) 321 at 403, 387 (SCC). V. ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 272 et seq.

Contudo, tal norma foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte. A sua composição majoritária entendeu que o legislador sopesou inadequadamente os direitos da vítima e do acusado, na medida em que afastou do conhecimento do Tribunal provas que poderiam ser fundamentais para a comprovação da inocência do réu. Rejeitou a Suprema Corte o que considerou uma leitura estreita dos direitos do acusado, e conferiu maior ênfase à necessidade de incremento à denúncia e à punição de crimes sexuais.

Kent Roach argumenta que a maioria da Corte foi cautelosa no sentido de não restabelecer a prática passada em que os depoimentos de vítimas de crimes sexuais eram preconceituosamente desacreditados pela sua vida sexual pretérita. Ao contrário, a Suprema Corte teria buscado equilibrar os direitos do acusado e da vítima ao fixar regras de *common law* que não permitiam que o comportamento pessoal pretérito da vítima fosse usado para desacreditar o seu depoimento, tendo, inclusive, antecipado que regras alternativas editadas pelo legislador seriam aceitas pela Corte (desde que, naturalmente, não avançassem demais contra os direitos do acusado).⁸⁷⁵

Apesar da tentativa de atingir-se um meio termo, a decisão da Suprema Corte foi denunciada pela imprensa como “tapa na cara” das vítimas de crimes sexuais. Após um primeiro momento de maior tensão nas relações entre Parlamento e Suprema Corte (no qual se cogitou o uso da *override clause*), o governo consultou líderes do movimento feminista, e decidiu promover uma ampla reforma nas leis destinadas a proteger as mulheres de crimes sexuais. No seu bojo o legislador optou por um *standard* mais fluido e casuístico para pautar a autorização do uso pelo acusado de informações sobre o comportamento pretérito das vítimas de crimes sexuais. Com efeito, competiria a cada juiz aferir não só os direitos do acusado, mas também o interesse da sociedade em encorajar denúncias de crimes sexuais e possíveis prejuízos à dignidade e à privacidade das vítimas.

Kent Roach considera que a resposta legislativa a *Seaboyer* foi “*construtiva*”, já que “*o Parlamento usou a sua vantagem institucional sobre a Corte para promover uma ampla reforma na legislação sobre crimes sexuais.*” Ao invés de impor a sua visão sobre a Suprema Corte, colheu em sua jurisprudência aspectos importantes sobre a proteção dos direitos do acusado; todavia, valeu-se do maior fluxo de informações na esfera parlamentar, e da sua maior abertura aos movimentos sociais e ao clamor social, para promover ampla reforma legislativa que, no essencial, atendia aos desígnios da

⁸⁷⁵ Ibid., p. 272.

maioria da população canadense, sendo, contudo, mais respeitosa aos direitos do acusado do que a lei original.⁸⁷⁶

Posteriormente, no caso *R. v. Darrach*⁸⁷⁷ a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da reforma legislativa, sob o argumento principal de que os direitos do acusado deveriam ser compreendidos à luz dos direitos à igualdade e à privacidade da vítima, e que contrariaria o “*mútuo respeito*” que pauta as relações entre Parlamento e Suprema Corte “*insistir numa conformidade servil*” do primeiro às decisões da segunda.⁸⁷⁸

Por outro lado, há casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pauta por uma “conversa deliberativa”, mas por uma lógica conflituosa. Refere-se às “leis *in your face*”, assim compreendidas as leis destinadas pura e simplesmente a reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável.⁸⁷⁹

Cite-se, por exemplo, os casos *O’Connor e Mills*.⁸⁸⁰ No primeiro, o Bispo Hubert O’Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O’Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados.

Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias

⁸⁷⁶ Ibid., p. 273.

⁸⁷⁷ (2000) SCC 46. V. ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 273.

⁸⁷⁸ Ibid.

⁸⁷⁹ Ibid., p. 273/281.

⁸⁸⁰ V. BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010, p. 22/24

de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais.⁸⁸¹

Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L'Hereau Dubeau, superando, ponto-a-ponto, a solução acolhida pela maioria da Corte.⁸⁸² Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da Corte, antes a reputou inaceitável e simplesmente a reverteu.

A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em *Mills*, que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a Corte afirmou que a interpretação obtida em O'Connor representava "*judicially created common law*", de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que "*não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades; o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis.*"⁸⁸³

Já nos EUA a dinâmica das respostas legislativas a decisões da Suprema Corte é significativamente diferente, não apenas pela inexistência de instrumentos positivados especificamente para tal fim (como a *override clause*), mas, sobretudo, pela enorme dificuldade do processo de reforma e pelo sistema político norte-americano se caracterizar pelo profundo fracionamento do poder político (v.g. presidencialismo, federalismo, legislativo bicameral, controle difuso de constitucionalidade etc.)

Não é de causar espécie, portanto, que as respostas legislativas veiculadas por emendas constitucionais sejam extramente raras. Com efeito, somente em quatro

⁸⁸¹ Ibid., p. 22; ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue.** Op. cit., p. 278 et seq.

⁸⁸² BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction.** Op. cit., p. 22.

⁸⁸³ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue.** Op. cit., p. 280.

oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte.⁸⁸⁴ A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* (1793) para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-Membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o infeliz entendimento fixado no caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e conseqüentemente as garantias constitucionais, aos negros, para extinguir textualmente a escravidão após a vitória dos Estados do Norte na Guerra Civil.

A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895), no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto, que deveria seguir a regra da proporcionalidade. Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell*, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais.

Por outro lado, a validade de lei que restabelece o teor de lei anteriormente declarada inconstitucional pela Suprema Corte também é objeto de intenso debate nos EUA. No item 1.2.1 se destacou que o caso *City of Boerne v. Flores* constitui o precedente por excelência da supremacia judicial nos EUA, na medida em que a Suprema Corte afirmou que lei federal destinada a reverter a sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito.

Com efeito, entendeu-se que o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, ao determinar a sujeição de leis gerais que promovessem restrições a liberdade religiosa a revisão judicial segundo o parâmetro do *strict scrutiny*, ao invés de *standard* mais deferente ao legislador fixado no caso *Smith*, representaria exercício abusivo de poder pelo Parlamento. Isto porque, se o Parlamento pudesse não apenas regulamentar os direitos previstos na Constituição, mas também definir o seu sentido em oposição ao entendimento da Suprema Corte, as leis sobrepor-se-iam às normas constitucionais e o Legislativo ostentaria um poder ilimitado.

⁸⁸⁴ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 201/206.

A autoatribuição pela Suprema Corte de um monopólio na identificação de novos direitos em *City of Boerne* consistiu em mudança de cento e oitenta graus no sentido conferido à Seção Cinco da 14 Emenda, segundo a qual cabe ao Congresso concretizar (*enforce*) os direitos ali previstos. Isto porque a Suprema Corte abandonou a orientação anterior (“*Ratchet Theory*”), concebida pela Corte de Warren no caso *Katzenbach v. Morgan*.⁸⁸⁵ Tal teoria apresentava uma dupla feição: a primeira, negativa, estipulava que o Congresso não poderia mitigar a aplicação de um direito reconhecido pela Suprema Corte; a segunda, positiva, admitia que o Congresso proclamasse direitos ainda não reconhecidos pelo Tribunal.

Claramente, a progressista Corte de Warren via o Legislativo como um potencial aliado no reconhecimento de direitos civis, na medida em que, apesar de não chamar para si um monopólio, admitia que o Congresso também dispusesse sobre tal matéria, desde que as respectivas leis fossem mais benéficas ao cidadão do que a jurisprudência da Corte.⁸⁸⁶ Já a conservadora Corte de Renquist temia um Parlamento liberal em matéria de direitos, arvorando-se em um monopólio nesse particular para, com frequência, invalidar novos direitos reconhecidos em sede parlamentar.⁸⁸⁷

Entretanto, em outras oportunidades a Suprema Corte admitiu a constitucionalidade de lei que, no essencial, restabelecia o teor de lei anteriormente declarada inconstitucional. As tentativas do Congresso Nacional de regular o trabalho infantil na primeira metade do século passado constituem exemplo interessante. A primeira norma destinada a regular o trabalho de menores de idade, aprovada pelo Congresso em 1916 com base no seu *commerce power*, foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte em 1918.⁸⁸⁸ O Congresso voltou a tentar regular a matéria após um ano, com base no seu *taxing power*, e novamente a Suprema Corte se pronunciou acerca

⁸⁸⁵ 384 U.S. 641 (1966).

⁸⁸⁶ FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 452/468. No caso *Katzenbach v. Morgan* o Tribunal não invalidou dispositivo do *Voting Rights Act* de 1965 que aboliu o teste de alfabetização em inglês para estudantes porto-riquenhos, apesar de já ter reconhecido a constitucionalidade de lei que exigia a referida prova no Estado da Carolina do Norte. A Corte, portanto, reconheceu competir ao Congresso fazer o seu próprio juízo a respeito da correta aplicação da igualdade a uma situação específica, cuja preservação não dependeria da boa vontade da Corte em concordar que se cuidaria do melhor juízo, bastando que o Congresso apresentasse boas razões para suportá-lo.

⁸⁸⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Equal Protection By Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel*, 110 **Yale Law Journal**, 441-526 (2000).

⁸⁸⁸ *Hammer v. Dagenhart* 247 US 251 (1918).

da inconstitucionalidade da respectiva norma.⁸⁸⁹ O Congresso aprovou então emenda constitucional com vistas a reverter a orientação da Suprema Corte, todavia ela não logrou ser ratificada pelos necessários trinta e seis Estados. Em 1938 o Congresso voltou ao tema, optando por se valer novamente do *commerce power* para inserir dispositivo sobre trabalho infantil no *Fair Labor Standards Act*. Somente na quarta tentativa, a Suprema Corte, em decisão unânime, admitiu a possibilidade de o Congresso Nacional regular o trabalho infantil por lei ordinária.⁸⁹⁰

O cotejo entre as experiências canadense e norte-americana de superação legislativa da jurisprudência constitucional da Suprema Corte é particularmente relevante para o presente trabalho. Note-se que o Canadá, embora tenha abandonado um regime puro de supremacia parlamentar com a introdução do controle de constitucionalidade em seguida à Carta de 1982, adota um sistema de governo parlamentarista no qual há sólida maioria parlamentar que dá sustentação ao governo. Assim, quando a Suprema Corte profere decisões rejeitadas pela ampla maioria do povo, normalmente o Legislativo canadense não apresenta dificuldade em obter maioria em sentido contrário.

Nada obstante, se o único instrumento de reversão formal da decisão judicial fosse a *override clause*, diante de o seu uso ser praticamente inviável pelo altíssimo custo político, provavelmente os poderes políticos iriam se valer dos instrumentos de ataque institucional, de retaliação, e de não implementação para comunicar as preferências do povo à Suprema Corte. Todavia, em razão de a Suprema Corte canadense ter admitido o emprego das leis *in your face*, o Parlamento passou a ter um instrumento normativo de superação das decisões de inconstitucionalidade. Portanto, o ativismo judicial tende a ser combatido no Canadá com ativismo legislativo.⁸⁹¹

Já nos EUA, o processo de alteração formal da Constituição é difícil, de maneira que a afirmação de que decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte somente podem ser revertidas por emenda constitucional equivale à supremacia judicial em sentido material, ou seja, à atribuição da última palavra sobre o sentido da Constituição à Suprema Corte. Entretanto, conforme será desenvolvido na seção

⁸⁸⁹ Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 US 20 (1922).

⁸⁹⁰ United States v. Darby, 313 US 100 (1941). Ver FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Op. cit., p. 251.

⁸⁹¹ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 295/296.

seguinte, os poderes políticos e a opinião pública acharão mecanismos institucionais de comunicar as suas preferências à Corte. Se não há viabilidade prática de superação legislativa das decisões da Suprema Corte dos EUA, caso haja em situações concretas oposição popular realmente forte à decisão judicial, a tendência será o uso dos instrumentos anteriormente tratados: ataques institucionais à Corte, retaliações ao Judiciário sob a forma de “congelamento” dos vencimentos dos magistrados ou de cortes no orçamento do Judiciário, e formas subreptícias de não-implementação de decisões judiciais.

A propósito, Barry Friedman assinala que a forma pela qual foi resolvido o impasse entre a Suprema Corte e o Presidente *Franklin Roosevelt* na *Lochner Era* marcaria profundamente o papel das instituições políticas na interpretação constitucional nos EUA. Isto porque desde então existe um acordo tácito no sentido de que os juízes têm amplos poderes nessa esfera, desde que não se afastem demais da opinião pública, sobretudo em assuntos politicamente relevantes.⁸⁹² Assim, mesmo que tais mecanismos de ataque institucional à Corte não tenham sido mais usados, a mera possibilidade do seu emprego tende a manter a Suprema Corte não muito afastada da opinião pública. Aliás, o fato de o *Court Packing Plan* não ter sido levado a cabo, pois a mera ameaça de “empacotamento” da Corte já a conduziu a adequar a sua jurisprudência à visão constitucional do Presidente da República respaldada por reiteradas vitórias eleitorais, parece confirmar que tais remédios amargos são eficazes mesmo na ausência do seu efetivo uso.

Portanto, se as reações políticas são muito prováveis caso o Judiciário se desviar demais da opinião pública, é fundamental identificar o instrumento mais apto a conciliar as exigências de governo limitado e de governo do povo, cuja tensão está na base da cláusula do Estado Democrático de Direito. Dentre todos os instrumentos analisados na presente seção, a superação legislativa apresenta *prima facie* o melhor potencial. Já se salientou os efeitos deletérios causados pelos ataques institucionais e pelas retaliações ao Judiciário para a independência judicial, a qual, por sua vez, consiste em garantia institucional do Estado de Direito.

Além de os mecanismos de ataque institucional e de retaliações ao Judiciário serem lesivos à independência judicial - e, portanto, não consistirem em instrumentos compatíveis com o Estado de Direito -, eles são ineficientes para a superação de

⁸⁹² Ibid., p. 1/2.

decisões judiciais específicas. O mesmo se pode dizer da nomeação e da sabatina de juízes da Suprema Corte por autoridades políticas, pois, já se destacou que o fato de tais processos não abordarem senão uma pequena parte das questões apreciadas pela Suprema Corte, somente lhe confere o potencial de interferir na jurisprudência da Corte em questões centrais à coalização governamental majoritária. Assim, sobretudo em países em que o processo tem reduzido potencial deliberativo, não podem ser extraídas consequências normativas relevantes da nomeação e da sabatina por autoridades políticas.

Note-se, por outro lado, que, em sistemas em que haja apoio popular à independência judicial há um alto custo político embutido em qualquer medida que se destine a evadir-se da decisão judicial: embora o custo político seja maior nos casos de ataques institucionais e de retaliações ao Judiciário, ele também está presente na hipótese de superação legislativa da decisão. Há, pois, uma natural tendência de atores públicos e privados a conferirem a menor transparência possível a tais cursos de ação,⁸⁹³ razão pela qual costumam preferir diversos meios de não implementação à superação legislativa da decisão, como, por exemplo, a inércia na prática de atos comissivos necessários à efetivação da decisão judicial, a edição de atos que implementem apenas parcialmente a decisão etc.

A aprovação de norma superadora de decisão da Suprema Corte tem claras vantagens sobre a sua não implementação. Com efeito, por se tratar de uma reação expressa a decisão judicial, todos terão a oportunidade de conhecê-la, o que evidentemente não ocorre caso se optar por mecanismos subreptícios de não implementação. Inclusive terá a Suprema Corte, na hipótese, a possibilidade de reexaminar a constitucionalidade da referida diretriz normativa - se novamente impugnada judicialmente, o que é altamente provável que ocorra -, voltando a declará-la inconstitucional, caso não reste convencida das novas razões trazidas pelo legislador.

Apesar das vantagens da “superação normativa” sobre os demais mecanismos de reação política a decisões judiciais indesejadas, deve se reconhecer que, se o Congresso Nacional puder reverter decisão constitucional da Suprema Corte pelo processo legislativo ordinário, o regime se aproximará de um modelo de flexibilidade

⁸⁹³ VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Op. cit., p. 22.

constitucional e de supremacia parlamentar,⁸⁹⁴ conforme afirmado corretamente pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira nos casos *City of Boerne* e do foro por prerrogativa de função. Se, por outro lado, o único instrumento legítimo de reversão de decisão da Suprema Corte for emenda constitucional difícilíssima de ser aprovada, haverá supremacia judicial em sentido material.

À luz dessas considerações, buscar-se no próximo item sistematizar as principais conclusões obtidas pelas teorias empíricas sobre as relações travadas entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional na interpretação constitucional, para nas seções seguintes analisar-se empírica e normativamente o sistema constitucional brasileiro.

7.3 A inevitabilidade da interação entre os departamentos estatais para a definição do sentido da Constituição

O longo debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional parte da premissa de que a invalidação de lei pelo Judiciário, sobretudo quando embasada em princípios constitucionais abstratos, padece de uma dificuldade contramajoritária, pois órgão não sujeito a mecanismo de responsabilização popular afastaria escolhas tomadas por maiorias políticas.⁸⁹⁵ Todavia, já se salientou na seção 6.2 que não se pode associar necessariamente a lei à vontade da maioria do povo, sem que se realize análise empírica e casuística. Com efeito, em determinadas situações o Judiciário está muito mais sintonizado com a opinião pública do que autoridades eleitas pelo povo, como ocorreu, por exemplo, na hipótese em que o STF afirmou que o nepotismo nos três departamentos estatais violaria os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas, enquanto diversos Executivos e Legislativos estaduais ainda resistem em implementar a súmula vinculante n. 13 do STF.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ O problema não se coloca se o Congresso Nacional divergir da interpretação conferida pelo STF em matéria legal, pois, sendo o Parlamento supremo na matéria, poderá naturalmente reverter o entendimento do STF com efeitos prospectivos. Ver BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship; MILLER, Mark C. “The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective”. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

⁸⁹⁵ FRIEDMAN, Barry. **Mediated Popular Constitutionalism**. Op. cit., p. 2603.

⁸⁹⁶ Ver a súmula vinculante n. 13 do STF: “A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS

Contudo, mais do que uma ou outra decisão da Suprema Corte sintonizada com a opinião pública, pesquisas empíricas vêm percebendo que as principais Cortes Constitucionais e Supremas Cortes estão afinadas com a opinião pública na maioria das questões politicamente relevantes.⁸⁹⁷ Neste sentido, perspectivas neoinstitucionalistas afirmam que não só a ideologia ou o direito constrange o comportamento judicial (conforme consideram, respectivamente, os modelos atitudinal e legalista), mas também a atuação estratégica dos Tribunais guiada por uma série de fatores institucionais e políticos, dentre os quais se destacam os métodos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais indesejadas tratados neste capítulo.⁸⁹⁸ Tendo em vista que tais medidas afetam negativamente o Judiciário enquanto instituição, especialmente a Suprema Corte tende a evitar o seu efetivo emprego com vistas à sua autopreservação, de maneira a não-raro se guiar por uma postura de “reação antecipada”, na qual altera a sua preferência original para adequar-se a perspectiva aceitável pelos poderes políticos.⁸⁹⁹

Comprova o exposto a tendência contraintuitiva de as Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais serem mais deferentes ao Legislador logo após o advento de uma nova Constituição. Com efeito, em um cenário de recente mudança constitucional, a Suprema Corte - todo o resto sendo igual - tenderia a proferir mais decisões de invalidade constitucional do que em momento posterior, pois neste primeiro momento persistiriam em grande número normas e práticas constituídas sob a égide do anterior regime constitucional, e, em boa medida, incompatíveis com a nova Carta. Entretanto, após ampla análise comparativa da jurisprudência de Supremas Cortes em novas democracias, Tom Ginsburg percebeu que o padrão que se verifica é exatamente o oposto: na infância de uma nova ordem constitucional as Cortes tendem a ser extremamente cautelosas na afirmação do seu poder, de maneira que a sua jurisprudência constitucional apresenta uma curva ascendente de ativismo.⁹⁰⁰

PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”

⁸⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Op. cit., p. 14.

⁸⁹⁸ MILLER, Mark C. “**The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective**”. Op. cit.

⁸⁹⁹ WHITTINGTON, Keith. “**Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review**”, Op. cit., p. 447.

⁹⁰⁰ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases.** Op. cit., p. 70/71.

Notável exceção – que, aliás, confirma a regra - ocorreu na Rússia logo após o desmantelamento da União Soviética, quando a sua jovem Corte Constitucional desafiou poderosos atores políticos em embate que lhe deixou cicatrizes profundas. Logo após o início do seu funcionamento em 1991, a Corte Constitucional russa decidiu complexos casos ligados à separação de poderes, adquirindo a “*fama de desafiar a autoridade presidencial*”, sobretudo no controle da amplitude dos seus poderes normativos. De fato, a Corte Constitucional invalidou decreto presidencial que unificara as forças de segurança em um só Ministério, por vislumbrar usurpação de poder normativo do Parlamento. Posteriormente, foi submetida à Corte a validade do decreto do Presidente Boris Yeltsin que dispersara o Partido Comunista e confiscara os seus bens. O caso apresentava notável complexidade política, pois, embora o decreto fosse claramente ilegal, o Partido Comunista organizara golpe de Estado. A Corte entendeu por aplicar lógica federativa para validar o decreto em face do diretório nacional do Partido, e invalidá-lo em relação aos diretórios estaduais, em “decisão intermediária” que desagradou a ambas as partes.

Com o acirramento da crise política entre Parlamento e Presidente da República, a Corte Constitucional - em particular o seu Presidente, Valery Zorkin - se envolveu intensa e publicamente nas negociações políticas que resultaram em um compromisso formal entre o Legislativo e o Executivo russos. A inserção de juízes em negociações político-partidárias afastou qualquer imagem de neutralidade política da Suprema Corte, que, a bem da verdade, nunca chegou a existir nos seus poucos anos de funcionamento. Quando Yeltsin rompeu o compromisso e anunciou decreto que lhe garantia poderes de emergência em março de 1993, antes mesmo de o ato ser publicado Zorkin deu entrevistas a redes de televisão onde denunciou a sua ilegalidade. Em poucos meses, Yeltsin dissolveu o Parlamento e suspendeu o funcionamento da Suprema Corte. A Corte só voltou a funcionar dois anos depois, com poderes severamente reduzidos, e nunca mais foi tão ativista em matérias politicamente relevantes.⁹⁰¹

Conforme acima destacado, a experiência russa foge ao padrão que se verifica no direito comparado. De fato, Ginsburg constatou que no início de um regime constitucional - sobretudo em novas democracias - há maior risco de ataques

⁹⁰¹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 101/102.

institucionais, de retaliações ao Judiciário ou de descumprimento de decisões judiciais, pois a Corte ainda não teve tempo para construir uma imagem de neutralidade política que a blindasse de tais ameaças. Precisamente para construir essa couraça, a Suprema Corte tende a se pautar por postura autorrestritiva nos seus primeiros anos de vida, afastando-se da aplicação de princípios abstratos a questões politicamente relevantes em favor de um maior formalismo na aplicação do direito. Assim, para expandir o seu poder a Corte deve avançar devagar.⁹⁰²

A evolução da jurisprudência do STF pós-88 demonstra claramente um viés de progressivo crescimento do ativismo judicial com o “envelhecimento” do regime constitucional brasileiro, conforme se viu na seção 4.3. Com efeito, logo após a Constituição de 1988 o STF adotou postura de sensível autorrestrição, sobretudo em relação a questões centrais à agenda política do governo federal,⁹⁰³ que pode ser ilustrada por três casos paradigmáticos. O primeiro deles se deu com a prevalência no STF do entendimento de que a incompatibilidade entre lei anterior a Constituição e o seu teor encerraria hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade, excluindo, portanto, o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade.⁹⁰⁴

Por outro lado, a medida provisória n. 173/1990 vedou ao Judiciário a possibilidade de concessão de liminares decorrentes de anteriores medidas provisórias que haviam promovido a retenção de recursos depositados em instituições financeiras no âmbito do chamado “Plano Collor”. Proposta a ADI n. 223-6-DF,⁹⁰⁵ na qual se questionou a sua constitucionalidade, sobretudo à luz da cláusula da inafastabilidade da tutela judicial (segundo a qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” – art. 5, XXXV, CF/88), o STF indeferiu a liminar encarecida na referida ADI, com base na “*admissibilidade de condições e limitações ao poder de cautela do juiz*”. Tendo em vista a “*generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar*” dificultarem a verificação em tese da sua

⁹⁰² Id., p. 95. No próximo item serão arroladas decisões do STF que revelam que esta tendência se verificou no Brasil logo após a Constituição de 1988.

⁹⁰³ Sobre o compromisso do STF com a “governabilidade” ver SUNDFELD, Carlos Ari. “O Fenômeno Constitucional e suas três forças”. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Ano 3, N. 11, jul/set/2008, p. 209/217.

⁹⁰⁴ STF, Pleno, ADI 438, RDA, 187: 152, 1992. A possibilidade de controle abstrato e concentrado da compatibilidade do direito pré-constitucional com a Constituição só se implementou com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei n. 9.882/99.

⁹⁰⁵ STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29-06-1990, Julgamento: 05.04.1990. Posteriormente o STF reconheceu a perda do objeto da ação, tendo em vista a MP n. 173/90 não mais se encontrar em vigor.

razoabilidade, o STF demitiu-se de suspender a eficácia da medida provisória n. 173/1990, sem prejuízo do “*exame judicial em cada caso concreto da (sua) constitucionalidade*”.⁹⁰⁶

Note-se ainda que o Programa Nacional de Desestatização encetado pelo governo Fernando Henrique Cardoso, embora tenha gerado uma avalanche de processos judiciais que causaram atrasos e embaraços pontuais aos leilões de privatização, teve no Supremo Tribunal Federal um importante aliado no sentido da sua viabilização. Com efeito, o STF não invalidou nenhum leilão de privatização de antiga empresa estatal, nem julgou procedente nenhuma das trinta e nove Ações Diretas de Inconstitucionalidade referentes às privatizações.⁹⁰⁷ Conforme a correta percepção de Vanessa Elias de Oliveira “*o único resultado obtido foi o retardamento do processo, mas não o seu cancelamento em função das ações impetradas*”.⁹⁰⁸

As chamadas “teorias do equilíbrio” visam a explicar a forma pela qual os limites políticos e institucionais impostos à Suprema Corte influenciam o seu processo decisório. Ocupam posição de destaque dentre tais concepções teóricas o modelo adotado pela *rational choice theory* para explicar a interação estratégica entre os departamentos estatais na interpretação do direito. Em importante trabalho, Eskridge desenvolveu uma interpretação dinâmica do direito, segundo a qual o Judiciário não aplica meramente as suas preferências (sejam elas ideológicas ou jurídicas), antes as submete a um “*jogo político sequencial*”.⁹⁰⁹

Tal jogo seria um corolário da separação dos poderes, especialmente dos mecanismos de freios e contrapesos, pois tal princípio atribuiria uma dimensão dinâmica à interpretação e aplicação do direito. Com efeito, a aprovação de lei exige, via de regra, a comunhão entre as preferências de uma maioria parlamentar e do Presidente da República (diante do seu poder de veto). Por outro lado, a revisão judicial permite ao Judiciário invalidar a lei, de maneira que a sua preferência também será relevante para o deslinde da questão, embora não seja definitiva como decorreria de um regime de supremacia judicial, pois os demais departamentos estatais poderão reagir à

⁹⁰⁶ Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 492/511.

⁹⁰⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?”. **Dados vol.48 n.3** Rio de Janeiro July/Sept. 2005, p. 559/587.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 580.

⁹⁰⁹ ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Decisions”. **Yale Law Journal**, v. 101, n. 2, 1991, p. 331-417.

decisão de inconstitucionalidade pelos instrumentos acima arrolados. Em suma, a solução final para a questão será fruto da interação entre as preferências dos departamentos estatais.

Assim, antes do início do “jogo da separação dos poderes”, cada jogador tem uma preferência (dita crua) que pode ser posicionada em um determinado ponto de uma linha. A premissa fundamental é a de que os atores não aplicarão ingenuamente as suas preferências cruas, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais jogadores, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial, a qual, portanto, será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa.

A tendência natural do jogo é o resultado se situar em um “ponto de indiferença”, onde há um equilíbrio entre as preferências dos jogadores. Veja-se o seguinte exemplo: se a preferência da Suprema Corte se situa em um ponto intermediário entre as preferências do legislador médio e do Presidente, a tendência é a Corte aplicar a sua preferência crua sem medo de reação política, pois para o legislador e para o Presidente da República a preferência da Corte é mais aceitável do que a preferência do outro adversário. Por outro lado, se a preferência do Judiciário estiver em uma extremidade desta linha, a do legislador médio em ponto intermediário, e a do Presidente no pólo oposto, a tendência é a adoção de postura de autorrestrrição judicial, pois há fundado risco de uma postura ativista do Judiciário gerar comunhão de esforços dos Poderes Legislativo e Executivo para superá-la.⁹¹⁰

O modelo parece possuir base empírica pela circunstância de diversas crises institucionais entre o Judiciário e os poderes políticos terem ocorrido precisamente pelo primeiro não ter adotado postura de autorrestrrição quando as suas preferências foram radicalmente desviantes daquelas esposadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A *Lochner Era* constitui exemplo clássico desta dinâmica: diante de uma nova visão constitucional na qual a liberdade negocial fora restringida pelo advento do *Welfare State* apoiado pelo Presidente Franklin Roosevelt, por um Congresso majoritariamente democrata, e pelo povo em reiteradas eleições, é natural que a opção da Suprema Corte por uma postura ativista na preservação de um liberalismo econômico anacrônico já no início no século XX pareça suicida. Também parece confirmar o modelo o fato de as

⁹¹⁰ HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. “Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making”. *American Politics Quarterly*, Vol. 28. n. 04, 2000, p. 494/497.

decisões mais duradouras da Suprema Corte normalmente terem sido proferidas em assuntos altamente controvertidos, pois diante da sensível diversidade entre as preferências dos atores políticos é muito difícil obter consenso em qualquer sentido, sobretudo na superação da decisão judicial pelos mecanismos que os poderes políticos têm a sua disposição, diante do alto custo político nela embutido.⁹¹¹

Embora o modelo de interação estratégica da *rational choice theory* traga *insights* valiosos à análise da relação entre Suprema Corte e Parlamento na interpretação da Constituição, ele superestima o conhecimento pelos jogadores das preferências dos seus adversários,⁹¹² para além de silenciar sobre os aspectos normativos pertinentes às exigências do Estado Democrático de Direito.⁹¹³ Com efeito, há diversos fatores além das preferências cruas dos atores políticos que influem no funcionamento deste diálogo institucional, dentre os quais convém destacar: a atuação de grupos de interesse bem articulados e a influência da opinião pública.

A influência dos grupos de interesse em uma visão dinâmica da interpretação constitucional revela a importância decisiva dos movimentos sociais na definição do sentido da Constituição. Veja-se o caso *Boutlier v. INS*: diante de norma que estabelecia que imigrantes que apresentassem, dentre outras moléstias, problemas psiquiátricos, deveriam ser deportados dos EUA, o governo norte-americano considerava que o homossexualismo enquadrar-se-ia dentre os problemas psiquiátricos. Embora na medicina tal concepção já se encontrasse em franca decadência, a Suprema Corte em 1967 referendou a inserção do homossexualismo nas doenças psiquiátricas, e, via de consequência, a diretriz do governo de promover a retirada compulsória de homossexuais que tivessem ingressado em solo americano. Nenhum esforço de superação da decisão foi feito, tendo em vista que o preconceito existente à época tolhia os *gays* mesmo de se identificarem, que dirá de se mobilizarem no espaço público com vistas a reverter a decisão judicial.⁹¹⁴

Por sua vez, Michael Klarman argumenta que o ativismo judicial a favor dos direitos civis da Corte de Warren somente foi possível pela mobilização social nesse

⁹¹¹ ESKRIDGE Jr., William N. **Overriding Supreme Court Statutory Decisions**. Op. cit., p. 365/367.

⁹¹² HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. “**Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making**”. Op. cit., p. 491.

⁹¹³ Sobre as críticas formuladas ao modelo da *rational choice*, ver BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 107, 123.

⁹¹⁴ ESKRIDGE Jr., William N. **Overriding Supreme Court Statutory Decisions**. Op. cit., p. 357.

sentido em curso na década de sessenta na sociedade norte-americana. Com efeito, se anteriormente a Suprema Corte havia validado a escravidão, o aprisionamento de japoneses sem a observância do devido processo legal, e restrições às liberdades de expressão, de reunião e de associação de comunistas, não é de causar surpresa que a Suprema Corte tenha feito ginásticas interpretativas para reverter diversos precedentes deste jaez, e tenha se alinhado ao movimento dos direitos civis precisamente no momento em que ele ganhava força nos EUA.⁹¹⁵

Post e Siegel também destacam a relevância dos movimentos sociais na interpretação constitucional. Os autores comungam do entendimento de que se a Suprema Corte se afastar demais da opinião pública o povo não só achará mecanismos para comunicar a sua oposição, mas também para reverter decisões judiciais dissonantes. Dentre vários exemplos citam o entendimento que perdurou na Suprema Corte até o fim da década de setenta, no sentido de que as distinções baseadas no gênero não eram constitucionalmente suspeitas à luz da cláusula da *equal protection of law*, e, portanto, não se sujeitariam a parâmetro rigoroso de revisão judicial (*strict scrutiny*). Todavia, com a organização de movimentos feministas o senso comum mudou, e distinções baseada no sexo passaram a parecer a todos - inclusive aos juízes - contrárias à igualdade, gerando a reversão da jurisprudência da Suprema Corte.⁹¹⁶

No Brasil a influência de grupos de interesse na interpretação constitucional não é menos evidente. No item 4.1 se salientou que os diversos inimigos da República (monarquistas, operários, integralistas, comunistas etc) não tiveram no STF porto seguro para a tutela das suas liberdades civis. Mesmo após 1988, setores estigmatizados da sociedade brasileira ainda encontram enormes dificuldades para a efetiva fruição de direitos. Exemplo disso é o fato de, apesar de o art. 15, III, da CF/88 somente suspender o exercício dos direitos políticos após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, os Tribunais Regionais Eleitorais brasileiros, via de regra, não terem disponibilizado os mecanismos necessários para que os presos provisórios exercessem o seu direito ao voto.⁹¹⁷

⁹¹⁵ KLARMAN, Michael. J. "Court, Congress and Civil Rights" In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 182.

⁹¹⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism and Backlash". **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42, p. 382.

⁹¹⁷ Ver a matéria jornalística: "Direito de voto de preso provisório é ignorado na maior parte do país". Disponível em <http://eleicoes.uol.com.br/2008/ultnot/2008/09/12/ult6008u176.jhtm>; acesso em 02.02.2011. Na doutrina, ver SARMENTO, Daniel. "Representação sobre a Violação ao Direito de Voto

Após analisar mais de cem casos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte entre 1967 e 1990, William Eskridge elaborou um rol decrescente de atores mais propensos a reverterem decisões judiciais indesejadas: governo federal, grupos financeiros (empresários, banqueiros etc.), cidadãos difusos, governos locais, sindicatos de trabalhadores, mulheres, portadores de necessidades especiais, acusados em processos criminais, minorias raciais, imigrantes, pobres etc.⁹¹⁸ Jeb Barnes, após realizar pesquisa empírica igualmente ampla, também concluiu que o governo federal é o ator mais bem sucedido em promover a reversão de decisões judiciais, sobretudo quando elas causarem forte impacto financeiro-orçamentário.⁹¹⁹

Por outro lado, a opinião pública consiste em influência decisiva para a jurisprudência constitucional das Supremas Cortes. Georg Vanberg considera que a existência de apoio popular à independência judicial fortalece o Judiciário, na medida em que eleva o custo político da não implementação de decisão judicial. De fato, caso a população puna severamente políticos que não sejam reverentes a decisões da Suprema Corte, atores políticos, mesmo que atuem de forma autointeressada com vistas à sua reeleição, irão titubear antes de negar publicamente cumprimento a decisão, de sugerir a aprovação de norma superadora e, sobretudo, de propor ataques institucionais ou relações à Corte.⁹²⁰

Todavia, como explicar a louvável decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte esteve à frente da opinião pública, ao superar a segregação racial em escolas públicas norte-americanas quando o movimento negro ainda perseguia objetivos mais básicos, como a redução da violência policial, a busca de emprego, a observância do devido processo legal em persecuções criminais nos Estados do Sul etc.⁹²¹ Naturalmente que a inserção dos juízes em um determinado contexto cultural limita o seu distanciamento da opinião pública (a decisão em *Brown*

do Preso Provisório”. In (Id.) **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 311/334. Somente no ano passado, o CNJ selou acordo de cooperação técnica com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Ministério da Justiça e outros órgãos e entidades para garantir o exercício do direito de voto para presos provisórios e adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade. A efetiva implementação do direito, contudo, ainda sofre sérias limitações.

⁹¹⁸ ESKRIDGE Jr., William N. **Overriding Supreme Court Statutory Decisions**. Op. cit., p. 348.

⁹¹⁹ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Op. cit., p. 159/185.

⁹²⁰ VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**, Op. cit., p. 20/24.

⁹²¹ KLARMAN, Michael. J. **“Court, Congress and Civil Rights”**, Op. cit., p. 182/193.

seria impensável um século antes, quando a Suprema Corte decidiu *Dred Scott*;⁹²² todavia, há outros fatores que pautam a complexa relação entre a jurisdição constitucional e opinião pública.

Em influente dissociação, David Easton vislumbrou duas modalidades de apoio popular à independência judicial. O apoio popular específico consiste em concordância a decisão particular, enquanto o apoio difuso revela o suporte popular a Suprema Corte enquanto instituição, que persiste mesmo na hipótese de discordância quanto a decisões específicas.⁹²³ Todavia, é natural que, caso a Corte decida reiteradamente de forma contramajoritária o estoque de apoio difuso tenda a reduzir-se progressivamente, pois é evidente que a opinião do povo quanto à qualidade das decisões de um Tribunal tem forte impacto sobre a sua visão sobre o Tribunal em si. Daí dizer-se que o apoio difuso define o quanto a Suprema Corte pode andar com as suas próprias pernas, distanciando-se da opinião pública.⁹²⁴ Exemplo típico de apoio difuso à Suprema Corte dos EUA se deu após a decisão que proferiu no caso *Bush v. Gore*: apesar das severas críticas no sentido da influência da política partidária na decisão, pesquisas de opinião revelaram que os níveis de aprovação popular da Suprema Corte se mantiveram estáveis.⁹²⁵

Assim, a opinião pública influencia a tomada de decisão por Cortes Supremas, pois os juízes são conscientes de que a prolação reiterada de decisões inaceitáveis por maiorias políticas e pela população torna factível o uso dos referidos mecanismos de reação política, dos quais a Corte tende a evitar em prol da sua integridade institucional. Todavia, a sensibilidade das decisões judiciais à opinião pública interage de forma complexa com a aparência de neutralidade política: de fato, mesmo juízes bastante ativistas na concretização de princípios constitucionais abstratos nutrem a imagem de uma “justiça cega”, circunstância que revela a essencialidade da imagem de neutralidade política para a construção do apoio difuso ao Judiciário, e, conseqüentemente, para a expansão dos seus poderes.⁹²⁶ Não é por acaso que o padrão das Cortes Constitucionais contemporâneas é a de uma expansão progressiva e cautelosa dos seus poderes, portando-se de forma ativista quando a sua reputação de

⁹²² Ibid.

⁹²³ EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

⁹²⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

⁹²⁵ GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory Caldeira; SPENCE, Lester “The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000”, *British Journal of Political Science*, 33 (2003): 538.

⁹²⁶ VANBERG, Georg. *The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)*. Op. cit., p. 52.

neutralidade judicial, construída após razoável período de autorrestrrição judicial, já se encontra consolidada.

Adotado em sua forma pura, o modelo de interação da *rational choice* pressupõe que os atores institucionais conheçam as decisões e as preferências do seu “adversário”, para que possam a elas se antecipar. Todavia, caso haja forte assimetria de informações entre os atores, ou mesmo desconhecimento sobre a decisão do outro, as condições para a sua atuação estratégica não se verificam.⁹²⁷

Com efeito, se há pouca transparência em relação ao que decide a Suprema Corte, muitas das suas decisões podem ser finais não pela aquiescência do povo e dos seus representantes ao seu teor, mas pura e simplesmente pelo seu desconhecimento. Por outro lado, se há forte opacidade no processo legislativo, tentativas de evasão da implementação de decisões judiciais igualmente irão prevalecer por não terem se tornado públicas. Um dos fatores relevantes para que haja efetiva publicidade da decisão judicial e legislativa é o seu monitoramento por grupos de interesse organizados, pois, caso eles atuem em determinada disputa, dificilmente o seu resultado não será conhecido por grande parte dos interessados.⁹²⁸ Desta forma, costumam ser mais frequentes superações legislativas de decisões da Suprema Corte quanto atuam como *amici curiae* entidades representativas bem organizadas.⁹²⁹

Em suma, os mecanismos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais indesejadas e a atuação de grupos de interesse promovem uma razoável sincronização entre a jurisprudência da Suprema Corte e a opinião pública. Isto porque, a busca de preservação da legitimidade institucional da Corte, e a conseqüente antecipação das reações às suas decisões pelos demais departamentos estatais e pela sociedade, tende a manter a Suprema Corte não muito distante da opinião pública.⁹³⁰

Assim, tais mecanismos de reação a decisões da Suprema Corte atuam como limites institucionais à sua jurisprudência, que a influenciam tanto quanto a ideologia dos juízes e o direito. Ademais, ao mediar a relação entre as decisões judiciais de

⁹²⁷ BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Op. cit., p. 70.

⁹²⁸ Sobre o tema da influência da transparência na interação entre a Suprema Corte e o Parlamento ver, por todos, VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Op. cit., p. 95/116.

⁹²⁹ ESKRIDGE Jr., William N. **Overriding Supreme Court Statutory Decisions**. Op. cit.

⁹³⁰ WHITTINGTON, Keith. **“Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review”**. Op. cit., p. 330

constitucionalidade e a opinião pública, tais limites conferem *accountability* à atuação da Suprema Corte, pois às suas decisões se reconhece referibilidade, em grande medida, à opinião pública. Reduz-se, assim, a força da crítica da dificuldade contramajoritária da revisão judicial.⁹³¹

Note-se, contudo, que a sincronização entre opinião pública e jurisprudência da Suprema Corte não é igualmente eficaz em diferentes searas: em questões de alta relevância política, centrais à coalizão governamental majoritária e que atraíam o interesse de grupos bem articulados, a influência da opinião pública é mais significativa. Já em questões de menor repercussão política e que não atraia a atenção de grupos políticos e econômicos influentes, a Suprema Corte frequentemente “*voa abaixo do radar*”.⁹³²

Assim, a jurisprudência constitucional da Suprema Corte tende a ser mais sensível à opinião pública em questões fundamentais para maiorias políticas e para grupos de interesse bem organizados, havendo, portanto, menos espaço nesse âmbito para a Corte dar a “última palavra” sobre a respectiva controvérsia constitucional, em substituição a dos poderes políticos. Todavia, em questões de menor saliência política, vale dizer, que não demandem a atenção de grupos políticos e sociais bem articulados, há maior chance de o Judiciário fixar a solução final.

Surge, contudo, um paradoxo: se a própria razão de ser do constitucionalismo é a proteção de direitos de minorias estigmatizadas no processo político contra a influência dos poderes político e econômico, a constatação de que o seu potencial é mais reduzido precisamente em tal hipótese representaria o reconhecimento da falência do constitucionalismo?

Não. Sem dúvida que o reconhecimento por teorias empíricas de que o Judiciário não pode desempenhar uma postura messiânica de Guardiã da Constituição – acima e para além da política e da opinião pública - deve levar a uma redução de expectativas quanto ao efetivo papel desempenhado pela revisão judicial em uma democracia constitucional. Nada obstante, subsiste ao Judiciário uma função politicamente relevante. Já se salientou que o apoio difuso à independência judicial, que costuma existir em boa medida nas democracias constitucionais contemporâneas, garante-lhe um

⁹³¹ DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n. 3, 2009, p. 407.

⁹³² FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 377.

estoque de decisões contramajoritárias. Nesta esteira, o reconhecimento da influência da opinião pública sobre a revisão judicial não se incompatibiliza, antes estimula, a concepção de teorias prescritivas que se destinem a incitar o Judiciário a empregar a sua “cota de decisões contramajoritárias” para a tutela de direitos de minorias estigmatizadas, colocando-se nesse particular à frente da opinião pública, tal como a Suprema Corte dos EUA o fez no caso *Brown v. Board of Education*.

Desta forma, a percepção de que o Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais acima da política e da opinião pública, nem um “*tigre de papel*”⁹³³ que se limita a carimbar preferências de maiorias políticas transitórias ou os resultados da última pesquisa de opinião, permite que se construa uma teoria normativa sobre o papel da revisão judicial na democracia constitucional brasileira que tenha o mínimo de conexão com a realidade, e que, portanto, tenha aplicabilidade fora dos bancos acadêmicos.

Neste sentido se pode falar em um “*constitucionalismo popular mediado*”: trata-se de um sistema de solução de disputas constitucionais no qual a Suprema Corte é influenciada pela opinião pública através dos mecanismos de reação política que os demais departamentos estatais dispõem em um regime de separação dos poderes.⁹³⁴ Todavia, deve ser aprofundada a análise dos meios que se revelam mais aptos para que a revisão judicial não apenas referende opiniões contingentes, mas que atue como filtro tendente a aprimorar o caráter deliberativo da solução dos conflitos constitucionais em determinada sociedade. Nas palavras de Woodrow Wilson, cumpre examinar como e em que medida a revisão judicial contribui para a dissociação entre a “opinião do momento” e a “opinião da era”, ou, segundo Theodor Roosevelt, entre a “vontade popular permanente” e a “momentânea”, sem, naturalmente, se adotar concepção mítica acerca das capacidades institucionais do Judiciário.⁹³⁵

Assim, o objetivo do próximo tópico é o de aplicar tais perspectivas ao direito constitucional brasileiro. Com efeito, na seção 7.4 serão aplicados os mecanismos de reação política examinados nesse capítulo ao sistema constitucional brasileiro, com a finalidade de sustentar a tese de que, apesar das condições amplamente favoráveis à

⁹³³ A expressão é de VANBERG, Georg. *The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)*. Op. cit.

⁹³⁴ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, vol. 101, August 2003.

⁹³⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit.

judicialização da política e à expansão do poder político do Judiciário, ainda não há supremacia judicial no Brasil, em suas acepções ampla e material.⁹³⁶

7.4 O debate no Brasil. Os mecanismos de reação às decisões do STF, e a inexistência de supremacia judicial em sentido material e amplo

Embora se costume citar o Court Packing Plan de Franklin Roosevelt como o exemplo clássico de ataque institucional à Suprema Corte, o constitucionalismo brasileiro é repleto de exemplos de ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal; alguns inclusive assumiram uma forma, por assim dizer, pitoresca. Só no governo Floriano Peixoto (1891 a 1894) houve pelo menos quatro casos relevantes.⁹³⁷ Cite-se, inicialmente, a ameaça de descumprimento e mesmo de prisão formulado pelo Presidente em face dos Ministros do STF, caso eles deferissem Habeas Corpus em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano Peixoto ter assumido a Presidência com a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições. Vale lembrar também os ofícios do Ministro da Guerra publicados em Diário Oficial comunicando ao STF a sua discordância quanto às razões jurídicas empregadas pelo STF, ou mesmo o seu descumprimento a decisão judicial, nos Habeas Corpus relativos à Revolução Federalista no Rio Grande do Sul.

Por sua vez, diante do deferimento pelo STF de salvo-conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta da Armada para impedir que eles fossem expulsos do Brasil, o governo Floriano Peixoto usou de expediente ardiloso: expedição de Decreto de expulsão com data retroativa. Por fim, destaque-se a o não-preenchimento por longo espaço de tempo das cadeiras vagas no STF, o que dificultou bastante o seu funcionamento, e posteriormente a indicação pelo Presidente de um médico e de dois generais para os cargos vagos.

Há também no Brasil exemplos marcantes de redução das competências do STF: a extinção da doutrina brasileira do Habeas Corpus pela Reforma Constitucional de 1926 (privando direitos que não a liberdade de locomoção de um instrumento processual célere e efetivo para a sua tutela), e a insindicabilidade judicial das questões

⁹³⁶ V. 1.2.2.

⁹³⁷ Para uma análise mais detida das hipóteses de ataque institucional citadas a seguir, ver o item 4.1.

políticas promovida pela Constituição de 1937. Quanto à alteração do número de Ministros, à cassação das suas investiduras e à suspensão das garantias da magistratura são exemplos emblemáticos os atos do Governo Provisório após a Revolução de 1930, que reduziram de quinze para onze o número de Ministros do STF e aposentaram compulsoriamente seis Ministros; o Ato-Institucional n. 02 (27.10.65), que aumentou o número de Ministros do STF de onze para dezesseis (em vagas depois preenchidas por Ministros ligados à UDN) e suspendeu as garantias dos magistrados. Por fim, cite-se a previsão na Carta de 1937 acerca da possibilidade de o Parlamento negar aplicação a decisões do STF, que, diante do fechamento do Legislativo durante o Estado Novo, foi usada pelo Presidente Getúlio Vargas por meio de decretos-lei.

Convém aqui lembrar, para fins didáticos, as acepções do conceito de supremacia judicial: em sentido formal, significa que decisão constitucional da Suprema Corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na enorme dificuldade prática da reversão da interpretação judicial da Constituição, representando, no mais das vezes, a sua definitividade; em sentido amplo, significa uma hiperconstitucionalização e uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos se reconduz a controvérsias constitucionais, em cujo deslinde o Judiciário desempenha o papel de protagonista.⁹³⁸

Como já se viu na seção 4.1, se a frequência do uso desses mecanismos de ataque institucional ao Supremo Tribunal Federal até o advento da Constituição de 1988 impediu a efetiva instalação da revisão judicial como instrumento destinado à proteção de direitos de minorias contra os poderes políticos e econômicos, que dirá a existência de um regime de supremacia judicial em sentido amplo e material. Antes o que se viu foi a pequena relevância da Constituição e do Judiciário no controle da validade de atos públicos e privados.

Contudo, foi destacado na seção 4.2 que a ordem político-constitucional inaugurada pela Carta de 1988 apresenta condições especialmente favoráveis à expansão do papel político do Judiciário, sobretudo na seara da interpretação constitucional. Com efeito, optou-se por princípios macroinstitucionais que acentuam a fragmentação do poder político (presidencialismo, legislativo bicameral, federalismo, multipartidarismo, sistema proporcional de lista aberta para a eleição de parlamentares etc.). Ademais, a consolidação da democracia brasileira e o apoio popular à

⁹³⁸ V. seção 1.2.2.

independência judicial impediram o uso frequente dos mecanismos de ataque institucional ao Judiciário, os quais só parecem atualmente passíveis de uso caso o Supremo Tribunal Federal se porte de forma radicalmente desviante das maiorias políticas e da opinião pública brasileiras, algo que se viu ser extremamente difícil de ocorrer.

A ordem jurídica brasileira refletiu a influência desses fatores políticos, na medida em que foram positivados instrumentos que expandiram a possibilidade de o Judiciário controlar a validade dos atos praticados pelos demais departamentos estatais.⁹³⁹ Por sua vez, viu-se que tais fatores políticos e institucionais repercutiram intensamente na doutrina e na jurisprudência pátrias, com a incorporação de teses de interpretação constitucional judicialistas e com a mudança da autopercepção do juiz acerca da natureza e da extensão das suas funções.

Todavia, para além dos instrumentos de expansão do poder político do Judiciário, a Constituição brasileira de 1988 positivou uma série de mecanismos de freios e contrapesos, que estabelecem controles dos demais departamentos estatais em face do Judiciário.

Por exemplo, a Carta de 1988 seguiu a tendência dos mais diversos ordenamentos jurídicos, no sentido de atribuir ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. Com efeito, ainda que a Constituição tenha dado aos Tribunais o poder de “elaborar as suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 99, p. 1, CF/88 - autonomia financeira), o Congresso Nacional não está vinculado à proposta orçamentária enviada pelo Judiciário, podendo aprovar, no bojo da lei orçamentária anual, orçamento menor (art. 165, CF/88). No mesmo sentido, o valor dos salários dos juízes é definido por lei de iniciativa privativa dos Tribunais, de maneira que, embora somente o Judiciário possa fixar o valor contido na proposta original, o Legislativo não está obrigado a aprová-lo, podendo fixar valor menor ou simplesmente rejeitar a proposta de aumento (art. 96, II, “b”, CF/88), desde que,

⁹³⁹ Sublinhe-se o alargamento do rol dos legitimados ativos para a propositura de ADI, a criação da ADC e a regulamentação da ADPF, a ampliação dos atos sujeitos ao controle abstratos e dos efeitos das respectivas decisões do STF, a criação da súmula vinculante e da repercussão geral, etc.

evidentemente, não viole a garantia constitucional da irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, CF/88).⁹⁴⁰

No Brasil, os conflitos entre Parlamento e Suprema Corte na definição do orçamento dos Tribunais e dos salários dos juízes são frequentes. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça, após divulgar um estudo no qual demonstrou que 90% (noventa por cento) dos orçamentos dos Tribunais de Justiça estaduais (que somam aproximadamente R\$ 21 bilhões) foram absorvidos pelas respectivas folhas de pessoal, criou o Grupo de Apoio aos Tribunais, cuja função é auxiliar as presidências dos Tribunais de Justiça a negociarem com o Legislativo e o Executivo estaduais para garantir o adequado funcionamento do Judiciário.⁹⁴¹ Por outro lado, atualmente há grande insatisfação dos juízes diante da aprovação em dezembro do Projeto de Decreto Legislativo (3.036/10) que igualou os subsídios dos Parlamentares aos dos Ministros do STF, sem que tivesse sido concomitantemente apreciada a proposta de aumentos dos subsídios dos juízes. A Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) cogita inclusive ajuizar ação no STF com vistas a questionar a constitucionalidade do aumento conferido aos parlamentares.⁹⁴²

Conforme já se destacou, não se pode ser ingênuo a ponto de não se reconhecer a possibilidade do uso do poder do Congresso sobre o orçamento dos Tribunais e sobre os salários dos juízes como instrumentos de retaliação ao Judiciário ou de pressão para a alteração do curso da sua jurisprudência. Todavia, também não se pode deixar de assinalar a sua potencial ilegitimidade e ineficiência, diante da existência de mecanismos mais sintonizados com a independência harmônica entre os poderes (art. 2, CF/88), e que são inclusive mais aptos a que os poderes políticos comuniquem as suas preferências à Suprema Corte. Com efeito, a garantia de condições adequadas de trabalho e de vencimentos dignos e compatíveis com os elevados misteres dos juízes consiste em pressuposto necessário para a independência judicial, que, por sua vez, é absolutamente essencial ao Estado de Direito.

⁹⁴⁰ Note-se que a jurisprudência do STF afirma que a garantia da irredutibilidade de vencimentos ou de subsídio somente protege o agente público contra a redução do valor nominal da sua remuneração, não lhe garante direito subjetivo à reposição de perdas inflacionárias (preservação do valor real). Ver, por exemplo, STF, RE 375936 AgR, Julgamento: 23/05/2006.

⁹⁴¹ V. a notícia “CNJ socorre tribunais para evitar cortes no orçamento do Judiciário”. Disponível em <http://www.portalcorreio.com.br/noticias/matLer.asp?newsId=158058>. Acesso em 10.01.2011, às 8:30h.

⁹⁴² V. “Ajufe ameaça entrar com ação para barrar aumento dos parlamentares”. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2514007/ajufe-ameaca-entrar-com-acao-para-barrar-aumento-dos-parlamentares>. Acesso em 18.01.2011, às 16:00h.

Note-se, por outro lado, que a influência do modelo norte-americano de nomeação e investidura dos juízes da Suprema Corte no Brasil é evidente, na medida em que também optamos por conferir a prerrogativa da nomeação dos juízes da Suprema Corte ao Presidente, por sujeitar a sua indicação à confirmação do Senado, e pela vitaliciedade da sua investidura ao invés de mandatos fixos (a única diferença normativa relevante é a existência de aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade no Brasil). Todavia, a prática institucional tem sido bastante distinta, especialmente no que diz respeito à (ausência de) deliberação no Senado.

Desde a nossa primeira Constituição republicana (1891) o processo de confirmação pelo Senado das indicações do Presidente à Suprema Corte, via regra, não passou de formalidade necessária à posse no cargo. O único caso de rejeição que se tem notícia foi a de Barata Ribeiro, por ser médico, e, portanto, por não atender ao requisito do “notório saber jurídico”, e mesmo assim após uma série crise entre o Presidente Floriano Peixoto e o STF, na qual o primeiro ficou um longo período sem preencher os cargos vagos no segundo para inviabilizar o seu funcionamento.⁹⁴³ Curiosamente, a significativa expansão do poder político do STF atualmente em curso não foi acompanhada de proporcional aumento da atenção dispensada pelos poderes políticos e pelos partidos à importância de uma nomeação para a Suprema Corte, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde se trata de tema de enorme destaque na mídia e nos debates políticos.⁹⁴⁴

Portanto, o modelo brasileiro de nomeação se caracteriza pela quase exclusiva atuação do Presidente da República, circunstância que reduz o seu caráter deliberativo, e, portanto, torna inviável a aplicação no Brasil de propostas como a de *Neal Katyal*, no sentido de que esse processo seria o instrumento por excelência de comunicação das visões do povo sobre a melhor interpretação constitucional à Suprema Corte, conferindo à sua jurisprudência *accountability*.⁹⁴⁵ Diante das características do processo de nomeação, não é de surpreender que seja comum a nomeação de pessoas ligadas pessoalmente ao Presidente da República, estimulando o personalismo - que já é uma das graves vicissitudes das relações políticas brasileiras⁹⁴⁶ - em questão de enorme relevo público, como é o caso de uma nomeação para o Supremo Tribunal Federal.

⁹⁴³ V. seção 4.1.

⁹⁴⁴ Agradeço a Daniel Sarmiento por ter me alertado dessa circunstância peculiar ao Brasil.

⁹⁴⁵ V. seção 7.2.2.

⁹⁴⁶ Sobre o tema do personalismo na administração pública brasileira ver COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro – crítica do paradigma gerencialista**. Op. Cit., p. 52/58.

Entretanto, adota-se no Brasil um sistema de investidura que garante a vitaliciedade no cargo, o que permite ao juiz atuação independente, pois a sua permanência no cargo não depende da vontade de quem que seja exceto dele próprio.

Em suma, tendo em vista que o Presidente da República atua como líder da coalização partidária dominante, o seu poder de nomeação influencia a evolução da jurisprudência constitucional do STF, especialmente em aspectos de grande saliência política e caros às coalizões governamentais que sustentam o governo. Entretanto, em razão do reduzido número de questões constitucionais discutidas durante a sabatina no Senado, da falta de concomitância entre os momentos em que o assunto surge no STF e em que há vaga no STF, do fato de o processo de sabatina vir apresentando baixo nível deliberativo no Brasil, e de a vitaliciedade permitir que juiz fique longo período de tempo do STF, pode-se concluir que a influência do processo de nomeação para promover a reversão de linhas jurisprudenciais específicas é bastante reduzida.

Por sua vez, a *dificuldade de implementação das decisões da Suprema Corte* é um sério limite à implantação da supremacia judicial em sentido material no Brasil. Note-se, inicialmente, que o Brasil apresenta exemplos expressivos sobre a questão. Cite-se a ADI n. 3.853, proposta em face da Emenda n. 35 à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que instituiria “*subsídio mensal e vitalício aos ex-Governadores daquele Estado,*” e “*pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular*”.

A fixação de pensões a ex-Governadores e a seus parentes, sem a estipulação de um tempo mínimo de contribuição para o sistema previdenciário dos servidores estaduais ou mesmo de um período razoável de permanência no cargo, pareceu ao STF afrontar “*o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos*”, visto que “*no vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente' (...)*” Todavia, as manchetes dos principais jornais brasileiros nos dão notícia de que, apesar de o STF ter proferido tal decisão em 2007, atualmente se mantêm proventos e pensões em favor de ex-Governadores e parentes, inclusive em favor de indivíduos que

ocuparam o cargo por período ínfimo de tempo, em substituição eventual ao titular do cargo.⁹⁴⁷

Por outro lado, a incompreensão acerca do teor das decisões judiciais consiste em fator intimamente ligado à sua implementação. A real produção de efeitos erga omnes e vinculantes às decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade, de forma a efetivamente constranger a atuação futura de atores públicos e privados, pressupõe, por óbvio, que a decisão seja conhecida e compreendida. Em que pese ao aumento da publicização das decisões do STF com a expansão da TV e da Rádio Justiça e dos acessos ao sítio do STF na internet, o conhecimento das decisões do STF pelo público em geral ainda é intermediado, via de regra, pela imprensa, e, naturalmente, só uma pequena parte das decisões judiciais gera mídia. Ademais, a peculiar linguagem jurídica não é de fácil compreensão àqueles não versados em direito.

Além disso, a influência da processualística convencional - no sentido de que somente o dispositivo da decisão faz coisa julgada (art. 469 do CPC) - conduz a que Presidência do STF tenha como tradição colher votos dos Ministros somente em relação ao pedido formulado nas ações de controle abstrato de constitucionalidade (declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos dispositivos arrolados na inicial, ou mesmo a aplicação de técnica intermediária de decisão).⁹⁴⁸ Portanto, não são colhidos votos em relação aos fundamentos, sendo frequentemente difícil extrair a tese jurídica perfilhada pela composição majoritária do Tribunal a partir dos diversos votos acostados ao processo.

Some-se a isto a opção por um modelo de deliberação externa, na esteira da Suprema Corte norte-americana. Conforme a influente lição de Ferejohn e Pasquino,⁹⁴⁹ as Cortes Constitucionais européias adotam, preponderantemente, um modelo de deliberação que se qualifica como interno, pois as decisões são tomadas normalmente a portas fechadas, em reuniões onde há intensa troca de informações e de opiniões entre os juízes. Neste ambiente protegido do público exterior, os juízes se mostram mais aptos

⁹⁴⁷ Após as referidas aposentorias e pensões virem à tona, o Conselho Federal da OAB deliberou pela propositura de ações diretas no STF visando a questionar a sua constitucionalidade. V. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/01/oab-ajuiza-terceira-acao-no-stf-contrapensoes-para-ex-governadores-2/>. Acesso em 02 de fevereiro de 2011.

⁹⁴⁸ Por exemplo, interpretação conforme a Constituição, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, modulação de efeitos temporais etc.

⁹⁴⁹ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Interpretation". In: SADURSK, Wojciech. **Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. Netherlands: Kluwer Law International, 2002, pp. 34/36.

a fazer concessões em relação à sua opinião original, não sendo comuns votos divergentes. Assim, a persuasão mútua entre os juízes - que é promovida pelo acesso prévio à opinião dos seus colegas e pela deliberação reservada - permite que a Corte emita, via de regra, uma “*decisão única, institucional, clara, objetiva e de consenso.*”⁹⁵⁰

Por outro lado, nas Supremas Cortes norte-americana e brasileira os juízes não costumam circular previamente os seus votos nem deliberar entre si, de maneira que a formação das suas convicções tende a se dar isoladamente nos seus gabinetes. Desta forma, na sessão de julgamento os juízes são frequentemente surpreendidos com o entendimento dos seus colegas, e em razão de estarem em um ambiente público (no Brasil, televisionado ao vivo) e de já terem formado o seu convencimento, se mostram menos suscetíveis do que os seus colegas europeus a fazerem concessões, sendo mais frequentes votos divergentes. Tal modelo enfatiza a deliberação externa na medida em que os votos divergentes costumam não se destinar diretamente a convencer os seus pares, mas outras “platéias”, como os Poderes Legislativo e Executivo, os movimentos sociais, a academia e a mídia.⁹⁵¹

Ambas as formas de deliberação na Suprema Corte são importantes em uma democracia constitucional: a interna provê ao Tribunal uma decisão uniforme e clara, o que se afigura fundamental para que a sua interpretação constitucional seja compreendida e cumprida pelos demais departamentos estatais e pela sociedade; a externa tende a promover um diálogo com os referidos atores públicos e privados acerca da melhor forma de resolver questões constitucionais controvertidas. Por outro lado, os dois modelos apresentam também sérias vicissitudes (sobretudo se utilizados de forma pura): a deliberação interna peca pela falta de transparência e pelo conseqüente risco de repercutirem na decisão interesses privados; já a deliberação externa pode sujeitar excessivamente os juízes a influência das câmaras.

Naturalmente que transborda dos propósitos da presente seção a análise da melhor forma de promover um *trade-off* entre tais fatores; antes o que se quer ressaltar é que a opção por um modelo de “deliberação externa” em que os juízes formam a sua convicção preponderantemente isolados, de maneira a que o entendimento do Tribunal consista em uma miscelânea de votos particulares, ao invés de se expressar em uma

⁹⁵⁰ Ver SILVA, Virgílio Afonso. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo* 250 (2009): 197-227, p. 210.

⁹⁵¹ *Ibid.*

decisão única e objetiva (como normalmente se dá nas “deliberações internas”), dificulta a compreensão por atores externos e por Tribunais inferiores acerca do efetivo entedimento do Tribunal. Além disso, os frequentes votos divergentes dissipam a força persuasiva que uma decisão unânime da Suprema Corte tem sobre tais agentes públicos e privados.

É evidente que o hermetismo da linguagem jurídica e a baixa saliência política de muitas das matérias decididas pelo STF também não estimulam a ampla repercussão das suas decisões. Especificamente quanto à fundamentação da decisão, a ausência de votação específica quanto aos seus motivos determinantes (*ratio decidendi*) dificulta sobremodo a sua identificação, parecendo mesmo inviabilizar a chamada “eficácia transcendente dos motivos determinantes”, pois se não se pode identificar a *ratio decidendi*, por óbvio, ela não haverá de vincular quem quer que seja.

Um exemplo singularmente ilustrativo do exposto se deu na Reclamação n. 9.428-DF, proposta pelo Jornal “O Estado de São Paulo” em face de Fernando José Macieira Sarney.⁹⁵² Na ADPF n. 130, o STF reconhecera a não-recepção integral da Lei de Imprensa por entendê-la incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de outubro de 1988. Todavia, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, adotou posição mais ousada, na medida em que perfilhou uma concepção libertária sobre a liberdade de expressão, que, centrada na pessoa do autor da mensagem, enfatiza o dever do Estado de abster-se de prejudicar a fruição do direito, vendo, portanto, com extrema desconfiança tentativas de o Estado regular o seu exercício.⁹⁵³ Desta forma, diante do conflito entre as liberdades de expressão e de imprensa e os direitos fundamentais à privacidade, intimidade e honra, afirmou a precedência do primeiro grupo de direitos, e alertou, inclusive, para o risco de proibições a publicações de matérias jornalísticas por autoridades judiciais suscitarem verdadeiros atos de censura judicial.⁹⁵⁴

⁹⁵² STF, Rcl 9428, Pleno, DJ 24.06.2010.

⁹⁵³ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. (tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹⁵⁴ STF, ADPF n. 130, DJ 06-11-2009. Confirmam-se os seguintes trechos da ementa:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO

No âmbito da referida reclamação, o jornal “O Estado de São Paulo” alegou que a decisão de juiz monocrático, que lhe impedira de publicar dados relativos ao reclamante obtidos em sede de investigação criminal sob sigilo judicial, violara a decisão proferida pelo STF na ADPF n. 130, pois nesta a Corte deslindara o conteúdo da

liberdade constitucional de relatar e opinar”, “verberando destarte o reprovável modismo da “censura judicial” operada sob as vestes da proteção aos direitos da personalidade, tomados esses contudo em óptica apertada e minguada, como se a eles pudesse ser forasteiro, apartado, quiçá incompativelmente distante, o fundamental direito à manifestação do pensamento.”⁹⁵⁵

Todavia, o Relator da Reclamação, Min. Cezar Peluso, afirmou que a ementa do acórdão proferido na ADPF n. 130 refletiria “*apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte*”, pois

o conteúdo semântico do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, p. 1, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada.”⁹⁵⁶

Com efeito, após examinar todos os votos proferidos na ADPF n. 130, percebeu o Ministro Peluzo, corretamente, que a maioria do Tribunal não placitou a tese de que haveria uma superioridade apriorística da liberdade de imprensa em detrimento do

PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.(...). PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS.(...).”

⁹⁵⁵ ADPF n. 130, p. 2.

⁹⁵⁶ ADPF n. 130, p. 11.

direito à privacidade, antes afirmou a necessidade de praticar-se uma ponderação entre os dois direitos fundamentais à luz das particularidades do caso concreto. Inversamente, de vários votos (destacando-se o do Ministro Joaquim Barbosa) percebe-se uma aproximação à concepção democrática sobre a liberdade de expressão (ao invés da libertária), que, ao focar o destinatário da notícia, ressalva a importância da regulação pelo Estado dos órgãos de mídia para a garantia do direito à adequada informação.⁹⁵⁷ Portanto, a ementa do acórdão não refletiu o entendimento da Corte; ao revés, tal entendimento deveria ser extraído da “interpretação sistemática” dos votos (!).

Além disso, a dificuldade de implementação da interpretação constitucional do STF não só para o caso concreto, mas para todas as hipóteses sujeitas à respectiva norma constitucional, é agravada pela prevalência até 1988 das decisões constitucionais dotadas apenas de efeitos *inter partes*.⁹⁵⁸ De fato, diante da recente generalização dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, o emprego da reclamação⁹⁵⁹ como instrumento de adequação da conduta de agentes judiciais e administrativos ao entendimento constitucional do STF ainda está em sua infância, de maneira que boa parte da atuação de juízes e de autoridades administrativas ainda se encontra privada de um instrumento de monitoramento célere e efetivo da sua compatibilidade com as interpretações constitucionais do STF. Por outro lado, a relativa facilidade do processo de emenda à Constituição no Brasil, sobretudo quando comparado ao norte-americano, permite que o Congresso Nacional responda a decisões de inconstitucionalidade do STF mediante a alteração formal da Constituição.⁹⁶⁰

Em síntese, parece claro que o curso da interpretação constitucional levada a cabo pelo STF é influenciado não só pelo direito constitucional e pela ideologia dos seus membros, mas também pelos limites políticos e institucionais acima arrolados. Com efeito, embora os ataques institucionais ao Supremo e os instrumentos de retaliação ao Judiciário não tenham sido mais usados com a frequência do passado, não se pode garantir que eles não serão empregados caso o Judiciário se desviar radicalmente da opinião pública. Esclareça-se: não se cuida de defesa, no plano normativo, do emprego destes mecanismos; muito pelo contrário, já se salientou por

⁹⁵⁷ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Op. Cit., p. 99/138.

⁹⁵⁸ Ver seção 4.1.

⁹⁵⁹ Dispõe o art. 102, I, 1, da CF/88 competir originariamente ao STF julgar “a reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade das suas decisões”.

⁹⁶⁰ Esta questão será abordada na seção 8.3.1.

diversas vezes quão lesivos eles são - e particularmente o foram na história constitucional brasileira - para a independência judicial e para a afirmação do Estado de Direito. Trata-se tão-somente da constatação empírica, lastreada pela análise histórica do direito constitucional comparado, de que eles poderão ser manejados caso o Judiciário seja um bastião de uma visão constitucional superada pelo povo (como o foi na *Lochner Era*).

O processo de nomeação dos juízes do STF pelo Presidente e de sabatina pelo Senado, por sua vez, contribui para que haja um alinhamento entre a jurisprudência constitucional do STF e a opinião pública. Porém, tendo em vista o seu reduzido caráter deliberativo, a sabatina abordar pequena parcela das questões decididas pelo STF, a vitaliciedade prestigiar a independência à responsividade judicial etc., a influência do processo de nomeação e de confirmações dos juízes por autoridades políticas somente costuma ser relevante em relação a questões centrais às maiorias políticas e à opinião pública.

Por outro lado, o risco de os entendimentos constitucionais do STF não virem efetivamente a produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes é bastante considerável. A uma, pela tradição de atribuição de efeitos *inter partes* às decisões de inconstitucionalidade, de maneira que os mecanismos de monitoramento da adequação das decisões dos demais Tribunais e dos atos da Administração Pública às interpretações constitucionais ainda se encontram em fase inicial de desenvolvimento. A duas, pelo alto nível de desconhecimento sobre os “motivos determinantes” das decisões do STF, que decorre da baixa saliência política da maioria das suas decisões, do hermetismo da linguagem jurídica, do fato de o STF não colher votos em relação aos fundamentos da decisão (mas apenas em relação ao dispositivo), e do modelo de decisão do STF não favorecer a prolação de decisões claras, objetivas e únicas.

Por fim, a relativa facilidade do processo de emenda constitucional no Brasil estimula que se responda ao ativismo judicial com ativismo legislativo. De fato, em pouco mais de vinte anos de vigência da Constituição de 1988 já se contabilizou um número expressivo de emendas constitucionais superadoras de decisões de inconstitucionalidade do STF. Todavia, diante das dificuldades inerentes à superação do processo legislativo em um regime marcado pela forte fragmentação do poder político – em virtude do presidencialismo, do bicameralismo, do federalismo, do sistema proporcional por lista aberta, do multipartidarismo e da própria revisão judicial - a

aprovação de emendas superadoras de decisões do STF costuma ser reservada a atores políticos especialmente fortes, com destaque ao governo federal em questões de alto impacto financeiro-orçamentário.⁹⁶¹

Assim, o modelo de interação institucional entre o Supremo Tribunal Federal e os poderes políticos no Brasil não foge ao padrão descrito no item anterior. Com efeito, ao invés de ver na autorrestrrição judicial o único constrangimento à liberdade de o STF prolatar decisões contramajoritárias, o que se percebe de uma análise realista da sua atuação é que, apesar do maior ativismo da sua jurisprudência atual, em questões de grande relevância política e centralidade à coalizão governamental a Corte está sujeita a limitações institucionais significativas, e tende a antecipar tais reações para preservar a sua legitimidade institucional.

Tais instrumentos de reação dos poderes políticos a decisões do STF promovem razoável sincronização da sua jurisprudência com a opinião pública, especialmente nas questões mais sensíveis politicamente. Desta forma, a constitucionalização de determinada matéria não tem convolado o Judiciário em um “*veto player*” em relação a preferências centrais aos poderes políticos, mas antes tem funcionado como um “*alarme de incêndio*” na medida em que chama a atenção do público para a questão.⁹⁶² Por outro lado, o fato de a Corte estar alinhada, no essencial, à opinião pública confere-lhe dose razoável de *accountability*, desdramatizando o problema da dificuldade contramajoritária, e, sobretudo, afastando a existência de uma supremacia judicial em sentido amplo e material no direito brasileiro.

Contudo, em relação a questões dotadas de menor importância política e visibilidade, as quais provavelmente não serão monitoradas por grupos de interesse bem articulados, torna-se menos factível reações políticas a decisões da Suprema Corte. Desta forma, os seus juízes estarão menos vinculados a constrangimentos institucionais, havendo maior espaço não só para que atuem, de fato, de forma contramajoritária, como também para que as interpretações judiciais da Constituição se perpetuem.

Conforme salientado na seção anterior, o reconhecimento da maior fragilidade institucional do Judiciário precisamente no momento em que a sua atuação é mais necessária - a proteção de direitos de minorias contra os poderes políticos e econômicos -, não deve ser interpretada como a falência do constitucionalismo e da revisão judicial.

⁹⁶¹ Ver seção 8.3.1.

⁹⁶² MELO, Marcus André. “**Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia**”. Op. Cit., p. 257.

Ao contrário, a circunstância de haver forte apoio popular difuso à independência judicial - evidenciada pelas diversas pesquisas de opinião que colocam o Judiciário na dianteira nas disputas entre os departamentos estatais pela confiança do povo -, revela que os juízes podem se utilizar do apoio popular que gozam, seja para adequar o comportamento dos demais departamentos estatais a visões populares majoritárias (já foi citada a vedação ao nepotismo nos três poderes, “fixada” por súmula vinculante do STF), seja para atuar de forma efetivamente contramajoritária, em proteção a minorias estigmatizadas no processo político (também já se mencionou o caso do direito ao voto dos presos provisórios).

Resta, porém, analisar se se afigura compatível com o Estado Democrático de Direito a superação formal de decisões constitucionais do STF pelo Congresso Nacional; e, em caso positivo, se tal medida somente será legítima se veiculada por emenda constitucional, ou se lei ordinária poderá igualmente fazê-lo. O exame das principais teorias a propósito da questão relativa a saber quem deve ter a palavra final sobre o sentido da Constituição será o objeto do próximo capítulo.

8 - QUEM DEVE TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?

8.1 As principais teorias: diálogos constitucionais, construção coordenada e supremacia judicial

O problema normativo relativo a saber qual instituição deve ter a última palavra na interpretação constitucional é muito abrangente e pode ser analisado a partir de diferentes perspectivas. Assim, em atenção ao objeto do presente capítulo, a seção enfocará as respostas paradigmáticas dadas à possibilidade de aprovação pelo Parlamento de normas que superem os entendimentos constitucionais do STF.

A primeira teoria a ser abordada é a doutrina dos diálogos constitucionais,⁹⁶³ cujo longo e amplo debate no Canadá foi provocado pelo seminal artigo de Peter Hogg e Allison Bushell.⁹⁶⁴ A premissa fundamental dos autores é que a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre a revisão judicial não como uma barreira intransponível às instituições

⁹⁶³ Os diálogos constitucionais se tornaram uma “metáfora ubíqua” para designar recente tendência de priorizar-se o debate institucional sobre “quem” deve ter a última palavra na interpretação constitucional, em face do tradicional debate metodológico sobre “como” interpretar a Constituição. Assim, ao enfatizar as possíveis reações a decisões judiciais, a “metáfora dos diálogos” pode apresentar diversas vertentes, muitas das quais já foram analisadas (sobretudo as que enfatizam uma análise empírica das interações institucionais na interpretação constitucional). Reservar-se-á, contudo, a expressão “teoria dos diálogos constitucionais” para a tese de Hogg, Bushell e Roach, não apenas pelo pioneirismo dos dois primeiros autores, mas por enfatizarem o debate normativo sobre a última palavra, tópico central do presente item. Valendo-se da mesma nomenclatura ver BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Op. Cit., p. 17/39. Para uma análise sistemáticas das diversas acepções que a “metáfora dos diálogos” pode assumir ver BATEUP, Christine, **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. Op. cit.

⁹⁶⁴ HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

democráticas, mas como instrumento catalizador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade. Assim, se maiorias legislativas podem reverter decisões constitucionais da Suprema Corte, o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade perde muito a sua força.

Nesta esteira, Hogg e Buschell consideram que a Carta Canadense de Direitos de 1982 apresenta características que facilitam o diálogo, com destaque às seções 1 (possibilidade de o legislador impor limites razoáveis aos direitos fundamentais) e 33 (*override clause*), e os direitos da igualdade (diante da necessidade de estabelecer-se um diálogo entre Legislativo e Judiciário sobre a melhor forma de concretizá-los). Confirmando a índole dialogal da Carta, os autores já consideravam haver efetivo diálogo na prática institucional do Canadá sobre a melhor forma de aplicar direitos fundamentais, tendo em vista que aproximadamente oitenta por cento das decisões constitucionais da Suprema Corte geraram algum tipo de seqüela normativa.

Especificamente quanto ao problema de leis ordinárias poderem legitimamente reverter decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte, Hogg e Buschell, já no seu artigo de 1997, consideravam que um dos limites à teoria dos diálogos se verifica na hipótese de a Suprema Corte julgar inconstitucionais os objetivos perseguidos pelo legislador: nesta hipótese, somente restaria ao Parlamento o uso da *override clause*. Isto porque os autores consideram que o uso da seção n. 1, como suporte para a reação legislativa, somente seria legítimo caso a Suprema Corte afirmasse que o legislador se valeu de um meio inválido para perseguir um objetivo válido. Neste caso, não haveria óbice a que o legislador aprovasse nova lei na qual previsse medida compatível com a jurisprudência da Suprema Corte. Todavia, caso a Suprema Corte reputasse inconstitucional o próprio objetivo perseguido pela lei, somente restaria ao Parlamento a *override clause*.⁹⁶⁵

Kent Roach se alinha a tal tese, que pode ser chamada de doutrina dos diálogos constitucionais canadense.⁹⁶⁶ Em didática sistematização, o Professor da Universidade de Toronto arrolou os mecanismos de reação legislativa válidos: a seção n. 1 constituiria o instrumento, por excelência, dos diálogos constitucionais no Canadá, na medida em

⁹⁶⁵ Id., p. 93/95.

⁹⁶⁶ Neste sentido, BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Op. Cit., p. 17/39.

que ao admitir, por um lado, que lei limite os direitos fundamentais, e, por outro, que a Suprema Corte controle a razoabilidade desses limites, estabeleceria as condições para um diálogo respeitoso em que cada instituição contribuiria com a sua específica capacidade institucional: a Suprema Corte, com a sua *expertise* na proteção de direitos (sobretudo de minorias estigmatizadas no processo político), e o Parlamento, com informações sobre os objetivos da regulação estatal e com a sua sintonia com o clamor popular.⁹⁶⁷

Todavia, conforme salientado por Roach e Buschell, o Parlamento somente pode se valer da seção 1 para reagir a decisão judicial se aprovar lei que persiga o objetivo da lei invalidada de forma compatível com a interpretação dada pela Suprema Corte a direito fundamental. Se, entretanto, o propósito do legislador é o de reverter decisão judicial que invalidou os objetivos de lei pretérita, atribuindo conteúdo diverso à Carta de Direitos, o único caminho legítimo seria a *override clause*.

Nesta linha Roach afirma que, quando o acordo entre Suprema Corte e Parlamento não é possível, a dinâmica das relações institucionais não pode ser ilustrada por uma conversa deliberativa, mas como uma “guerra de gritos”. Neste contexto adversarial, o Parlamento pode dar a última palavra através do uso da *override clause*, em mecanismo que apresenta vantagens em relação a outros instrumentos de reação legislativa: (i) o seu alto custo político evitará o uso corriqueiro; (ii) a saliência política do uso da *override clause* permitirá ao público perceber a tentativa do Parlamento de se evadir de decisão da Suprema Corte; (iii) o prazo de validade de cinco anos da cláusula permite que o tema volte à discussão em um momento em que os ânimos estejam menos exaltados.⁹⁶⁸

Neste particular, a única diferença relevante entre as perspectivas de Hogg e de Roach se refere à hipótese em que o legislador não segue a postura que ambos preconizam, ou seja, quando o legislador, ao invés do uso da *override clause* para preservar lei cujo objetivo foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte, prefere a edição de lei *in your face*. Enquanto Hogg sugere que, na hipótese de reiteração da norma pelo legislador, a Suprema Corte deve ser-lhe mais deferente na aferição da razoabilidade dos limites impostos ao direito fundamental (uma espécie de reforço em

⁹⁶⁷ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. Cit., p. 289/297.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 282.

sua presunção de constitucionalidade), Roach considera que a Suprema Corte deve simplesmente refazer o juízo de constitucionalidade, sem predisposição para declarar a lei *in your face* constitucional ou inconstitucional, pois, sendo a *override clause* uma parte da estrutura dialógica da Carta, a Corte não deve temer incitar o seu uso pelo Parlamento.⁹⁶⁹

O que se expôs já é suficiente para se perceber que a doutrina dos diálogos constitucionais canadense deposita sensível esperança na capacidade do Judiciário na tutela de direitos de minorias sem voz no processo político (i.e. acusados de crimes). Tal circunstância se evidencia claramente nas páginas finais do livro de Roach, quando ele destaca que, em um regime de sólidas coalizões legislativas como é o parlamentarismo canadense, uma postura ativista da Suprema Corte evita o “*monólogo do processo majoritário*”, que provavelmente não prestará a devida atenção a direitos de minorias.

Todavia, Tushnet arguiu um ponto importante: diante do altíssimo custo político do uso atual da *override clause* no Canadá, a defesa de que a superação efetiva de decisão constitucional da Suprema Corte somente poderia ser feita por seu intermédio não revelaria um desejo oculto pela supremacia judicial, ainda que travestido sob o rótulo dos diálogos constitucionais?⁹⁷⁰ A partir desta constatação, e, sobretudo, do questionamento da premissa de que o Judiciário apresentaria maior capacidade para proteger direitos, os adeptos da “teoria da construção coordenada” postulam uma efetiva igualdade entre Suprema Corte e Legislativo na interpretação da Constituição.

Com efeito, inspirada na versão de Madison da separação dos poderes com ênfase nos mecanismos de freios e contrapesos, sustenta a “teoria da construção coordenada” que cada departamento estatal tem um poder autônomo de interpretar a Constituição, como um pressuposto necessário ao exercício das suas atribuições.⁹⁷¹

Os mecanismos usados pelos próceres da construção coordenada para que os demais departamentos estatais façam valer o seu “poder autônomo” de interpretação da Constituição variam radicalmente: (i) desde a defesa da não vinculação dos poderes que não concordem com a decisão judicial⁹⁷², (ii) a defesa dos efeitos apenas *inter partes*

⁹⁶⁹ ROACH, Kent. “Sharpening the Dialogue debate: the next decade of scholarship”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007, p. 174/175.

⁹⁷⁰ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

⁹⁷¹ Ver seção 1.2.2.

⁹⁷² PAULSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. **Michigan Law Review**, 101, 2706 (2003).

das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte, de maneira a rejeitar-se a vinculação dos demais departamentos estatais em casos futuros (efeitos *erga omnes* e vinculantes),⁹⁷³ e (iii) a legitimidade de superação de decisão de inconstitucionalidade por lei ordinária (*legislative override*).⁹⁷⁴

Enfocando-se a sua última vertente (*legislative override*),⁹⁷⁵ vê-se que a “construção coordenada”, assim como a teoria dos diálogos constitucionais, reconhece a interpretação constitucional como um processo longo e interativo no qual as instituições contribuem com as suas capacidades específicas e atuam com vistas à mútua acomodação das suas perspectivas. A diferença fundamental para a primeira é que a segunda defende que leis ordinárias superadoras de decisões da Suprema Corte atuem não apenas dentro dos limites fixados pela Corte (quanto aos meios aptos a realizar objetivos constitucionais definidos exclusivamente pela Corte), mas sobre os referidos limites (podendo reiterar objetivos reputados inconstitucionais pela Suprema Corte).⁹⁷⁶

Assim, as chamadas leis *in your face*, destinadas a fazer prevalecer leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte por nova maioria simples obtida no Parlamento, seriam um instrumento integrante da estrutura dialogal da Carta, e poderiam ser manejadas inclusive para reiterar objetivos tidos como inconstitucionais pela Suprema Corte. Não se trataria do restabelecimento da supremacia parlamentar, mas da implantação de um sistema de freios e contrapesos em que nenhuma instituição tem um poder final.⁹⁷⁷

Por fim, cumpre mencionar a reformulação sofisticada da doutrina da supremacia judicial engendrada por Frederick Schauer e Larry Alexander. Os autores refutam tentativas recorrentes de fundamentar a supremacia judicial com base no texto constitucional e na história.⁹⁷⁸ Quanto ao primeiro fundamento, salientam que mesmo que houvesse norma expressa que atribuísse ao Judiciário a última palavra sobre a

⁹⁷³ GREENE, Abner. **Against Interpretative Obligation (to the Supreme Court)**. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub7365.pdf>. Acesso em 01.02.2011.

⁹⁷⁴ BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010

⁹⁷⁵ Os demais instrumentos serão analisados a seguir.

⁹⁷⁶ BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Op. Cit., p. 4/5.

⁹⁷⁷ Ibid, p. 151. No mesmo sentido, ver MANFREDI, Christopher P. “The Day the Dialogue Died: a comment on *Sauvé v. Canada*”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007, p. 107/123.

⁹⁷⁸ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. “Defending Judicial Supremacy: A Reply”. **Constitutional Commentary**, Vol. 17: 455, (2000) p. 459.

interpretação constitucional, a questão não estaria resolvida, pois subsistiriam os problemas relativos a saber quem deve interpretar tal norma, se a exegese judicial é a mais adequada, e se ela deve obrigar a todos. Quanto à segunda justificativa, os professores norte-americanos argumentam que, ainda que a história norte-americana suportasse a tese da supremacia judicial - o que Larry Kramer demonstrou ser bastante questionável -, tal fato não a legitimaria hoje, pois isso somente ocorreria caso se demonstrasse que a sociedade americana atualmente aceita a tese em análise.

Ao revés, consideram que a determinação da instituição política responsável pela última palavra na interpretação constitucional consiste em questão lógica e pré-constitucional de *design* institucional normativo.⁹⁷⁹ A propósito, argumentam que uma função moral essencial ao direito nas sociedades pluralistas contemporâneas é a resolução de divergências, determinando coercitivamente o que é proibido, imposto ou facultado pela ordem jurídica.

Portanto, a coordenação entre ações individuais e a resolução de desacordos morais são razões independentes de conteúdo para a existência do direito e para a sua obrigatoriedade.⁹⁸⁰ Cuidar-se-ia de mero corolário dos conceitos de autoridade e de deferência: se um agente público segue decisão judicial por concordar com ela, não há efetivo constrangimento à sua atuação; contudo, se discorda da decisão, mas mesmo assim se sujeita a ela, há, de fato, obrigatoriedade na decisão, e deferência na postura do agente em questão.⁹⁸¹

Tal função estabilizadora do direito revelar-se-ia, de forma especialmente intensa, na adoção uma Constituição escrita, não apenas por se cuidar de norma de maior hierarquia em um sistema jurídico, mas notadamente por esta opção ter como primordial objetivo retirar questões fundamentais do alcance de maiorias transitórias, estabilizando a sua tutela.⁹⁸² Contudo, nas hipóteses em que a Constituição se abre a interpretações divergentes, alguma instituição deve ter o poder de definir o coercitivamente o seu sentido, sob pena de a Constituição não desempenhar a sua função de estabilizar a solução jurídica para questões controvertidas.

⁹⁷⁹ Reconhecem, porém, que a aceitação atual pelo povo a determinada solução seja elemento fundamental à sua adoção em dada sociedade, elemento que confere base empírica à questão da última palavra na interpretação constitucional.

⁹⁸⁰ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick On Extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, 1997, p. 1374.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 1359/1363.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 1376.

Por outro lado, em virtude do seu relativo insulamento político, da estabilidade que decorre da vinculação aos precedentes, do princípio da inércia, e do dever de fundamentação, Schauer e Alexander atribuem à Suprema Corte a autoridade para definir o sentido da Constituição não apenas em casos concretos, mas também para fixar orientação vinculante às autoridades legislativas e administrativas e a atores privados em sua futura atuação.⁹⁸³ A necessidade de prover estabilidade ao direito constitucional conferiria às decisões da Suprema Corte rigorosamente a mesma autoridade atribuída às normas constitucionais,⁹⁸⁴ de maneira que qualquer ato praticado por agente público ou privado em contrariedade à jurisprudência constitucional da Suprema Corte ofenderia *ipso facto* a Constituição.

Note-se que, segundo Schauer e Alexander, não há alternativas entre a supremacia de determinada instituição na interpretação constitucional (a seu ver, o Judiciário) e o estabelecimento de uma anarquia interpretativa. Com efeito, consideram que, caso agentes públicos e privados pautassem a sua atuação por sua própria interpretação constitucional, haveria tantas Constituições quanto intérpretes.⁹⁸⁵ Assim, se a Constituição deve ser o documento normativo de maior hierarquia que se destina a realmente limitar o agir de todos aos seus ditames, não há solução para preservar a sua obrigatoriedade senão sujeitar todos os agentes públicos e privados às decisões da Suprema Corte.

Por fim, Schauer salienta que a sua tese não traz consequências práticas tão divergentes daquelas geradas pelo constitucionalismo popular. Isto porque, defende a adoção de uma supremacia judicial no bojo de uma “Constituição Modesta”, que não assume a natureza de um fórum primário em que os cidadãos tomam as decisões mais importantes sobre questões de princípio e de política, ou seja, uma espécie de religião civil que forja a identidade nacional. Ao contrário, fiel ao figurino das Constituições-Garantia do constitucionalismo liberal, atribui uma função mais tímida para as Constituições, já que elas devem basicamente definir a estrutura do Estado, sobretudo

⁹⁸³ Ibid., p. 473 et. seq.

⁹⁸⁴ Ibid., p. 455.

⁹⁸⁵ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. “Defending Judicial Supremacy: A Reply”. Op. Cit., p. 482.

através de normas procedimentais e de competências, e não estabelecer normas materiais que pautem a atuação futura do Estado.⁹⁸⁶

Assim, o Professor de Harvard alinha-se aos próceres do constitucionalismo popular no sentido de que as decisões substantivas centrais sobre políticas públicas devem ser tomadas em fóruns mais responsivos perante o povo, como o Parlamento e outros espaços mais amplos onde a opinião pública se forma. A bem da verdade, a supremacia judicial de Schauer e o constitucionalismo popular - segundo o próprio Schauer - teriam um adversário comum: aqueles que consideram que a Constituição é o repositório dos valores substantivos mais importantes da sociedade, e que o Judiciário deveria ter papel de destaque na concretização dos princípios constitucionais abstratos que os contêm.⁹⁸⁷ Daí se vê que Schauer, embora defenda uma supremacia judicial em sentido estrito, segundo a qual decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte somente poderia ser revertida por emenda constitucional, não sustenta uma supremacia judicial em sentido amplo, na qual o Judiciário gozaria de primazia em detrimento do legislador para concretizar princípios constitucionais abstratos. Em sua visão tal primazia competiria ao Poder Legislativo.

8.2 A superioridade normativa das teorias dialogais

A defesa normativa da supremacia judicial na interpretação constitucional apresenta sérias deficiências que justificam o afastamento da sua aplicação ao direito brasileiro. Já se salientou a insuficiência de tentativas de fundamentar a última palavra do STF na interpretação constitucional com base na sua função de “Guardião da Constituição”. Com efeito, o emprego de justificativa genérica para afirmar a definitividade do que quer que o STF tenha decidido promove uma absoluta legitimação *ex ante* das suas decisões, a qual se afigura incompatível com a exigência de justificação específica da compatibilidade das suas decisões com a Constituição de 1988, que é corolário do dever de fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades públicas em uma democracia deliberativa, e, em particular, pelos juízes (art. 93, IX, CF/88).

⁹⁸⁶ SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. *California Law Review*, vol. 93, 2004, p. 1064/1066.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 1065.

Ademais, caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento da sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for da lavra de órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a radicalização e a polarização das disputas políticas.

Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais departamentos estatais e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material - segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida - causa problemas de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões políticas relevantes são judicializadas, a defesa no plano normativo de que as decisões proferidas pela Suprema Corte em matéria constitucional são finais, de molde a ser extremamente difícil a sua reversão no futuro por atores públicos e privados, torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição “desviante” em um sistema democrático, pois proferirá um largo espectro de decisões em relação às quais o povo - titular último do poder político - não terá mecanismo efetivo de correção.

Mesmo Schauer e Alexander reconhecem que a atribuição ao Judiciário da última palavra no contexto da interpretação de uma Constituição analítica - que possui um amplíssimo conteúdo normativo material -, em que virtualmente toda questão de relevo político tem a sua constitucionalidade questionada, vem acompanhada de uma visão rósea acerca das capacidades institucionais do Judiciário, e negra a propósito das capacidades institucionais do legislador.⁹⁸⁸ De fato, tal tese costuma nutrir fortes esperanças no sentido de que a proteção da intangibilidade da Constituição em face de maiorias transitórias teria no Judiciário um eficiente Guardiã, diante das já salientadas capacidades institucionais do Judiciário. Por outro lado, os adeptos da supremacia judicial costumam desconfiar bastante da possibilidade de o legislador participar da interpretação constitucional, na medida em que destacam especialmente o fato de a

⁹⁸⁸ Ver SCHAUER, Frederick. **Judicial supremacy and the modest Constitution**. Op. Cit., p. 1064/1066.

“conexão eleitoral” torná-los mais suscetíveis à representação de meras maiorias transitórias.⁹⁸⁹

Todavia, mesmo a versão mais comedida da supremacia judicial de Schauer e Alexander, no sentido de que o Judiciário deve ter a última palavra no âmbito de uma “Constituição Modesta”, deve ser afastada por diversos motivos. O primeiro deles consiste na sua inaplicabilidade ao constitucionalismo brasileiro. Com efeito, a Constituição de 1988 está longe de ser modesta: cuida-se de exemplo típico de Constituição analítica, por conter uma miríade de normas materiais sobre os mais diversos assuntos sujeitos à regulação jurídica. Ademais, a Carta de 1988 também não se encaixa no figurino das Constituições-Garantia do constitucionalismo liberal, antes possui claramente a natureza de Constituição-Dirigente, visto que, para além de estruturar o Estado e limitar o seu poder, contém normas que predeterminam fins a serem perseguidos pela ação estatal (ditas programáticas).

Aliás, é bom que seja assim. No capítulo quatro se demonstrou que, até 1988, as Constituições brasileiras desempenharam mera função de estruturar o governo, e o que se viu foi a implantação - ainda assim parcial - do modelo positivista de jurisdição constitucional. Tal modelo se caracteriza por um minimalismo constitucional, na medida em que o Judiciário se limita a controlar a compatibilidade dos atos estatais com a parte determinada da Constituição – i.e. regras que estruturam o Estado e estabelecem direitos de primeira “geração”. Todavia, o que se constatou não foi a garantia da estabilidade das relações jurídicas e sociais, mas a quase insignificância da Constituição na vida política brasileira.⁹⁹⁰

Por sua vez, a vinculação da supremacia judicial à garantia da estabilidade jurídica e social também se revela problemática. A uma, pois Schauer e Alexander escrevem à luz da realidade norte-americana, onde há uma secular cultura judicial de vinculação de precedentes, e, mesmo lá se questiona se a jurisprudência da Suprema Corte provê, de fato, estabilidade à solução de determinada questão constitucional.⁹⁹¹ Todavia, no Brasil ainda prevalece um modelo casuístico de adjudicação constitucional,⁹⁹² de maneira que, à míngua de uma cultura de vinculação aos

⁹⁸⁹ Ver a seção 6.2.

⁹⁹⁰ Ver especialmente a seção 4.2.3.

⁹⁹¹ NAGEL, Robert. Judicial supremacy and the settlement function. (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores) **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 849/864, 1998.

⁹⁹² Ver a seção 4.3.5.

precedentes da Suprema Corte, o argumento da estabilidade judicial perde muito a sua força.

De qualquer forma, a tese de que a função primordial da Constituição é prover estabilidade a sociedades pluralistas é, em si, altamente questionável. Sem prejuízo da notável importância da estabilidade em matéria constitucional, Schauer e Alexander não diferenciam a sua relevância em diferentes áreas sujeitas à regulação jurídica.⁹⁹³ Aliás, os professores norte-americanos usam o sugestivo exemplo das regras de trânsito: não há dúvidas de que nesta matéria a estabilidade inclusive para o futuro tem um peso especial. Com efeito, parece claro que constantes mudanças na “mão” de uma via de trânsito confundiriam os motoristas, de maneira que um forte nível de estabilidade tende a proporcionar não só segurança jurídica, mas notadamente a preservação da vida e da integridade física dos motoristas. Há também uma peculiar relevância da estabilidade em áreas especialmente sensíveis a alterações normativas: direito penal, direito tributário, direito contratual etc.

Todavia, em sede constitucional, sobretudo no âmbito de questões moralmente controvertidas (i.e. direitos fundamentais), a flexibilidade do modelo de adjudicação pode assumir maior relevância do que a estabilidade, na medida em que regras inflexíveis podem inviabilizar um amplo diálogo sobre o sentido adequado que tais normas devem assumir em casos concretos.⁹⁹⁴ Com efeito, não se pode esquecer que as decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA em *Dred Scott v. Sanford e Lochner v. New York* foram especialmente lesivas aos afrodescendentes e aos trabalhadores por terem “estabilizado” as respectivas controvérsias através de decisões que claramente lhes negava direitos fundamentais. Não se pode afirmar que na solução dos conflitos morais inerentes à aplicação concreta de direitos fundamentais é mais importante haver alguma decisão do que se buscar a decisão melhor, como afirmam Schauer e Alexander para as questões jurídicas em geral, e, em particular, para as questões constitucionais.⁹⁹⁵ Ao contrário, nesta sede se afigura pertinente a construção de um modelo de decisão

⁹⁹³ LIPKIN, Robert Justin. What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review? **Widener Law Review**, vol. 14, 2008, p. 38.

⁹⁹⁴ DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court.” (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on *City of Boerne v. Flores*). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 645/664, 1998.

⁹⁹⁵ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. “**Defending Judicial Supremacy: A Reply**”. Op. Cit., p. 470.

aberto e flexível, para que as decisões se estabilizem após amplo processo deliberativo, apto a revelar as virtudes e fraquezas de cada posição.⁹⁹⁶

Note-se, por fim, que a clara primazia atribuída à estabilidade reflete uma visão conservadora sobre a razão de ser do constitucionalismo, na medida em que privilegia a preservação do *status quo*⁹⁹⁷ em detrimento da sua dimensão transformadora. Entretanto, a Constituição de 1988 veicula genuíno projeto de transformação social, mediante a instituição de um Estado Social e Democrático de Direito, bem revelado pelas suas cláusulas transformadoras, como, por exemplo, o art. 3º, III, que persegue a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais.⁹⁹⁸

Por outro lado, são igualmente insatisfatórias as soluções preconizadas pelas teorias da construção coordenada (não obrigatoriedade das decisões judiciais, efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade e superação de decisões constitucionais da Suprema Corte por lei ordinária). Com efeito, a tese de que a igualdade entre os departamentos estatais na interpretação constitucional seria tão forte a ponto de promover a não vinculação dos Poderes Executivo e Legislativo às decisões judiciais com as quais não concordassem é claramente incompatível com o Estado de Direito.

Não há dúvida de que, no plano descritivo, pode-se constatar - como, de fato, constatamos - que a implementação de decisões judiciais, sobretudo quando dependa de atos positivos dos demais departamentos estatais e haja pequena transparência a respeito do seu efetivo cumprimento, costuma não ser fácil. Entretanto, no plano prescritivo, cumpre reconhecer que a obrigatoriedade das decisões judiciais para as partes do processo constitui pressuposto necessário para a efetiva limitação dos poderes políticos e dos atores privados aos ditames constitucionais.⁹⁹⁹ Admitir-se, como Paulsen, que a autoridade do Executivo na interpretação constitucional o eximiria do dever de cumprir

⁹⁹⁶ LIPKIN, Robert Justin. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Op. Cit., p. 37.

⁹⁹⁷ Ibid., p. 41

⁹⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do nada). **A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 168 et seq. Bercovici, por sua vez, afirma que a cláusula transformadora “explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impede que a constituição considerasse realizado o que ainda está por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado.”

⁹⁹⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. **California Law Review**, vol. 92, p. 1027 (2004).

as decisões judiciais com as quais não concordasse equivale à falência da noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos tuteláveis em juízo contra o poder público. Em síntese, tal tese radical inviabilizaria que o Judiciário sujeitasse a atuação dos departamentos estatais à Constituição, e, ao fim e ao cabo, malferiria o Estado de Direito.¹⁰⁰⁰

Aliás, a análise da evolução da autoridade do Supremo Tribunal Federal a partir da nossa primeira Constituição republicana revelou que, enquanto se mantiveram presentes mecanismos de descumprimento explícito de decisões judiciais, o Estado de Direito esteve longe de se consolidar no Brasil. Portanto, a afirmação da obrigatoriedade das decisões judiciais constitui louvável avanço na luta pela afirmação do Estado de Direito no Brasil, e deve-se buscar, atualmente, aprimorar os mecanismos de monitoramento da implementação das decisões judiciais pelos demais departamentos estatais e pela sociedade civil. Enfim, deve-se andar para frente nesse particular.

Também *o retorno aos efeitos meramente inter partes das decisões de inconstitucionalidade seria um retrocesso*, seja em relação ao Judiciário, seja em face do Poder Executivo, pois transformaria o direito constitucional em um corpo incoerente e desconexo de normas.¹⁰⁰¹

Quanto ao primeiro aspecto, a incorporação do modelo norte-americano de controle difuso e incidental sem a doutrina de vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes da Suprema Corte deu azo a um sistema caótico de controle de constitucionalidade, que não se compatibilizava com os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Explica-se: como as decisões de inconstitucionalidade do STF somente produziam efeitos *inter partes*, casos iguais, porém cujas partes fossem diferentes, poderiam ser julgados de forma distinta pelos juízes brasileiros, havendo o risco de estas decisões discrepantes efetivamente prevalecerem, circunstância que estimula o personalismo, que, sendo um dos traços da formação cultural brasileira, tem dificultado sobremaneira a aplicação impessoal da lei no Brasil.¹⁰⁰² Ademais, a prolação de decisão

¹⁰⁰⁰ CHERMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism.** Op. Cit., p. 678.

¹⁰⁰¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy.** Op. Cit., p. 1041.

¹⁰⁰² COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro – crítica do paradigma gerencialista.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 52/58.

pelo STF não dirimia a controvérsia no âmbito do Judiciário, diante da não vinculação de juízes e Tribunais às suas decisões.¹⁰⁰³

Tal modelo comprometeu, por muito tempo, a coerência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, criando uma cultura de adjudicação constitucional casuística que, a duras penas, tenta-se superar com a expansão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do STF. Portanto, se a vinculação dos juízes e Tribunais brasileiros aos precedentes do STF consiste em pressuposto de racionalidade do sistema pátrio de controle de constitucionalidade, não faz sentido retornar aos efeitos meramente *inter partes*.¹⁰⁰⁴

Quanto à vinculação da Administração Pública às decisões constitucionais do STF, já se demonstrou que a tradição brasileira de vinculação da decisão apenas às partes do processo fez com que, durante a história constitucional brasileira pré-88, a Constituição só potencialmente limitasse a ação do Estado e de particulares em favor daqueles que tinham acesso à Justiça. Desta forma, os efeitos *inter partes* fizeram com que os órgãos administrativos, em larga medida, não conformassem o seu atuar com as decisões constitucionais do STF, circunstância que reduziu, em muito, a influência das limitações constitucionais à função administrativa.

Portanto, parece recomendável que as decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte sejam obrigatórias não apenas para as partes do processo, mas que produzam efeitos *erga omnes* e vinculantes, de maneira a projetar efeitos para atores privados e para órgãos administrativos e judiciais mesmo que não sejam partes na causa. Note-se que tal vinculação não implica apenas a invalidação dos efeitos pretéritos produzidos pelo ato declarado inconstitucional - naturalmente se ato administrativo ou decisão judicial for invalidada pelo Supremo não caberá ao órgão administrativo ou judicial que o prolatou restabelecer os seus efeitos -, mas também atinge a atuação futura dos mencionados departamentos estatais. Vale dizer: se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei, não caberá a autoridades administrativas e judiciais a prolação de atos administrativos ou decisões judiciais contrárias ao entendimento do STF, sob pena de descumprimento de decisão a qual estão vinculados, e cabimento de reclamação ao STF em face dos respectivos atos.

¹⁰⁰³ Ver a seção 4.1.

¹⁰⁰⁴ O tema será abordado na próxima seção.

Tal assertiva não significa que os órgãos administrativos e judiciais serão manietados aplicadores dos entendimentos constitucionais do STF. Ao contrário, tais autoridades poderão negar aplicação a precedentes da Suprema Corte a casos que, apesar de à primeira vista se adequarem ao seu pressuposto fático, apresentam distinção relevante que justifique tratamento dispare (*distinguish*).¹⁰⁰⁵ Não lhes caberá, porém, a superação completa dos precedentes constitucionais da Suprema Corte (*overruling*), pois, caso pudessem fazê-lo não estariam verdadeiramente a ele vinculados.

A impossibilidade de os órgãos judiciais e administrativos superarem *sponte propria* os precedentes da Suprema Corte não significa que eles devam simplesmente se resignar com interpretação constitucional que lhes pareça equivocada. A propósito, autoridades públicas e atores privados podem pressionar o Legislativo a aprovar norma superadora do precedente da Suprema Corte, destacando-se, nesse particular, o potencial de o Presidente da República mobilizar a sua base parlamentar para esse fim.

Note-se que a possibilidade de o Parlamento aprovar norma que reverta as decisões constitucionais da Suprema Corte enseja questões complexas. Salientou-se nas seções precedentes que a influência da opinião pública e das preferências dos poderes políticos sobre o curso da jurisprudência constitucional da Suprema Corte é inevitável. Para além do reconhecimento desse fato, a reação pública a decisões constitucionais também se justifica normativamente, à luz do Estado Democrático de Direito.

Conforme destacado por Cass Sustein, a consideração da Suprema Corte a reações públicas (potencias ou efetivas) às suas decisões (*public backlash*) se justifica por razões consequencialistas e epistêmicas.¹⁰⁰⁶ Quanto ao primeiro aspecto, é bem de ver que, embora possa haver dificuldade na identificação do caráter bom ou ruim dos efeitos produzidos por decisão judicial, parece claro que a existência de uma oposição sólida da opinião pública a decisão judicial pode gerar efeitos perversos vários, dos quais a Corte tende a abster-se. Dentre eles, citem-se os mencionados riscos de a decisão judicial não ser implementada, de incitar a polarização e a radicalização do debate político, e de produzir efeitos práticos contrários aos esperados.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ A seção não comporta maiores desenvolvimentos sobre o tema. Ver, a propósito, TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 71 et seq.

¹⁰⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Ment Before**. Op. Cit., p. 143.

¹⁰⁰⁷ Ibid., p. 140/165.

Apesar de já se ter assinalado que a Suprema Corte deve usar a sua “cota de decisões contramajoritárias” para avançar na tutela dos direitos de minorias, não se pode negar que o alinhamento, no essencial, da jurisprudência constitucional da Corte à opinião pública (sobretudo quando os poderes políticos adotam posições repudiadas pela maioria da população – v.g.: nepotismo, vencimentos acima do teto remuneratório, pensões para ex-governadores etc.) tem forte base normativa. Tal circunstância provê à Corte instrumento valiosíssimo para a garantia da implementação das suas decisões mesmo quando haja forte resistência dos poderes políticos, pois a não implementação de decisão lastreada na opinião pública tem alto custo político, especialmente quando o público conseguir percebê-la.¹⁰⁰⁸

Por outro lado, a sincronização da sua jurisprudência constitucional com a opinião pública tende a aumentar o apoio popular difuso da Suprema Corte, o que contribui decisivamente para a expansão da sua influência política. Tal fator, por sua vez, protege a Suprema Corte de ataques institucionais e de retaliações dos poderes políticos, eleva o custo político da não implementação das suas decisões, e aumenta o seu estoque de decisões contramajoritárias, conferindo-lhe maior possibilidade prática de proteger minorias estigmatizadas no processo político majoritário.¹⁰⁰⁹

Além disso, há razões epistêmicas para que a Suprema Corte considere seriamente sólida opinião pública contrária à sua jurisprudência. Partindo-se de uma premissa de humildade judicial, é de se esperar que os juízes não estejam muito seguros da correção da sua decisão caso haja consistente opinião pública em sentido contrário, especialmente em sede de questões morais controvertidas em relação às quais haja um “desacordo razoável”. Contudo, é inegável que, sob condições desfavoráveis, a dita “opinião pública” pode não refletir a vontade autônoma do povo, construída em um processo plenamente deliberativo, mas preconceitos sistemáticos, opiniões de grupos de interesse ou preferências radicais obtidas em um contexto de polarização política, de molde que uma atuação efetivamente contramajoritária poderá ser valiosa na tutela de direitos de minorias.¹⁰¹⁰ Todavia, em situações de normalidade parece natural que um

¹⁰⁰⁸ VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Op. Cit.

¹⁰⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

¹⁰¹⁰ Dentre os preconceitos sistemáticos em face de grupos estigmatizados em uma sociedade, citem-se, no passado, os casos dos afrodescendentes e das mulheres, e, no presente, os imigrantes e os presidiários. Note-se, por outro lado, a influência decisiva de grupos de interesse bem articulados na formação da “opinião pública” (órgãos de mídia, líderes políticos, grupos empresariais etc.), e a polarização do debate

juiz, que esteja alerta para a sua falibilidade e para o desacordo moral razoável existente em relação a questões morais controvertidas, tenda a levar a sério entendimentos amplamente compartilhados na sociedade e nos demais departamentos estatais.¹⁰¹¹

A reação popular a decisão constitucional da Suprema Corte pode se manifestar pelos diversos mecanismos tratados na seção 7.2. Dentre eles já se destacou que a superação legislativa apresenta sensíveis vantagens em relação aos demais. Com efeito, os ataques institucionais, as retaliações à Suprema Corte e a não implementação das suas decisões fustigam a independência judicial e, conseqüentemente, o Estado de Direito; ao passo que o processo de nomeação pelo Presidente da República e de confirmação pelo Senado dos candidatos a Suprema Corte tem reduzida eficácia para que o povo comunique as suas preferências sobre questões constitucionais específicas ao Tribunal.

Já a possibilidade da edição de ato administrativo frontalmente contrário à interpretação constitucional do STF colocaria em risco a vinculação da Administração Pública à Constituição, o que se revela especialmente perigoso em relação ao Chefe do Poder Executivo, em virtude das extensas e relevantes atribuições que costumam ostentar. Por outro lado, a “superação normativa” torna transparente a rejeição do Parlamento à decisão da Suprema Corte (ao contrário de uma subreptícia não implementação da decisão), permitindo que o povo tenha ciência das soluções díspares conferidas pelos departamentos estatais à controvérsia constitucional, e assim possa comunicar-lhes as suas preferências.

Resta saber se a superação normativa de decisões da Suprema Corte é compatível com o Estado Democrático de Direito, e, em caso positivo, qual seria o instrumento mais apto para tal fim.

A propósito, já se salientou que a admissibilidade de o Parlamento superar quaisquer decisões constitucionais da Suprema Corte por lei ordinária, a princípio, não promove a necessária distinção entre as políticas constitucional e ordinária. Conforme corretamente salientado pelas Supremas Cortes brasileira e norte-americana nos casos do foro por prerrogativa de função e *City of Boerne*, tal proposta dificilmente se

político, que faz os “adversários” se manterem fiéis às suas tendências pré-deliberativas, não se mostrando, portanto, abertos a concessões e a mútua cooperação. V. SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn’t Mean What It Ment Before**. Op. Cit., p. 169/173.

¹⁰¹¹ Ibid., p. 179.

compatibilizaria com um regime no qual o Parlamento está efetivamente limitado à Constituição, antes se aproximando de uma supremacia parlamentar. Neste cenário há o risco de o Parlamento se tornar uma instituição soberana, com prejuízos aos direitos de minorias, e, de forma mais ampla, à sua vinculação à Constituição.

Todavia, a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redundará, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a constitucionalidade da norma que superou a sua decisão pretérita, a “superação normativa” não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada instituição contribuirá com a sua específica capacidade institucional.¹⁰¹²

Além disso, a sujeição da “superação normativa” a um procedimento mais rígido do que o processo legislativo ordinário, porém não tão difícil como o processo de emenda à Constituição norte-americana, pode contribuir bastante para que se equilibre estabilidade social e responsividade popular na determinação do sentido da Constituição.¹⁰¹³ Com efeito, a exigência de maioria qualificada se somará ao alto custo político inerente à superação explícita das interpretações constitucionais da Suprema Corte, sendo factível que boa parte das decisões judiciais venha a prevalecer. Assim, evitar-se-á a banalização do emprego da “superação normativa”, pois a reversão provavelmente limitar-se-á às hipóteses em que houver forte consenso em sentido contrário à decisão judicial.

A compreensão do exposto pressupõe que se diferencie a “última palavra” sobre o sentido da Constituição para o passado, ou seja, sobre a solução de casos concretos ou sobre a validade de norma infraconstitucional em um lapso de tempo passado, e a “última palavra” sobre o sentido da Constituição para o futuro.

Schauer e Alexander têm razão ao afirmarem que os regimes democráticos, ao contrário dos seminários acadêmicos, não podem se perder em discussões infundáveis. É essencial à noção de autoridade, e, conseqüentemente, à garantia da estabilidade social em sociedades pluralistas, que a deliberação em algum momento se encerre para que

¹⁰¹² LIPKIN, Robert Justin. “**Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution.** Op. Cit., p. 1114.

¹⁰¹³ LIPKIN, Robert Justin. **What’s wrong with judicial supremacy? What’s right about judicial review?** Op. Cit., p. 40.

uma decisão coercitiva seja tomada pela autoridade competente. Em um regime onde haja revisão judicial, compete ao Judiciário, em caráter final, dirimir lides e aferir a constitucionalidade de leis em um lapso de tempo passado. Tentativas do Congresso Nacional de aprovar normas retroativas que desfaçam decisões judiciais transitadas em julgado, ou que alterem decisões de inconstitucionalidade - no sentido de “validar” os efeitos pretéritos de norma declarada inconstitucional com efeitos “*ex tunc*” - criam, salvo hipóteses de flagrante erro judicial, uma anarquia interpretativa que, para além de causar efeitos deletérios para a segurança jurídica, não se justifica à luz do princípio da separação de poderes.

Todavia, confundir revisão judicial com supremacia judicial em sentido material, ou seja, extrair da competência do Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade de normas a conclusão de que o entendimento judicial sobre o sentido de princípio constitucional aberto é imutável - ou extremamente difícil de ser alterado - pelo Legislativo e pelo povo, é inaceitável a partir de uma análise realista das capacidades institucionais, da exigência de *accountability* das decisões tomadas pelos agentes públicos em um regime democrático, e da circunstância de o sistema de freios e contrapesos se incompatibilizar com o fato de qualquer instituição política assumir a condição de soberana.¹⁰¹⁴

Ao contrário, é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja “supremo”, mas antes que cada um dos departamentos estatais contribua para a solução da controvérsia constitucional com a sua específica capacidade institucional. Como visto na seção 6.4, os modelos dialogais se inspiram na tradição norte-americana da separação de poderes como freios e contrapesos, onde nenhum dos departamentos estatais tem a última palavra sobre todas as questões politicamente controvertidas.

A propósito, Allison Martens destaca que a boa governança nas democracias pressupõe a associação entre legitimidade democrática e respeito aos direitos fundamentais. A lógica da separação entre os poderes destinar-se-ia a equilibrar tais valores potencialmente conflituosos, atribuindo-se a cada poder um papel principal,

¹⁰¹⁴ Sobre o tema ver a seção 6.2.

porém não exclusivo (Legislativo: atuar com legitimidade democrática; Judiciário: proteger direitos).¹⁰¹⁵

Tal distribuição de papéis e das correlatas funções (legislativa e judicial) se funda, por sua vez, em juízo probabilístico a respeito da específica aptidão de cada departamento estatal produzir decisões melhores sob determinado ponto de vista.¹⁰¹⁶ De fato, como o legislador se submete periodicamente à aprovação popular, ele tende a refletir mudanças na opinião pública; como ao Judiciário foram conferidas garantias de independência e dever de fundamentar as suas decisões, a princípio tem maior liberdade para proteger direitos de minorias.

Se tais assertivas têm boa dose de consistência, os argumentos em sentido contrário também o têm. Restringindo-nos à análise dos Poderes Legislativo e Judiciário, cumpre reconhecer que a natureza “indireta” e “desinformada” das eleições, a influência dos poderes político e econômico, e a natureza do processo legislativo, podem conferir um peso especial aos interesses de minorias bem posicionadas, e mesmo na hipótese de a lei representar a vontade da maioria, há o risco de majorias transitórias avançarem contra direitos de minorias. Por outro lado, não é possível extrair da independência judicial a conclusão de que os juízes protegerão melhor e mais intensamente os direitos do que o legislador.

Neste modelo cético quanto às capacidades institucionais dos departamentos estatais, busca-se conter a tirania da minoria com eleições regulares, e a tirania da maioria com vários instrumentos de freios e contrapesos: veto presidencial, legislativo bicameral, federalismo, e, sublinhe-se, revisão judicial.¹⁰¹⁷ Portanto, a grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais consiste em reconhecer as falhas e as virtudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre eles em um sistema de separação de poderes contribuirá para a construção de um processo deliberativo melhor.¹⁰¹⁸ Ao contrário das doutrinas de supremacia, rejeita a absolutização de um critério de *pedigree*, segundo o qual um ator por ter determinada capacidade produzirá decisões melhores, como se tais “departamentos estatais” fossem infalíveis.

¹⁰¹⁵ MARTEENS, Allison M. (2007): "Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations". **Perspectives on Politics**, Vol. 5, No. 3, pp. 447-459. Exclui-se da análise o Poder Executivo, diante de os propósitos desta seção.

¹⁰¹⁶ Sobre a aplicação da questão das capacidades institucionais à interpretação constitucional, ver 6.2.1.

¹⁰¹⁷ BARNES, Jeb. “**Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separation of Powers Doctrine.**” Op. cit.

¹⁰¹⁸ V. VAN HOECKE, Mark. Judicial Review and Deliberative Democracy: a Circular Model of Law Creation and Legitimation. **Ratio Juris**. Vol. 14, N. 04, December 2001 (415/423).

As doutrinas de supremacia tendem a anestesiar o potencial crítico e deliberativo da separação entre os poderes,¹⁰¹⁹ na medida em que objeções substantivas à respectiva decisão deixam de ter expressão institucional alternativa à própria instituição suprema. Por exemplo, o fato de a reversão de decisão judicial reputada equivocada em um regime de supremacia judicial depender de mudança de entendimento da Suprema Corte parece, de fato, não estimular a interpretação constitucional fora dos Tribunais. Da mesma forma, a circunstância de a superação de lei tida por atentatória a direitos de minoria em um regime de supremacia parlamentar depender da edição de nova lei em sentido contrário não estimula a deliberação constitucional fora do Parlamento.

Em síntese, acredita-se que um modelo dialogal articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (a) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (b) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos departamentos estatais, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal em detrimento dos direitos individuais.¹⁰²⁰

Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental”¹⁰²¹ (c) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “Poderes do Estado” contribui com seus conhecimentos e representatividades específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que - especialmente quando estiverem em jogo questões complexas - tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança

¹⁰¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**, Op. Cit., p. 201.

¹⁰²⁰ BARNES, Jeb. “**Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine**”. Op. cit., p. 47.

¹⁰²¹ A expressão é de Marcelo Neves. O autor concebe o Estado Democrático de Direito como um sistema de “hierarquias entrelaçadas”, pois, se a jurisdição constitucional controla a validade das leis e dos atos administrativos, ela se sujeita às limitações dos Poderes Legislativo e Executivo vistas ao longo deste capítulo. Nesta esteira, a “circularidade de procedimentos” inerente ao sistema de freios e contrapesos, além de revelar potencial de proteção de direitos de minorias, gera redução de complexidade nas deliberações públicas, pois um só procedimento central dificilmente conseguiria dar respostas satisfatórias às mais diversas controvérsias em uma sociedade hipercomplexa. V. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 185/215.

jurídica.¹⁰²² Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.¹⁰²³

Resta saber se tal modelo dialogal se adequa às peculiaridades do sistema político-normativo brasileiro, e como as interpretações constitucionais levadas a cabo pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional se articulam na definição do sentido presente e futuro da Constituição brasileira de 1988.

8.3 Mecanismos de superação normativa de decisões constitucionais do STF

8.3.1 Emendas Constitucionais

A observação da dinâmica das relações institucionais sobre a interpretação da Constituição brasileira revela que o método típico de superação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional.

Vejam-se os principais casos: no RE 153.771,¹⁰²⁴ o STF afirmou que o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) tem natureza real, de maneira que a Constituição somente permitiria a fixação de alíquotas progressivas para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso de propriedade urbana à sua função social (art. 182, CF/88). Todavia, a Emenda Constitucional n. 29/2000 alterou a redação do artigo 156, p. 1 da CF/88 para permitir que o IPTU seja “*progressivo em razão do valor venal do imóvel*”, precisamente a progressividade para fins fiscais que as leis municipais anteriormente declaradas inconstitucionais pelo STF estabeleciam.

Note-se, por outro lado, que o STF julgou reiteradamente inconstitucionais leis municipais que instituíram as chamadas “taxas de iluminação pública”, visto que tais espécies tributárias somente poderiam remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública carece desta índole. Contudo, o Congresso Nacional

¹⁰²² BARNES, Jeb. “**Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine**”. Op. cit., p. 47.

¹⁰²³ V. 6.3.

¹⁰²⁴ STF, RE 153.771, DJ 05.09.97.

aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002 que instituiu a “contribuição para o custeio da iluminação pública”.

Cite-se também a Emenda Constitucional n. 33/01, que superou o entendimento do STF no sentido da não incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) sobre a importação de bens por pessoas físicas, fixado em virtude de o art. 155, p. 2, inciso IX, “a” da CF/88 aludir às expressões “*circulação de mercadorias*” e “*estabelecimento*”,¹⁰²⁵ circunstância que restringiria o rol de contribuintes do imposto àqueles que exercem atos de comércio com habitualidade.¹⁰²⁶

Ainda na seara tributária, cumpre mencionar o RE n. 166772,¹⁰²⁷ no qual o STF afirmou que, tendo em vista a redação original do art. 195, I, da CF/88 fazer referência ao termo “folha de salários” para fins da incidência de contribuição previdenciária em face do empregador,¹⁰²⁸ tal norma deveria ser interpretada no seu sentido técnico-jurídico, reservando-se a incidência da exação aos trabalhadores com vínculo empregatício nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou a redação do art. 195, I, “a” da CF/88, para prever a incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre “*a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*”. Houve, portanto, clara e frontal superação da interpretação constitucional do STF, pois a Constituição foi alterada para admitir precisamente o que fora vedado por decisão da Suprema Corte: a

¹⁰²⁵ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de **mercadoria** importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o **estabelecimento** destinatário da mercadoria ou do serviço;” (grifei)

¹⁰²⁶ RE n. 203.075, STF, DJ 29.10.99.

¹⁰²⁷ STF, DJ 16.12.94.

¹⁰²⁸ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - dos empregadores, incidente sobre a **folha de salários**, o faturamento e o lucro” (grifei).

incidência de contribuição previdenciária do empregador em face de rendimentos de trabalho percebidos por indivíduos sem vínculo empregatício.

A Emenda Constitucional n. 19/98 “inseriu” as vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto remuneratório, em oposição à decisão proferida na ADI n. 14,¹⁰²⁹ na qual o STF afirmara que tais verbas não se achavam incluídas na expressão “quaisquer vantagens” contida na redação original do art. 37, XI, da CF/88.¹⁰³⁰ O STF, contudo, em sessão administrativa realizada em 24.06.1998, entendeu que o “novo teto” não seria autoaplicável, porquanto a sua plena e integral eficácia dependeria da edição da lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, das Casas Legislativas e do STF, a que aludia a antiga redação do art. 48, XV, da CF/88.¹⁰³¹

Em nova reação a decisão do STF, o Congresso Nacional aprovou a EC n. 41/2003, que, além de manter a inclusão expressa das vantagens pessoais no cômputo do teto remuneratório, previu em seus arts. 8 e 9 a autoaplicabilidade do teto e a rejeição dos argumentos dos direitos adquiridos.¹⁰³² Todavia, no julgamento do MS 24875,¹⁰³³ o

¹⁰²⁹ STF, ADI n° 14, DJ 01.12.89.

¹⁰³⁰ Vejam-se as respectivas redações, ambas já revogadas:

“Art. 37 (*omissis*)

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, **os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título**, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza**, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998)” (grifei).

¹⁰³¹ “Art. 48 (*omissis*).

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998)”.

¹⁰³² “Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

STF, por seis votos a cinco, na esteira do voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, afirmou que a garantia de irredutibilidade dos vencimentos consistia em “*modalidade qualificada de direito adquirido*”, de maneira que os vencimentos que se consolidaram em valores nominais superiores ao teto anteriormente à EC n. 41/2003 não poderiam sofrer o corte correspondente.

Cite-se também o caso da “criação dos Municípios”. Em virtude de a redação original do art. 18, p. 4, da CF/88 condicionar a criação de Municípios apenas à consulta da “*população diretamente interessada*” e a parâmetros estabelecidos na legislação estadual,¹⁰³⁴ tal dispositivo não conteve a proliferação endêmica de Municípios, muitos criados sem qualquer viabilidade econômica. Com vistas a combater tal fenômeno, foi editada a Emenda Constitucional n. 15/96, que alterou a redação do citado dispositivo constitucional para estabelecer critérios mais rígidos para a criação de Municípios (v.g. parâmetros comuns fixados em lei complementar federal, plebiscito em todos os Municípios envolvidos e Estudos de Viabilidade Municipal).¹⁰³⁵

Ocorre que, após mais de uma década da alteração constitucional, o Congresso Nacional ainda não editou a citada lei complementar federal. Nesse ínterim, contudo, vários Municípios foram criados com base nos parâmetros fixados pelas respectivas legislações estaduais, conforme estabelecido pela redação revogada do art. 18, p. 4, da CF/88. Foram, então, propostas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁰³⁶ em face das leis estaduais que criaram os respectivos Municípios, e Ação Direta de

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

¹⁰³³ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Mandado de Segurança n 24875, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11.05.2006; DJ 06.10.2006.

¹⁰³⁴ “Art. 18 (omissis)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por **lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.” (grifei)

¹⁰³⁵ “Art. 18 (omissis)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, **dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal**, apresentados e publicados na forma da lei.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996) (grifei)

¹⁰³⁶ Citem-se, por exemplo, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2240, 3316, 3489 e 3689. Utilizar-se-á como parâmetro a ADI n. 2240.

Inconstitucionalidade por omissão¹⁰³⁷ em face do Congresso Nacional em razão da sua mora em editar a lei complementar federal prevista na redação atual do art. 18, p. 4, da CF/88.

O STF, acertadamente, optou por julgar as mencionadas ações na mesma assentada, evitando proferir julgamentos colidentes. Inicialmente, o Tribunal reconheceu que a longa inércia legislativa do Congresso Nacional deu azo a um estado de fato absolutamente inconstitucional, visto que os Municípios foram criados à luz das legislações estaduais. Todavia, tais parâmetros haviam sido estabelecidos pela redação revogada do art. 18, p. 4, da CF/88, enquanto a redação atual exigia critérios nacionais únicos para a criação de Municípios, que não foram estabelecidos pela mora do Legislativo federal em aprovar a correspondente lei complementar. Portanto, os Municípios foram criados à revelia da Constituição Federal.

Na ADI n. 2024, proposta em face da Lei do Estado da Bahia n. 7619/00, que criou o Município Luís Eduardo Magalhães,¹⁰³⁸ o STF reconheceu, como não poderia deixar de ser, que a criação do Município há anos deu origem uma “situação excepcional não prevista pelo direito”, visto que a omissão do Congresso Nacional “inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município”. Todavia, embora criado inconstitucionalmente, não se pode negar a efetiva existência do Município Luís Eduardo Magalhães: de fato, neste interregno foram eleitos Prefeitos e vereadores, recolhidos tributos, prestados serviços públicos, erguido prédios públicos etc.

Desta forma, eventual decisão de inconstitucionalidade com efeitos “*ex tunc*” seria simplesmente inviável, pois não se pode ser ingênuo a ponto de crer que eventual retroatividade imposta pelo Tribunal à sua decisão permitiria que se entrasse em um “túnel do tempo” para se desfazer a instalação do Município. Mesmo a atribuição de efeitos “*ex nunc*” à decisão seria lesiva ao princípio constitucional da segurança jurídica, visto que implicaria em desmantelar-se um Município existente no dia seguinte ao da publicação do acórdão do STF. Assim, o Tribunal, após ponderar a pertinência da declaração da constitucionalidade do Município - que supostamente se imporá pela “*força normativa dos fatos*”-, acatou a sugestão do Ministro Gilmar Mendes no sentido de declarar inconstitucional com efeitos *pro-futuro* a lei estadual em foco, fixando como marco temporal a partir do qual a norma deixará de produzir efeitos, e,

¹⁰³⁷ STF, ADI 3682-3, DJ 06.09.2007.

¹⁰³⁸ STF, ADI n. 2240, DJ 03.08.2007.

consequentemente, o Município deixaria de existir, o prazo de vinte e quatro meses a contar da decisão do STF.

Tal prazo foi fixado em razão da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 3682-3, na qual o STF não só deu ciência ao Congresso Nacional da sua mora legislativa - como tradicionalmente o faz nesse tipo de ação -, como também fixou *sponte sua* o prazo de dezoito meses para a edição da lei complementar federal destinada a estabelecer os critérios para a criação de Municípios. Daí se vê que o STF deu ao Congresso Nacional o mencionado prazo para o estabelecimento de critérios nacionais únicos para a criação de Municípios, e às Assembléias Legislativas estaduais mais seis meses para, à luz desses parâmetros, decidir pela manutenção, ou não, dos Municípios.

Entretanto, o Congresso Nacional, ao invés de editar a referida lei complementar, aprovou a Emenda Constitucional n. 57/2008, que convalidou as leis de criação de Municípios publicadas até 31.12.2006.¹⁰³⁹ Portanto, até a presente data, apesar do escoamento do prazo de dezoito meses fixado pelo STF, o Legislativo federal não estabeleceu os critérios nacionais únicos para a criação dos Municípios, tornando possível que se reproduza a criação de Municípios ao arrepio da redação vigente art. 18, p. 4, da CF/88.

Por fim, mencione-se o caso “Mira Estrela”. A redação original do art. 29, IV, da CF/88 estabelecia que o número de Vereadores de cada Município deveria ser proporcional à população correspondente, obedecidos os limites mínimo e máximo ali previstos.¹⁰⁴⁰ As Câmaras Municipais, no contexto da aprovação das Leis Orgânicas municipais, interpretaram o dispositivo no sentido de lhes conferir discricionariedade na definição do número concreto de Vereadores, desde que observassem os mencionados limites.

¹⁰³⁹ A EC n. 57/2008 incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 96, assim vazado: “ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”

¹⁰⁴⁰ “Art. 29 (omissis)

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;” (grifei)

Contudo, o STF entendeu que a alvitrada discricionariedade negaria efeito à exigência constitucional de proporcionalidade, de maneira que o número de Vereadores deveria ser extraído da própria Constituição através de linhas escalonadas definidas a partir de cálculos aritméticos feitos com base na população dos Municípios. Assim, evitar-se-ia que Municípios menos populosos tivessem mais Vereadores que Municípios mais populosos, em violação à regra da proporcionalidade.

Entretanto, a redução de número significativo de cargos de Vereador estimulou forças políticas locais a pressionarem o Congresso Nacional para ser restabelecido o quantitativo de parlamentares municipais. O resultado foi a aprovação da Emenda Constitucional n. 58 que, ao alterar a redação do art. 29, IV, da CF/88, suprimiu a regra da proporcionalidade, e fixou limites máximos de Vereadores de acordo com a população dos Municípios, de maneira a que, na prática, houvesse relevante aumento na quantidade total de Vereadores comparado ao número que resultou da decisão do STF.¹⁰⁴¹ Especialmente em razão da repercussão negativa da medida na opinião pública,

¹⁰⁴¹ Art. 29 (...) IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;
- q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;

o Congresso Nacional, como solução de compromisso, optou pela redução dos repasses orçamentários aos Legislativos municipais,¹⁰⁴² buscando neutralizar o principal foco de crítica à proposição.

Todavia, o Congresso Nacional foi mais longe: o art. 3, I, da Emenda Constitucional n. 58 previu uma retroatividade na criação dos cargos de vereador, na medida em que, apesar de a Emenda ter sido aprovada em 23.09.2009, estabeleceu que a nova redação atribuída ao art. 29, IV, da CF/88 aplicar-se-ia ao processo eleitoral de 2008.¹⁰⁴³

Como já era de se esperar, na ADI n. 4307 o STF concedeu liminar para suspender a eficácia do art. 3, I, da EC n. 58, por entender que

*a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica.*¹⁰⁴⁴

Com efeito, parece claro que a tentativa do Congresso Nacional de aumentar retroativamente o número de cargos de Vereador, a fim de dar posse a suplentes

r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;
¹⁰⁴² "Art. 29-A.(...)"

I - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV - 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

¹⁰⁴³ Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I - o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008 (...)"

¹⁰⁴⁴ STF, ADI n. 4307, DJ 05-03-2010.

segundo eleição passada, violara a segurança jurídica e a regra da anualidade eleitoral (que consiste em sua especificação em matéria eleitoral), pois se a Constituição veda a aplicação de lei aprovada no ano anterior à eleição, que dirá a incidência de lei aprovada após o pleito. Por outro lado, também é nítida a violação aos direitos políticos do cidadão e ao devido processo eleitoral, pois a posse de candidatos não eleitos não atende à vontade do eleitor vazada de acordo com as regras vigentes à época da eleição, além de este ato caracterizar “*verdadeira nomeação e não eleição.*”

Tais casos ensejam múltiplas questões, porém três se revelam particularmente importantes para os propósitos da presente tese: i) a possibilidade de superação de decisões constitucionais do STF tem confirmado no Brasil as credenciais normativas da teoria dos diálogos constitucionais?; ii) somente se pode reverter as interpretações constitucionais do STF por emenda constitucional, ou também é legítimo fazê-lo por lei ordinária?; iii) há limites materiais para a aprovação de emenda superadora de entendimentos constitucionais do STF?

Na presente seção será respondida a primeira pergunta, reservando-se as demais aos próximos itens. A construção de uma resposta sólida a tal questão pressupõe que se supere a tendência das doutrinas de supremacia de mitificar as capacidades do ator institucional que querem privilegiar e de denegrir as do seu “adversário”.¹⁰⁴⁵ Com efeito, os adeptos da supremacia judicial tendem a enfatizar os riscos de as emendas constitucionais superadoras de decisões do STF instituírem uma tirania de majorias parlamentares com efeitos deletérios aos direitos das minorias. Por outro lado, os críticos da supremacia judicial sustentam que a impossibilidade de aprovação das referidas emendas implicaria a perpetuação dos entendimentos constitucionais do STF, circunstância que daria azo a um aristocrático “Governo de Juízes”.

Na verdade tais perspectivas revelam a típica visão idealizada sobre o ator institucional que querem privilegiar e preconceituosa sobre o seu adversário, na linha das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar. Sustentou-se na seção 6.4 que enquanto o Parlamento apresenta maior capacidade institucional para a concretização de políticas públicas, o Judiciário possui maior capacidade institucional para a aplicação de direitos fundamentais, circunstância que confere a legisladores e juízes uma prioridade *prima facie* na concretização das respectivas normas constitucionais. Todavia, dizer que um agente tem maior capacidade institucional em determinada matéria não significa

¹⁰⁴⁵ Ver as seções 6.2 e 6.4.

afirmar que a sua interpretação será necessariamente melhor, mas que provavelmente o será. Não se poderá dizer que determinada interpretação é melhor *ex ante*, mas apenas *ex post*, ou seja, após se cotejar o seu conteúdo com o da norma interpretada.¹⁰⁴⁶

Portanto, se não se pode extrair da maior capacidade institucional de um agente a garantia de que ele proferirá a melhor interpretação, o modelo dos diálogos tem a vantagem de, ao enfatizar os mecanismos de controle recíproco entre os “poderes” a uma rígida separação das funções estatais, sujeitar o exercício das funções típicas por um “poder” a permanente controle. Com efeito, deixando-se de compreender os direitos fundamentais e as políticas públicas como áreas exclusivas de atuação do Judiciário e do Legislativo (respectivamente), para se sustentar “apenas” a prevalência *prima facie* dos citados departamentos nessas esferas, tal modelo permite que um “poder” fiscalize permanentemente se o outro vem exercendo adequadamente a sua função típica.

Tal fator não apenas tende a evitar posturas idiossincráticas que são típicas dos modelos de supremacia, mas também proporciona a soma de capacidades institucionais diversas e igualmente relevantes. Assim, o modelo dos diálogos apresenta relevante vantagem comparativa em relação aos modelos de supremacia para a construção de soluções melhores para problemas constitucionais complexos, confirmando as credenciais consequencialistas e epistêmicas que fundamentam a doutrina dos diálogos constitucionais à luz do Estado Democrático de Direito. Os casos acima citados comprovam, no essencial, o exposto.

Por um lado, a possibilidade de aprovação de “emenda constitucional superadora” evita que sejam eternizadas decisões de inconstitucionalidade do STF que produzam efeitos práticos ruins, contribuindo, portanto, para que o sentido futuro da Constituição seja fixado por um processo de interação entre Judiciário e Legislativo em que cada um deles contribua com a sua capacidade institucional.

Cite-se novamente a decisão proferida no RE n. 166772, na qual o STF se mostrou apegado aos sentidos “vernacular” e “técnico” da expressão “folha de salários” contida no art. 195, I da CF/88, para excluir a incidência de contribuição previdenciária em face dos trabalhadores que não mantivessem vínculo empregatício com o tomador de serviços. Independentemente do acerto técnico-jurídico da decisão, afigura-se claro

¹⁰⁴⁶ DEVINS, Neal. **Congress Fact Finding and the Scope of Judicial Review**. Op. Cit., p. 224/227.

que os efeitos por ela produzidos no âmbito do Regime Geral da Previdência Social foram desastrosos.

Veja-se a aguda constatação do Professor Ricardo Lobo Torres:

Do ponto de vista prático, todavia, o STF impôs inusitada complicação econômica e funcional, pois os autônomos, que até a decisão judicial pagavam a contribuição social, deixaram de pagá-la e ainda repetiram o indébito; mas não perderam o direito aos benefícios previdenciários adquiridos. A nova legislação repôs a situação em seu *status quo ante*, com imenso prejuízo financeiro do Tesouro e sem qualquer avanço do direito dos trabalhadores sob a perspectiva da justiça social. Mera complicação judicial, em suma.¹⁰⁴⁷

A crítica do Professor Titular de Direito Financeiro da UERJ procede. Valer-se do sentido atribuído à expressão “folha de salários” pelo direito trabalhista para o fim de excluir a contribuição previdenciária dos trabalhadores sem vínculo empregatício, mantendo-se, porém, incólumes os seus direitos previdenciários, prejudicou o equilíbrio financeiro-atuarial e a isonomia no âmbito previdenciário. Com efeito, os prejuízos decorrentes das contribuições não arrecadadas e repetidas não foram compensados por proporcional diminuição das despesas com o pagamento de benefícios - já que os direitos previdenciários dos autônomos se mantiveram intactos -, circunstância que, naturalmente, prejudica a busca pelo equilíbrio financeiro-atuarial, e acaba por onerar excessivamente os que se sujeitam à incidência do tributo, sem que haja qualquer critério razoável para justificar-se, política e moralmente, tal distinção.¹⁰⁴⁸

Situação semelhante ocorreu com a superação pela EC n. 33/01 do entendimento do STF acerca da não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas. Também tal tese foi formada com base em uma interpretação formalista das expressões “*circulação de mercadorias*” e “*estabelecimento*”¹⁰⁴⁹ contidas no art. 155, p.

¹⁰⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 467.

¹⁰⁴⁸ Neste sentido, ver a excelente dissertação de mestrado de OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo Constitucional e Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, p. 213/215.

¹⁰⁴⁹ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

2, inciso IX, “a” da CF/88, já que a Corte as interpretou de acordo com o sentido técnico que lhes é conferido pelo direito empresarial, de maneira a limitar o rol de contribuintes aos indivíduos que pratiquem atos de comércio com habitualidade.¹⁰⁵⁰

Todavia, conforme a observação de Ricardo Lobo Torres, a decisão em tela “desconsiderou os pressupostos científicos e jurídicos dos impostos sobre o valor acrescido e contrastou com a orientação seguida em outros países que adotam o IVA e com os quais o Brasil mantém relações comerciais.” Isto porque se adota no Brasil e no exterior o princípio do país do destino para a cobrança de impostos sobre o valor agregado - como o ICMS -, com vistas a promover desonerações tributárias nas exportações (evitando-se que se exporte tributos),¹⁰⁵¹ e permitir nas importações a incidência de impostos compensatórios a fim de igualar-se os preços das mercadorias estrangeiras e nacionais.¹⁰⁵²

Desta forma, o STF não considerou os efeitos maléficos decorrentes da não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas, assim sintetizados por Ricardo Lobo Torres:

*a) constituiria enriquecimento ilícito se apropriar do imposto de que o país exportador abriu mão; b) criar-se-ia distinção inconstitucional entre brasileiros, pois quem adquire a mercadoria estrangeira no comércio brasileiro arca com o ônus do tributo; c) prejudicar-se-ia a Fazenda Pública, pois, na hipótese inversa da exportação para pessoa física residente do estrangeiro, a mercadoria sai livre de ICMS, para permitir a incidência do país de destino.*¹⁰⁵³

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de **mercadoria** importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o **estabelecimento** destinatário da mercadoria ou do serviço;” (grifei)

¹⁰⁵⁰ RE n. 203.075, STF, Pleno, julgamento em 05.08.98, DJ 29.10.99.

¹⁰⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 320.

¹⁰⁵² OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo Constitucional e Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro**. Op. Cit., p. 220.

¹⁰⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. IV. Op. Cit., p. 320.

Não cabe aqui discutir os diversos aspectos tributários envolvidos, ou mesmo a correção técnico-jurídica das duas decisões em apreço.¹⁰⁵⁴ O que se quer ressaltar é que a ausência de superação normativa das decisões do STF implicaria a perpetuação dos efeitos ruinosos que as decisões geraram sobre o regime geral da previdência social e sobre a tributação de bens importados. Assim, mesmo sem se adotar uma visão mítica sobre as capacidades institucionais do Congresso Nacional e uma perspectiva negativa sobre as do STF, pode-se reconhecer que a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário deu azo a uma interpretação constitucional melhor do que a que fora obtida pela atuação unilateral do último.

Por outro lado, a recíproca é verdadeira, ou seja, podem ser colhidos exemplos em que a intervenção do Supremo Tribunal Federal aprimorou a qualidade da interpretação constitucional levada a cabo pelo Congresso Nacional. Veja-se, a propósito, o caso da “criação de Municípios”. A circunstância de ter decorrido mais de uma década da aprovação da EC n. 15/96 sem que o Congresso Nacional tenha cumprido o seu dever de editar a lei complementar exigida pela atual redação do art. 18, p. 4, da CF/88, dá conta das enormes dificuldades políticas envolvidas na aprovação de critérios nacionais únicos para a criação de Municípios. Todavia, a inércia do Congresso Nacional produz efeitos péssimos, visto que acaba por tornar inconstitucional algo que a Constituição permite (criação de Municípios). Além disso, inviabiliza a implementação do objetivo principal da EC n. 15/96, qual seja, a sujeição da criação de Municípios a critérios nacionais únicos que contenham a sua proliferação desordenada, na medida em que a respectiva disciplina jurídica continua a ser conferida pela legislação estadual.

Neste cenário, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, e a fixação de prazo para que seja editada a referida lei complementar, representa contribuição importante do STF para a supressão desse estado de mora legislativa. Aliás, o fato de o Congresso Nacional ter deixado transcorrer *in albis* o prazo, parece sugerir a pertinência de uma postura mais ativista do STF para o fim de fazer valer a redação atual do art. 18, p. 4, da CF/88 em detrimento da revogada, vale dizer, para que a criação de Municípios seja pautada por critérios nacionais únicos ao invés de parâmetros fixados por cada legislação estadual.

¹⁰⁵⁴ Sobre o tema ver, por todos, OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo Constitucional e Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro**. Op. Cit., p. 213/215 e 219/225.

De qualquer forma, o Congresso Nacional não se manteve completamente inerte: embora não tenha editado a lei complementar em tela, aprovou a EC n. 57/2008 que convalidou os Municípios criados até 31.12.2006. Embora tal resposta não pareça completamente satisfatória, na medida em que o Parlamento se limitou a convalidar Municípios criados de forma inconstitucional, sem estabelecer os critérios nacionais únicos exigidos pela Constituição, ao menos o Congresso Nacional foi instado pelo STF a manifestar-se sobre assunto altamente controvertido, algo que talvez não ocorresse (ou pelo menos tardaria a ocorrer) caso a decisão do STF não tivesse colocado o tema na agenda pública.

Por sua vez, o caso “Mira Estrela” também consiste em exemplo de intervenção positiva do STF na sua interação com o Congresso Nacional para a definição do sentido da Constituição de 1988. A interpretação das Câmaras municipais no sentido de que teriam discricionariedade na escolha do número de vereadores, desde que observados os limites mínimos e máximos previstos na redação original do art. 29, IV, da CF/88, ia de encontro à regra da proporcionalidade. Conforme percebido pelo STF, o fato de tal exegese permitir que Municípios menos populosos tenham mais Vereadores que Municípios mais populosos evidenciava, de fato, a inobservância da regra da proporcionalidade.

É verdade que o Congresso Nacional, e, sobretudo, as forças políticas locais não se irredimiram, antes aprovaram a EC n. 58/2009 que, na prática, recriou os cargos de Vereadores “extintos” pela decisão do STF. Todavia, a circunstância de a emenda constitucional contemplar a redução dos gastos das Câmaras de Vereadores - precisamente o ponto nodal da crítica ao número elevado de Vereadores - revela que a decisão do STF teve o condão de colocar na agenda pública o tema da razoabilidade dos custos dos Poderes Legislativos municipais, o qual dificilmente emergiria espontaneamente no Congresso Nacional. Mais do que isso, a atenção e o espírito crítico devotados pela imprensa e pela opinião pública à intenção do Congresso Nacional em aumentar o número de cargos de Vereadores elevaram intensamente o custo político da medida, tornando praticamente inviável que a sua aprovação implicasse aumento dos repasses orçamentários às Câmaras dos Vereadores.

Além disso, a suspensão da eficácia do art. 3, I, da EC n. 58/2008, que permitia que se desse posse a suplentes de eleição passada, revelou que, se o STF não conseguiu “emplacar” a aplicação rigorosa da regra da proporcionalidade e a redução do número

de Vereadores, ao menos coibiu claro abuso legislativo do Congresso Nacional. Restaram preservados, assim, os resultados da eleição pretérita, e, via de consequência, os princípios da segurança jurídica, da anualidade eleitoral e do devido processo legal.

Em síntese, deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais no quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar.

Portanto, a interação entre o STF e o Congresso Nacional contribuiu para a construção de soluções melhores sobre o sentido futuro da Constituição do que a que resultara da atuação unilateral de cada um deles. Com efeito, nesta dinâmica institucional cada instituição contribuiu com a sua específica capacidade institucional: o STF, diante do seu insulamento político, treinamento jurídico, dever de fundamentar as suas decisões etc., agregou à solução de conflitos constitucionais a necessidade de fidelidade ao texto e a conceitos jurídico-formais, fato que permitiu um certo desaceleramento do processo político com vistas à aferição da compatibilidade da vontade política de maiorias legislativas com as tradições constitucionais do país. Por sua vez, o Congresso Nacional, em virtude da sua maior preocupação com a amplitude e a eficiência de determinada solução, e da sua maior abertura a informações e a atuação de grupos de interesse, conseguiu vislumbrar os efeitos práticos ruins que as citadas decisões do STF geraram, e assim as superou.

É evidente que podem ser colhidos casos na realidade brasileira em que a decisão judicial de inconstitucionalidade pouco ou nada agregou à introdução de argumentos de fidelidade à Constituição no processo político, ou que “emenda constitucional superadora” não corrigiu efeitos deletérios de decisão judicial, podendo ambas terem se guiado pela influência de grupos de interesse bem posicionados. O que se quer evitar é a frequente tendência de, a partir de uma pré-compreensão parcial das capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo, iluminar os exemplos que

privilegiam um ator institucional em detrimento do outro, obscurecendo os casos que caminham em sentido antagônico.

Ao contrário, buscou-se na presente seção aplicar uma visão realista sobre as capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo à dinâmica das relações travadas entre os respectivos departamentos estatais para a definição do sentido da Constituição Federal de 1988, que, ademais, não se perdesse nos detalhes, mas, ao revés, aferisse as características gerais desta interação. A partir desta perspectiva, percebeu-se que os diálogos constitucionais entre STF e Congresso Nacional não apenas são inevitáveis, mas também promovem mais intensamente os valores que estão na base do Estado Democrático de Direito do que o fariam a supremacia judicial e a supremacia parlamentar.

8.3.2 Leis e maiorias legislativas ordinárias

A questão relativa à possibilidade da aprovação de leis que revertam decisões constitucionais do STF tem ensejado decisões aparentemente contraditórias em sua jurisprudência. Com efeito, no caso do foro por prerrogativa de função (v. item 1.2.1), o STF afirmou a necessária inconstitucionalidade de lei que pretendia substituir a interpretação constitucional atual do STF, ainda que o Congresso Nacional buscasse substituí-la pela exegese contida em votos minoritários e adotada no passado pelo próprio Supremo. A negativa da validade de leis que superassem frontalmente decisões de inconstitucionalidade (na forma das chamadas leis *in your face*) seguiu uma lógica bem próxima à adotada pela Suprema Corte norte-americana no caso *City of Boerne*: se o legislador ordinário puder interpretar diretamente a Constituição, com vistas a criar novos direitos ou a reverter precedentes da Suprema Corte, a lei repousará sobranceira sobre a Constituição, e o Congresso Nacional disporá de poderes absolutos.

Houve fecunda divergência quanto aos fundamentos da decisão em análise. O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator do processo que liderou a corrente majoritária, considerou inconstitucional a tentativa de o Congresso Nacional aprovar lei que adote interpretação constitucional diversa da atribuída pelo STF, embora tenha admitido a edição de lei idêntica à anteriormente declarada inconstitucional pelo STF. O Ministro

Eros Grau seguiu caminho diametralmente oposto, eis que considerou viável a aprovação de lei que reverta a interpretação constitucional do STF, mas inviável que se reedite lei anteriormente declarada inconstitucional. Por fim, o Ministro Gilmar Mendes rejeitou ambas as visões, na medida em que afirmou que não se pode tachar as respectivas leis de inconstitucionais antes de o STF reexaminar os seus conteúdos. Assim, tanto leis que veiculem interpretações constitucionais diversas das atribuídas pelo STF, quanto leis idênticas a anteriormente declaradas inconstitucionais, constituiriam formas distintas de reabrir o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário sobre a melhor forma de concretizar a Constituição.

Veja-se mais detidamente cada uma das teses. Sepúlveda Pertence considerou admissível a aprovação de lei idêntica à anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, já que, se o efeito vinculante das decisões constitucionais do STF não se aplica ao legislador,¹⁰⁵⁵ tal lei não consiste em descumprimento da decisão do STF (afinal não se pode descumprir decisão que não lhe vincula), mas em reabertura do debate entre o Parlamento e o STF acerca da constitucionalidade de determinada diretriz normativa. Contudo, reputou inescapavelmente inconstitucional lei que se destinasse a conferir a norma constitucional exegese diversa da exarada pelo STF. Neste caso, a lei apresentaria vícios de inconstitucionalidade formal e material, pois norma inferior não pode ter por objeto imediato a interpretação de norma superior, sob pena de subversão da hierarquia normativa (vício formal) e de desvinculação do Parlamento do dever de dar cumprimento à Constituição (vício material).

Inversamente, o Ministro Eros Grau votou pela improcedência do pedido, proferindo voto vencido. Afirmou o Ministro que “*coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores - na metáfora de Lowenstein -, alcançam os céus.*” Embora tenha admitido a interpretação da Constituição pelo Legislativo, Eros Grau enveredou por caminho antagônico ao de Pertence, na medida em que somente admitiu a reversão legislativa de decisão do STF que conferisse determinada interpretação a norma constitucional, rejeitando a possibilidade de o Poder Legislativo superar decisão por meio da qual o STF tenha declarado a inconstitucionalidade de lei. Asseverou o Ministro que “*neste caso, sim, o jogo termina com o lance do Tribunal; nossos braços, então, alcançam o céu.*”

¹⁰⁵⁵ Cf. art. 28, p. único da Lei n. 9.868/99.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência aberta por Eros Grau, embora tenha se utilizado de argumentos distintos. Em elucidativo trecho do seu voto vencido, reconheceu o Ministro que a tarefa de interpretação da constituição é aberta a atores não judiciais, e que o legislador dispõe de liberdade de conformação na concretização da Constituição. Assim, concluiu que

não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar.

Desta forma, tanto na hipótese de lei idêntica à declarada inconstitucional pelo STF, quanto na de lei que veicule interpretação constitucional diversa da atribuída pelo STF, deveria o Tribunal reexaminar o conteúdo das novas leis, podendo manter o seu entendimento anterior (declarando, portanto, a inconstitucionalidade das leis) ou aderir às novas razões trazidas pelo legislador (pronunciando, assim, a constitucionalidade das leis). Contudo, tais leis nasceriam com presunção relativa de inconstitucionalidade, diante da sua incompatibilidade com a atual interpretação constitucional do STF.

Todavia, na ADI 3772¹⁰⁵⁶ a composição majoritária do STF admitiu a constitucionalidade de lei que alterara interpretação constitucional que de tão consolidada em sua jurisprudência foi sumulada. Veja-se, a propósito, o teor do verbete n. 726: “*Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora da sala de aula.*” Com efeito, o STF de há muito interpretava a expressão “*funções de magistério*” a que se referem os arts. 40, p. 5, e 201, p. 8 da CF/88, como atividades exclusivamente docentes, excluídas quaisquer outras mesmo que vinculadas ao ensino. Contudo, a Lei n. 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei n. 9394/1996, que passou a ter a seguinte redação:

para efeitos do disposto no p. 5, do art. 40 e no p. 8 do art. 201 da Constituição Federal, são funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica e seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

¹⁰⁵⁶ STF, ADI 3772, DJ 26.03.2009.

Por ocasião da impugnação da constitucionalidade da norma citada (ADI n. 3772) o STF alterou a sua interpretação dos arts. 40, p. 5 e 201, p. 8, da CF/88, como se vê do seguinte trecho do acórdão:

a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aula, a correção de provas, o atendimento a pais e alunos, a coordenação de assessoramento pedagógico e, ainda, a direção escolar. As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecidos nos arts. 40, p. 5 e 201, p. 8, da Constituição Federal.

Vê-se que o STF, ao invés de afirmar a inconstitucionalidade da lei tão-somente pelo fato de ela ter revertido a sua interpretação constitucional (como o fez no caso do foro por prerrogativa de função), aproveitou o ensejo da nova lei para reinterpretar os arts. 40, p. 5, e 201, p. 8 da CF/88, tendo concordado parcialmente com o legislador. Com efeito, a Corte abandonou a tese que restringia o alcance da expressão “funções de magistério” a atividades estritamente docentes, para abranger as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico desempenhadas por professor. Entretanto, rechaçou a aplicação do regime da aposentadoria especial aos especialistas em educação, pois os dispositivos constitucionais citados somente concederiam a benesse aos professores.

Diante desses posicionamentos discrepantes do STF e dos seus membros, advém uma série de dúvidas: só por emenda constitucional entendimentos constitucionais do STF podem ser revertidos (como afirmado no caso do foro por prerrogativa de função), ou leis ordinárias igualmente podem fazê-lo (como afirmado no caso da aposentadoria especial de professores)? Há alguma diferença se a nova lei supera interpretação constitucional do STF ou se reedita norma declarada inconstitucional pelo STF? Há distinção entre decisões de constitucionalidade e de inconstitucionalidade?

Quanto à primeira pergunta, saliente-se que os casos do “foro por prerrogativa de função” e *City of Boerne* se assemelham às leis “*in your face*” analisadas na seção 7.2.4. Com efeito, em ambas as hipóteses, logo após as Supremas Cortes brasileira e norte-americana terem abandonado orientações judiciais antigas, que eram consideradas

corretas pelas maiorias parlamentares, os Legislativos pura e simplesmente superaram o entendimento judicial mais recente. Não buscaram convencer as Cortes através de fundamentos novos, nem tentaram obter soluções de compromisso, que incorporassem elementos das visões atuais das Supremas Cortes em favor de uma legislação que se situasse em um ponto intermediário entre os entendimentos antigo e presente da Suprema Corte. Ao contrário, foi aprovada lei ordinária com o fito de reverter frontalmente o entendimento constitucional atual da Suprema Corte.

A segunda peculiaridade se refere à percepção pelas Cortes de que a Lei n. 10.628/2002 e o *Religious Freedom Restoration Act* se imiscuíram no âmbito próprio da sua atuação, na medida em que, enquanto a primeira lei tratava de matéria sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal em matéria penal (foro por prerrogativa de função), a segunda determinava à Suprema Corte a obrigação de adotar um parâmetro específico de controle da constitucionalidade de leis restritivas à liberdade religiosa (*strict scrutiny*).

Assim, a superação frontal de interpretação constitucional da Suprema Corte, especialmente em matéria inserta no seu domínio típico de atuação, pareceu aos Tribunais uma prática institucional contrária à “separação dos poderes”, pois os Parlamentos não teriam zelado pelo equilíbrio harmônico que deve guiar a interação entre os departamentos estatais, inclusive e notadamente na interpretação e aplicação da Constituição.¹⁰⁵⁷

Conforme precisamente salientado pela doutrina dos diálogos constitucionais canadense, a reversão frontal da interpretação constitucional adotada pela Suprema Corte não consiste em uma “conversa deliberativa”, mas em uma “guerra de gritos”, em que o Parlamento busca simplesmente substituir a interpretação constitucional judicial pela parlamentar. Admitir que o Parlamento aprove, sem mais, tal norma mediante maiorias ordinárias representaria, de fato, sério risco à independência do Judiciário, e, via de consequência, à possibilidade de o STF efetivamente contribuir para que o

¹⁰⁵⁷ Neste sentido, a arguta observação de Neal Devins, no sentido de que a principal objeção da Suprema Corte dos EUA ao RFRA foi a sua utilização como instrumento de transferência de poder de definir *standards* da *judicial review* da Corte para o Congresso Nacional, sem que se fizesse expressa distinção entre os casos em que a interferência legislativa nesta tradicional seara de atuação judicial se revelaria legítima, daqueles em que tal medida seria ilegítima. Por tal razão, o debate em Flores enfatizou a separação de poderes em detrimento do conteúdo da liberdade religiosa, da mesma forma que a discussão travada no Supremo Tribunal na ADI 2860 também girou em torno da separação dos poderes, e não dos argumentos a favor e contra o foro por prerrogativa de função de ex-detentores de cargos públicos. DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on *City of Boerne v. Flores*). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 645/664, 1998.

Legislativo atue em conformidade à Constituição. Enfim, haveria o risco de implantar-se uma supremacia parlamentar, cujas vicissitudes já foram extensivamente apontadas.¹⁰⁵⁸

Por outro lado, afirmar que a superação de interpretações constitucionais do Judiciário somente possa ocorrer por mecanismos parlamentares extremamente difíceis de implementação (v.g. *override clause* ou o processo de emenda constitucional norte-americano) equivale à adoção da tese da supremacia judicial em sentido material, em que as exegeses judiciais são finais. Também já se teve a oportunidade de destacar, de forma detida, as inconveniências da adoção desta solução.

Todavia, o fato de o processo de emenda constitucional no Brasil não ser tão difícil quando visto na perspectiva do direito comparado, permite que o Congresso Nacional supere interpretações constitucionais do STF através de consenso mais sólido do que o obtido no processo legislativo ordinário (especialmente diante das exigências adicionais de dois turnos de votação e do quorum de três quintos). Todavia, em razão do quorum de três quintos, do custo político inerente à superação de decisão do STF, e da fragmentação dos sistemas político e partidário brasileiros, não parece difícil prever que boa parte das interpretações constitucionais do STF prevalecerá.

Assim, a possibilidade prática da sua superação confere ao Congresso Nacional um instrumento viável de comunicação das preferências do povo e dos seus representantes ao STF, evitando que o sentido futuro da Constituição fique refém de interpretações tidas como inaceitáveis pela opinião pública e pelos demais departamentos estatais. Confere-se, pois, *accountability* e abertura ao processo de interpretação e aplicação da Constituição de 1988.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁸ Idêntico problema acomete à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 03/2011, apresentada à Câmara dos Deputados pelo Deputado Nazareno Fonteles. A proposição se destina a alterar a redação do art. 49, V, da CF/88, para que o Congresso Nacional possa sustar não apenas os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, mas também os atos do Poder Judiciário que se revelem abusivos. Tal superação legislativa de decisões judiciais (inclusive de decisões constitucionais da Suprema Corte) se sujeitaria ao quorum de maioria simples, diante da ausência de previsão de maioria qualificada, equiparando-se, para o problema em foco, à lei ordinária, a qual apresenta as vicissitudes já destacadas.

Veja-se elucidativo trecho da justificativa da PEC: “No nosso entendimento, há uma lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação ao Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os poderes.”

¹⁰⁵⁹ DIXON, Rosalind. “**Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**”. Op. cit., p. 407/408.

De fato, esta “válvula de escape” é fundamental para evitar um engessamento da jurisprudência do STF, pois, embora na decisão em que proclama a constitucionalidade de determinada lei, a Corte possa mudar de orientação, declarando a inconstitucionalidade da mesma norma em futura ADI,¹⁰⁶⁰ na decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato não se coloca tal possibilidade. Isto porque neste caso a lei é invalidada com efeitos *erga omnes* e vinculantes, de modo que posterior declaração de constitucionalidade da mesma lei teria efeitos equivalentes aos de uma inadmissível repriminção tácita, atuando o Judiciário como legislador positivo, em violação à separação entre os poderes. Na hipótese de decisão de inconstitucionalidade, a única alternativa para o STF mudar de orientação sobre a matéria (considerando constitucional norma anteriormente invalidada) consiste, efetivamente, em nova manifestação do legislador.

Assim, embora seja razoável sustentar no Brasil que somente emendas constitucionais possam reverter frontalmente interpretações constitucionais do STF, não se afigura legítimo generalizar tal assertiva, no sentido de afirmar que em nenhuma hipótese lei ordinária poderá alterar decisões do STF em matéria constitucional.

Neste ponto, cumpre destacar que a generalização da supremacia judicial nos casos do “foro por prerrogativa de função” e *City of Boerne* pareceu decorrer da percepção pelas Cortes de que a sua independência e autoridade estavam em risco, revelando, aliás, postura habitual quando os Tribunais se sentem acuados pelo Legislador. A igualmente enfática proclamação da supremacia judicial pela *Supreme Court* em casos como *Cooper v. Aaron* e *Planet Parenthood v. Casey* comprovam o exposto, diante da forte oposição, respectivamente, dos Estados do Sul em cumprirem a determinação de extinção da segregação racial em escolas públicas contida *Brown v. Board of Education*, e da direita religiosa em cumprir a controvertida decisão proferida em *Roe v. Wade*, na qual se afirmou o direito de as gestantes realizarem aborto, preenchidas as condições ali arroladas.

Por outro lado, são encontradas na jurisprudência das Supremas Cortes brasileira e norte-americana casos em que os Tribunais declararam a constitucionalidade de leis

¹⁰⁶⁰ A declaração da inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional pode se dar em diversas situações, como, por exemplo, nos casos de inconstitucionalidade progressiva, de mudança do paradigma constitucional por aprovação de emenda constitucional ou por simples mudança de entendimento da Corte, mais comum na hipótese de alteração da sua composição.

ordinárias que alteraram as suas decisões constitucionais (v.g. aposentadoria especial de professores e regulação do trabalho infantil, respectivamente).

Portanto, a interpretação contextualizada das decisões proferidas nos casos do “foro por prerrogativa de função” e *City of Boerne* revela que, embora as Supremas Cortes brasileira e norte-americana tenham afirmado que o mecanismo próprio para a superação das suas decisões é a emenda constitucional, não se pode vislumbrar a necessária inconstitucionalidade de leis que divirjam da sua interpretação constitucional antes do reexame dos seus conteúdos, conforme asseverado, corretamente, pelo Ministro Gilmar Mendes.

Relembre-se a divergência existente, neste particular, entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau no caso do “foro por prerrogativa de função”: enquanto o primeiro só admitiu leis que reeditassem normas declaradas inconstitucionais pelo STF, o segundo apenas tolerou leis que alterassem interpretações constitucionais do STF.

A nosso ver tal distinção é menos significativa do que aparenta ser, pois decisões de inconstitucionalidade de leis pressupõem que se dê determinada interpretação às normas constitucionais que servem de paradigma e aos atos infraconstitucionais impugnados, para daí se verificar a incompatibilidade entre as referidas “interpretações”. Assim, nas decisões de inconstitucionalidade também se interpreta “diretamente” a Constituição, notadamente no controle abstrato de constitucionalidade, onde inexistente lide. Neste ponto, convém mencionar a pertinente constatação do próprio Ministro Pertence, no voto proferido na Reclamação 2617/MG,¹⁰⁶¹ no sentido de que é benfazeja a não aplicação do efeito vinculante ao legislador, para que ele possa, ao produzir norma idêntica à declarada inconstitucional, restabelecer o debate acerca da constitucionalidade da medida, convidando o STF a reapreciar a matéria.

Assim como a edição de norma idêntica à anteriormente declarada inconstitucional não viola, necessariamente, a Constituição, lei que veicule interpretação de norma constitucional diversa da conferida pelo STF também não é *per se* inválida, como afirmado nos casos do foro por prerrogativa de função e em *City of Boerne*. Cuidam-se, tão-somente, de formas distintas de reabrir o debate entre o Parlamento e o

¹⁰⁶¹ STF, Reclamação 2617, DJ 20-05-2005.

Supremo Tribunal acerca da melhor solução para uma determinada questão constitucional.

Não se pode desconsiderar a hipótese de o Supremo restar convencido de ter cometido um erro no julgamento anterior, diante da insistência e, especialmente, das novas razões expostas pelo Legislativo. Tratar-se-ia, no caso, de *mutação constitucional por iniciativa do legislador*, já que o sentido da norma constitucional teria mudado, sem alteração do seu texto, por provocação do legislador.¹⁰⁶²

De qualquer sorte, a “última palavra” a respeito de a mudança ter, ou não, ocorrido, caberá ao Judiciário, diante da possibilidade - e da alta probabilidade - de a “lei superadora” ter a sua constitucionalidade questionada perante o STF, mas desta assertiva não se pode concluir que a interpretação dada pelo STF a norma constitucional gere, como efeito reflexo, um peremptório dever de o Parlamento não legislar em sentido antagônico.

Ao raciocinar a partir da categoria da mutação constitucional, e não de uma concepção rígida e anacrônica de separação dos poderes, os Tribunais não considerariam que o fato de lei ter revertido a sua interpretação constitucional consiste em condição suficiente para decretar a sua invalidade, demitindo-se do (re)exame da questão constitucional de fundo, como fizeram o STF e a Suprema Corte nos casos citados. Ao revés, as Cortes teriam incursionado sobre o conteúdo da norma, analisado as novas razões trazidas pelo legislador, e, após detido exame, mantido a sua orientação anterior ou aquiescido à nova manifestação do legislador.

Note-se, porém, que há diferenças significativas em relação à reversão da jurisprudência do STF por emenda constitucional e por lei ordinária. Na primeira hipótese, há alteração formal da Constituição, de maneira que, ao alterar-se o dispositivo constitucional interpretado pelo STF, modifica-se também a sua interpretação final. Cite-se, neste sentido, a redação original da Constituição que não previa expressamente a progressividade do IPTU para fins fiscais, e que, após a aprovação da EC n. 29/2000, passou a dispor textualmente sobre tal medida. Na hipótese, caberá ao STF aferir tão-somente se a “emenda constitucional superadora” violou limite material, formal ou circunstancial ao poder de reforma constitucional.¹⁰⁶³

¹⁰⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

¹⁰⁶³ Ver o art. 60, da CF/88.

Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do Legislador, precisamente por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária.¹⁰⁶⁴ Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se alteração informal da Constituição.

Saliente-se, por fim, que submeter toda hipótese de reversão de jurisprudência constitucional do STF ao processo de emenda constitucional agravaria o problema da hiperconstitucionalização da política brasileira.¹⁰⁶⁵ Com efeito, as relativamente frequentes emendas constitucionais superadoras de decisões constitucionais do STF agregariam amplo conteúdo material à Constituição de 1988, tornando-a praticamente ubíqua.

Nesta esteira, a circunstância de o STF ter proferido uma decisão em matéria constitucional não significa que a respectiva interpretação seja constitucionalmente necessária, vale dizer, a única forma legítima de concretizar a Constituição. Cite-se, por exemplo, decisão na qual o STF declara uma lei constitucional: naturalmente tal decisão não impedirá o legislador de revogar a mencionada lei, nem de substituí-la por outra norma que igualmente se insira na sua margem de livre conformação da Constituição.

Todavia, mesmo decisões de inconstitucionalidade não conduzem a uma vedação completa a que o legislador revise a matéria. De fato, se o STF tiver declarado a inconstitucionalidade dos objetivos da lei, a forma adequada para a superação da decisão será a aprovação de emenda constitucional, cabendo à Corte aferir apenas se houve violação aos limites ao poder de reforma constitucional. Se, contudo, o legislador

¹⁰⁶⁴ No mesmo sentido, veja-se o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na citada ADI 2860 – ver seção 1.2.1.

¹⁰⁶⁵ Ver a seção 4.2.2.

optar pela edição de lei ordinária para alterar frontalmente a interpretação constitucional do STF ou reeditar lei declarada inconstitucional pelo STF, tal norma nascerá com presunção de inconstitucionalidade, competindo-lhe trazer sólidas razões convençam o Tribunal do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático.

Se, entretanto, o STF invalidar apenas a medida adotada pelo legislador, mas não os objetivos da norma, nada impedirá o legislador de aprovar lei ordinária que substitua a medida declarada inconstitucional pelo STF por outra que seja compatível com tal decisão, e que também se revele apta a atingir o objetivo perseguido pelo legislador. No último caso, não se cuidará, propriamente, de superação da decisão do STF, mas em incorporação da sua *rationale*, pois o Congresso Nacional substituirá a medida contida em lei para, a um só tempo, seguir a decisão do STF e manter-se fiel ao objetivo da lei declarada inconstitucional. Tal norma nascerá com presunção de constitucionalidade, assim como as normas em geral.

8.4 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e última palavra na definição do sentido da Constituição de 1988: uma abordagem conjunta das questões empíricas e normativas¹⁰⁶⁶

Já se salientou que o mecanismo típico de superação da jurisprudência constitucional do STF pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional. Todavia, será que a circunstância de competir ao Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, à luz de princípios abstratos (especialmente os direitos e garantias individuais)¹⁰⁶⁷, significa que o STF “tem” ou “deva ter” a última palavra em matéria constitucional?

Cuidam-se de duas perguntas distintas. A primeira pressupõe análise empírica acerca de o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais pelo STF, com

¹⁰⁶⁶ Agradeço a Gustavo Binenbojm por ter sugerido, no exame de qualificação, inserir o presente tópico na tese.

¹⁰⁶⁷ O art. 60, parágrafo 4, da CF/88, além dos direitos e garantias individuais, prevê como cláusulas pétreas, “a forma federativa de Estado”, “o voto direto, secreto, universal e periódico”, e “a separação entre os poderes”. Todavia, tendo em vista que tais elementos constituem elementos nucleares do Estado de Direito e cujo conteúdo concreto é relativamente mais determinado, tendem a gerar menos problemas do que os suscitados na interpretação dos “direitos individuais e coletivos”. Por isso, o foco será na forma pela qual o STF deve se pautar na interpretação e na aplicação do art. 60, parágrafo 4, da CF/88.

base em parâmetros abertos, conferir-lhe, de fato, a última palavra sobre o sentido da Constituição.

A resposta há de ser negativa. A uma, porque as decisões de inconstitucionalidade do STF vinculam os órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação da norma, e não o Parlamento (art. 28, p. único da Lei n. 9868/99). Assim, a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda não significa, necessariamente, que a norma invalidada pelo STF só poderá ser reeditada por nova manifestação do poder constituinte originário. Ao contrário, não há óbice absoluto a que o Congresso reedite a norma declarada inconstitucional pelo STF, pois, como visto, o efeito vinculante das decisões do STF não atinge o Poder Legislativo.

A duas, porque, apesar de o Supremo Tribunal Federal ser um dos poucos órgãos de cúpula do Judiciário que efetivamente exerce o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais,¹⁰⁶⁸ ele tem se pautado, nesse particular, por postura de significativa autorrestrição.¹⁰⁶⁹ À luz do art. 60, p. 4, IV, da CF/88, as poucas decisões de inconstitucionalidade de emendas, embora possam se sujeitar a críticas pontuais, não se podem dizer propriamente ativistas.

Dentre as mais emblemáticas, convém mencionar a proferida na ADIn n. 939-DF, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Emenda Constitucional n.º 03, que excluía a aplicação da regra da anterioridade tributária (art. 150, III, a) e das imunidades arroladas no art. 150, VI, da Constituição da República, ao imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF).¹⁰⁷⁰ Já na ADI 4307-DF¹⁰⁷¹ o STF referendou liminar concedida pelo Min. Carmen Lúcia para suspender a eficácia de dispositivo da Emenda Constitucional n. 58 que determina ser aplicável à

¹⁰⁶⁸ O único país que se tem notícia cuja Suprema Corte também já declarou emendas constitucionais inconstitucionais é a Índia. O *leading case* foi o caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, na qual a Suprema Corte indiana estabeleceu os limites do poder do Parlamento, por reforma constitucional, restringir o direito de propriedade para a realização de reforma agrária. Nesta importante decisão prolatada em 24.04.1973, o Tribunal afirmou que a estrutura básica da Constituição, por constituir o seu núcleo de identidade, não poderia ser alterada por emenda constitucional, mas apenas por uma nova Constituição. V. SATHE, S.P. “Índia: From Positivism to Structuralism”. In: **Interpreting Constitutions – a comparative study**. GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). New York: Oxford University Press, pp. 215/266.

¹⁰⁶⁹ V. BRANDÃO, Rodrigo. “A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de emendas constitucionais à luz da jurisprudência do STF”. **Revista Carioca de Direito**. Vol. 1, n. 1, jan-jun/2010, Rio de Janeiro: PGM, 2010, p. 123/151.

¹⁰⁷⁰ V. STF, ADI n.939, RTJ 151. Trata-se do primeiro caso em que o STF efetivamente declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de emenda constitucional.

¹⁰⁷¹ STF, ADI 4307, DJ 05-03-2010.

eleição passada norma que criara cargos de vereador, diante da flagrante violação à regra da anualidade eleitoral (art. 16, CF/88).

A postura cautelosa do Supremo Tribunal Federal é natural diante dos limites institucionais tratados no presente capítulo. Isto porque, se decisão de inconstitucionalidade de lei não consiste na última palavra sobre determinada controvérsia constitucional, sobretudo pela relativa facilidade do processo de emenda constitucional, a decisão de inconstitucionalidade de emenda, embora, em tese, possa ser revertida por nova emenda constitucional, consiste em decisão judicial mais difícil de ser superada, seja pela ampla difusão da noção - incorreta - de que a reversão da decisão somente seria possível mediante a aprovação de uma nova Constituição, seja pela possível crise institucional que decisão de inconstitucionalidade de emenda - e, sobretudo, que a aprovação de emenda "*in your face*" - geraria, especialmente se a emenda declarada inconstitucional veicular política central às maiorias políticas e à opinião pública.

Pode-se dizer, inclusive, que a decisão de inconstitucionalidade de emenda constitucional no Brasil equivale, praticamente, a decisão de inconstitucionalidade de lei nos EUA, diante da inviabilidade prática dos mecanismos de superação concebidos pelo "conhecimento convencional" (nova Constituição e emenda constitucional, respectivamente). O risco de crise institucional que tais decisões tendem a provocar propicia, naturalmente, uma postura mais cautelosa dos Tribunais, de maneira que os modelos de equilíbrio, nos quais a Corte antecipa e evita reações dos poderes políticos potencialmente lesivas à sua reputação institucional, são peculiarmente relevantes para a compreensão da interação entre Suprema Corte e Parlamento na definição da última palavra sobre o sentido da Constituição.

Com efeito, é natural que os mecanismos de reação política tornem bastante improvável a generalização de posturas ativistas do STF na invalidação de emendas constitucionais que tenham amplo suporte na opinião pública e/ou nos poderes políticos. Ao contrário, o Supremo tenderá a ser mais deferente ao poder constuinte reformador do que ao legislador ordinário, invalidando emendas mais periféricas à opinião pública e aos poderes políticos, e coibindo claros excessos, como, aliás, comprovam os exemplos de decisão de inconstitucionalidade de emendas constitucionais acima citados.

Portanto, a recorrente aprovação de emendas constitucionais após outubro de 1988, e a cautela do STF no controle da sua compatibilidade com os limites ao poder de

reforma constitucional, parecem comprovar que tal competência especial do STF não tem lhe conferido, de fato, a última palavra sobre o sentido da Constituição.

Igualmente relevante é a análise da questão no plano normativo, vale dizer, deve o STF se valer da sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais para definir a última palavra sobre o sentido da Constituição?

Cumpra ao STF, nesse particular, a adoção de uma postura de neutralidade política. Deve o Tribunal, portanto, se guiar por uma razão pública, de modo a não

apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes - para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda -, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controvertidas.

Ao contrário, a argumentação do Tribunal deve se fundar em razões públicas, ou seja, *“deve repousar (tanto quanto possível) sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles”*,¹⁰⁷² as quais são objeto de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis.

Daí a necessidade de distinguir-se o domínio do que é constitucionalmente estabelecido, o qual, por ser objeto de tendencial consenso racional entre doutrinas abrangentes e razoáveis, pode ser tutelado pelo Judiciário em face mesmo de deliberações supermajoritárias contidas nas emendas constitucionais, do espectro no qual, em virtude da existência de um *desacordo moral razoável* entre as referidas doutrinas, deve prevalecer o pluralismo político e a vontade das maiorias.

A partir de tal perspectiva, defende-se que o Judiciário deva restringir o âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 à garantia da intangibilidade das condições (procedimentais e não procedimentais) da democracia inaugurada pela Constituição de 1988, e não a petrificação de um projeto específico de desenvolvimento da sociedade definido pelo constituinte de 1988. Dentre os direitos individuais erigidos ao *status* de condições da democracia, Rawls insere os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter

¹⁰⁷² RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Op. cit., p. 274.

direitos)¹⁰⁷³, as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito a informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão), e, destaque-se, a garantia de um mínimo existencial.¹⁰⁷⁴

De fato, em que pese às objeções levantadas pelas doutrinas coletivistas que tiveram projeção na primeira metade do século passado (comunismo, fascismo, nacional-socialismo, etc.), nas democracias constitucionais contemporâneas pode-se dizer que a fórmula e as garantias do Estado de Direito são objeto de consenso sobreposto entre doutrinas que inclusive contestam outros aspectos do liberalismo, pois

*o Estado de Direito é um dos elementos centrais da configuração política que permite a cooperação social em um ambiente de pluralismo (o outro elemento é a democracia). Assim é que se pode afirmar que o Estado de Direito, em relação às diversas doutrinas particulares, está circunscrito à esfera da imparcialidade política, podendo ser objeto de adesão estável e generalizada.*¹⁰⁷⁵

Este “ativismo judicial” restrito à tutela das condições da democracia permitirá que a atribuição de força jurídica efetiva à cláusula superconstitucional dos “direitos e garantias individuais”, não implique, por um lado, excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados por um “Governo de Juízes”, nem, por outro, risco de supressão de garantias inerentes à dignidade humana pela vontade política do momento, confundindo-se democracia com tirania das maiorias.

Vejam-se dois exemplos acerca da pertinência da aplicação razão pública ao controle da constitucionalidade das emendas constitucionais. O primeiro se refere à arguição da inconstitucionalidade da “contribuição previdenciária dos inativos”, instituída pela EC n.º 41/2003, no bojo das ADIs n. 3128-7 e 3105-8.¹⁰⁷⁶ Os autores das mencionadas ações alegaram, em abreviada síntese, que os servidores públicos inativos,

¹⁰⁷³ Cf. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

¹⁰⁷⁴ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Op. cit., p. 277 et seq.

¹⁰⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa**. In: **A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 718.

¹⁰⁷⁶ STF, ADIs n. 3128-7 e 3105-8 (julgadas em conjunto), DJ 18.02.2005.

ao preencherem os requisitos legais necessários para a aposentadoria no regime previdenciário instituído pela EC n.º 20/98 (sob cuja égide não era possível a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos), incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem a referida contribuição.

Assim, a EC n.º 41/2003 teria malferido a cláusula constitucional da proteção do direito adquirido (art. 5, XXXVI, da CF/88) em relação aos servidores que se aposentaram antes da sua edição, garantia esta que, na forma da doutrina majoritária, é oponível não só ao legislador ordinário, mas também ao constituinte reformador, por se cuidar de direito individual, e, portanto, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Tal tese foi acolhida pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, e Marco Aurélio Mello.

Contudo, o bom direito parece estar com os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Mário Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim que, dentre outras assertivas, consignaram que a natureza tributária das contribuições previdenciárias afastava a tese do direito adquirido, ante a inexistência de direito adquirido a não-incidência de tributo nas hipóteses em que não houver norma constitucional específica que preveja imunidade tributária. Dados os limites deste tópico, o aspecto da decisão que merece ser destacado consiste no risco de uma exegese excessivamente abrangente das cláusulas pétreas promover uma petrificação de privilégios, em esvaziamento da pretensão transformadora da Constituição de 1988.

Em que pese a todos os riscos eleitorais inerentes à adoção de medida tão impopular, os Poderes Executivo e Legislativo (este por maioria qualificada), através da EC. n. 41/2003, deliberaram que os aposentados também deveriam pagar contribuição previdenciária, com o escopo de minorar o imenso rombo do regime próprio de previdência social, cuja injustiça, segundo Luís Roberto Barroso, revela-se “*por uma perversa solidariedade social às avessas, na qual os mais pobres financiam os mais abastados.*”¹⁰⁷⁷ Sendo o regime próprio de previdência custeado pelas contribuições e

¹⁰⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)**. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 168. Tal injustiça é comprovada pelos argumentos “pré-jurídicos” desenvolvidos por Barroso, a saber: (i) em países desenvolvidos, como a França e a Alemanha, os proventos e as pensões são inferiores aos valores percebidos pelo servidor em atividade (no Brasil, as pensões e os proventos são fixados no valor da última remuneração, sendo que os valores médios das aposentadorias são os seguintes: Executivo - R\$ 2.282, Ministério Público - R\$ 12.571, Legislativo R\$ 7.900, Judiciário R\$ 8.027, e Militares R\$ 4.275); (ii) do ponto de vista da lógica do sistema, a não

pelos orçamentos dos entes federativos, soa óbvio que o imenso déficit causado pela insuficiência das primeiras fontes de custeio,¹⁰⁷⁸ é suportado pelos últimos, de modo a diluir-se nos impostos pagos pela população em geral.¹⁰⁷⁹ Daí a “*solidariedade social às avessas*”.

Pelo exposto, o corajoso juízo político empreendido por um governo de “esquerda” e por uma supermaioria parlamentar para a correção deste mecanismo concentrador de renda não deve ser substituído pelo juízo do Judiciário. Com efeito, caso o Judiciário se pautar pela razão pública e pelos princípios democrático e da isonomia, parece impertinente que anule a referida decisão política, pois uma tal exegese ampliativa conferida à proteção superconstitucional do direito adquirido, para além de não ter lastro na dogmática jurídica (ante a inexistência de direito adquirido à não-incidência de tributo, afora as hipóteses de imunidade constitucional), representaria um ativismo judicial destinado a congelar um sistema previdenciário marcado por distorções e privilégios, que em nada se relaciona com as alvitradas condições da democracia.

As razões antes expendidas não conduzem à defesa de uma concepção de minimalismo judicial para o controle da constitucionalidade de emendas. Ainda que se sustente que o Judiciário deva atuar com maior autorrestricção no controle da constitucionalidade de emendas do que de leis, ante o maior rigor do primeiro procedimento, admite-se um “ativismo judicial” na fiscalização das emendas que avancem contra as alvitradas condições da democracia.

cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos importaria em um aumento real correspondente à alíquota de contribuição (11%, atualmente) por ocasião da passagem para a inatividade, servindo como um incentivo para aposentadorias precoces; (iii) até a EC n.º 3/93, o regime não era contributivo, de modo que boa parte dos aposentados não contribuiu para o regime próprio, ou contribuiu por menos de dez anos; (iv) boa parte dos aposentados sob o regime próprio ingressou no sistema mediante a conversão dos seus empregos em cargos públicos, após haverem contribuído a maior parte do tempo para o regime geral, sobre base de cálculo muito inferior aos proventos percebidos; (v) as regras anteriores à EC n. 20/98 permitiam aposentadorias precoces; (vi) além de fatores conjunturais, como o aumento da expectativa de vida e a redução dos quadros no serviço público. Id., p. 201/202.

¹⁰⁷⁸ Não é de causar surpresa, portanto, que o regime próprio de previdência, apesar de congrega “apenas” 3,2 milhões de inativos e pensionistas, tenha déficit anual de R\$ 39 bilhões (em relação ao valor arrecadado com contribuições), enquanto o regime geral, com seus 19 milhões de beneficiários, tem déficit anual de “apenas” R\$ 17 bilhões. Tais dados referem-se a 2002 (utilizado como referência por se cuidar do ano anterior á aprovação da EC n. 41/2003), e foram colhidos do *site* do Ministério da Previdência Social por BARROSO. Op. cit., p. 174.

¹⁰⁷⁹ Ver, a propósito, STF, ADI n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 686.

Cite-se, a propósito, a ADIN n. 1946/DF,¹⁰⁸⁰ em cujo processo o STF procedeu à interpretação conforme a constituição do Art. 14 da EC n. 20/98, de modo a afastar a exegese que incluía a licença à gestante no teto de benefícios previdenciários por ele instituído. Note-se que se afigurava, a princípio, juridicamente possível a interpretação que sujeitava a licença à gestante ao mencionado limite, à vista de o art. 14 da EC 20/98 não estabelecer distinções entre os benefícios previdenciários que deveriam ceder ao teto, e em razão de a questão da proteção à gestante vir sendo tratada desde 1932, e, mais claramente, a partir de 1974, “cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador), e cada vez mais como encargo de natureza previdenciária.”¹⁰⁸¹ A Constituição de 1988, por sua vez, manteve a natureza previdenciária do referido benefício, ao incluir a proteção à maternidade entre os direitos sociais arrolados no art. 7º, e entre os benefícios previdenciários arrolados no art. 201 da CF (inciso II).

Tal interpretação, contudo, padece de inequívoca inconstitucionalidade, já que, caso se aplicasse o teto à licença-gestante, ter-se-ia como corolário imputar à previdência social o dever de arcar com apenas R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), competindo ao empregador pagar o restante, na hipótese de o salário da mulher superar o referido valor. A consequência inevitável desta desastrosa interpretação seria “conclamar o empregador a oferecer à mulher-trabalhadora, quaisquer que sejam as suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.” Tal interpretação, evidentemente, propiciaria “a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7, inc. XXX, da CF/88).”¹⁰⁸² Em poucas palavras: a limitação da licença gestante ao teto da previdência social redundaria em um tratamento desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, desconsiderando o dever do Estado de tratar homens e mulheres com “igual consideração e respeito”.

Vê-se, assim, que, mantendo-se fiel à tutela das condições da democracia (dentre as quais se insere a igualdade entre homem e mulher no mercado de trabalho), o STF, ao controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, não restringe, antes promove a democracia. Todavia, a fluidez da expressão “direitos e garantias

¹⁰⁸⁰ STF, ADI n. 1946, RTJ 186: 472/479.

¹⁰⁸¹ Excerto retirado da emenda do mencionado acórdão.

¹⁰⁸² Trechos colhidos do voto condutor do Min. Sydney Sanches.

individuais” poderia permitir que o Tribunal viesse a promover o entrenchamento de interesses particulares no rol das cláusulas pétreas (ao invés de proteger as referidas condições da democracia), assim como a aprovação de emenda constitucional superadora da decisão judicial poderia colocar em risco a efetividade da proteção das condições da democracia contra maiorias transitórias.

Sem dúvida que não há garantias absolutas de que o STF e o Parlamento se restringirão aos seus domínios típicos de atuação (proteção dos direitos individuais e definição de políticas públicas). O que se quer salientar é que modelos dialogais, que permitem que os departamentos estatais sejam permanentemente “desafiados” pelos demais - v.g. pela possibilidade de o STF controlar a constitucionalidade de emendas constitucional e pela possibilidade de o Congresso Nacional aprovar emendas constitucionais superadoras de decisões do STF que tenham declarado a inconstitucionalidade de emendas pretéritas – possui maior potencial epistêmico do que modelos de supremacia, onde determinada instituição possa proferir, inquestionavelmente, a última palavra sobre o sentido presente e futuro da Constituição. Com efeito, acredita-se que tal flexibilidade e interação na solução de questões constitucionais complexas contribuem para a construção de respostas mais próximas da verdade e respaldadas em consensos mais amplos, na medida em que construídas após amplo diálogo em que cada departamento estatal contribuiu com a sua capacidade institucional.

A distinção entre “verdade viva” e “dogma morto”, elaborada por John Stuart Mill em sua clássica fundamentação da liberdade de expressão, esclarece o argumento.¹⁰⁸³ Segundo Mill, o melhor mecanismo para a obtenção de soluções verdadeiras é a exposição de uma proposição a franco debate público, que ponha sob a luz do sol as suas virtudes e fraquezas. Assim, soluções verdadeiras são aquelas que resistem às mais amplas críticas. Ao revés, se se presume que uma proposição é verdadeira, proscovendo-se eventuais contestações, ela morre como um dogma, já que há um anestesiamiento do debate público pela busca da melhor solução.

No mesmo sentido caminha o argumento da provisoriedade dos resultados preconizado pela democracia deliberativa.¹⁰⁸⁴ Com efeito, a possibilidade de

¹⁰⁸³ MILL, John Stuart. **On liberty**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. (Great books of the Western world); ver especialmente o capítulo 2.

¹⁰⁸⁴ Ver 6.3.

permanente crítica aos resultados da deliberação tem o potencial de evidenciar eventuais equívocos da decisão, consequências não antecipadas, soluções que se tornam anacrônicas etc. Ademais, não se deve temer a revisão de conquistas civilizatórias (fim da escravidão, igualdade de gênero, universalização dos direitos políticos etc.), pois, se tais soluções hoje são consensuais o são por terem passado por um longo processo de discussão em que as iniquidades das proposições antagônicas vierem à tona.

Também não se deve temer excessivamente o risco de o STF se distanciar demais da opinião pública. Já se salientou que os limites institucionais à sua liberdade de decisão atuam como mecanismos de sincronização da sua jurisprudência com a opinião pública. Tal fato confere *accountability* à sua atuação e torna bastante improvável a reiterada invalidação de emendas constitucionais que representem as visões majoritárias nos demais departamentos estatais e na sociedade.

Além disso, tais limites institucionais, ao fomentarem que o STF e o Parlamento busquem “pontos de equilíbrio”, também minimizam o risco de haver um diálogo interminável entre os departamentos estatais sobre o sentido da Constituição, em uma anarquia interpretativa que produziria efeitos deletérios para a segurança jurídica.¹⁰⁸⁵ De fato, a chance de haver sucessivas decisões de inconstitucionalidade de emendas e emendas constitucionais superadoras dessas decisões, embora possível teoricamente (pela não aplicação do efeito vinculante das decisões do STF ao legislador), consiste em virtual impossibilidade prática. Com efeito, ou haverá deferência judicial (i.e. caso a emenda constitucional tiver sólido apoio na opinião pública) ou haverá deferência legislativa (i.e. se a opinião pública estiver do lado da Corte e a decisão judicial tiver grande visibilidade na mídia, tornando muito alto o custo da sua superação).

¹⁰⁸⁵ Ver seção 7.3.

9 - CONCLUSÃO

9.1 Proposições objetivas finais

1. No momento que se seguiu à Fundação dos EUA, o fecundo debate entre federalistas e antifederalistas já elucidava um dos aspectos centrais do problema afeto à supremacia judicial: como conciliar as preocupações tendencialmente contraditórias de promover independência judicial e *judicial accountability*? Por outro lado, o argumento de que *Marbury v. Madison* consiste em prova irrefutável da supremacia judicial - exposto pelas Supremas Cortes dos EUA e brasileira - desconsidera o contexto político e o resultado final de *Marbury*, além das relações interinstitucionais a respeito da

autoridade final para a interpretação da Constituição que tiveram lugar na fundação dos EUA.

2. Enquanto nos EUA se afirmam a supremacia da Constituição, a soberania popular, a separação dos poderes como freios e contrapesos, e a natureza “legal” da Constituição, na Europa se sagram vitoriosos a supremacia da lei, a soberania da nação, a separação orgânico-funcional dos poderes a serviço da supremacia parlamentar, e a natureza política da Constituição. Ausentes os seus pressupostos filosóficos, institucionais e teóricos, não havia espaço para o surgimento do controle de constitucionalidade na Europa do século XIX. Por outro lado, encontrando-se presentes tais elementos nos EUA, a *judicial review* encontrou solo propício para o seu florescimento.

3. O modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional - que tem em Kelsen a sua maior inspiração – se caracteriza por ser bastante reverente ao legislador. Cite-se a atuação do Tribunal Constitucional como mero “legislador negativo”, segundo a qual não lhe cabia usar princípios abertos como parâmetros de controle, nem se valer de elementos fáticos e de conhecimentos técnicos. Ademais, Kelsen concebia a Constituição como norma procedimental, e apenas excepcionalmente material, de modo que o controle de constitucionalidade recairia, em regra, sobre aspectos formais da lei, somente se admitindo a sua aferição material quando contrastasse com norma constitucional precisa (regras).

4. As Constituições do segundo pós-guerra consistem em mistura das tradições constitucionais europeia e norte-americana: herdada da primeira um amplo conteúdo material, que se destina a guiar a atividade futura dos departamentos estatais e o desenvolvimento da sociedade, e da segunda a natureza “legal” da Constituição, a permitir que o Judiciário exerça o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos sobretudo para a proteção dos direitos fundamentais.

5. A teoria dos princípios surge como importante teoria explicativa destas mudanças; ela tem como núcleo a tese de que os princípios têm força normativa, vinculam os três poderes, e são passíveis de aplicação em juízo. Há esforços de próceres da teoria dos princípios em evitar que a vinculação do legislador ao conteúdo indeterminado da Constituição se convolva em supremacia judicial. Todavia, as principais tentativas se resumem a mecanismos de autorrestrição do Judiciário. Tais assertivas negligenciam o papel importante que os demais poderes exercem na

interpretação constitucional, além de não perceberem a relevância de elementos políticos para a expansão ou para a restrição do papel do Judiciário nesse particular.

6. As principais teses concebidas pela ciência política para explicar o fenômeno atual da “expansão global do Judiciário” podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas. Dentre as primeiras se destaca a tese segundo a qual a principal causa de expansão do Judiciário teria sido a ampliação da positividade e da consciência sobre direitos que se verificou a partir do segundo pós-guerra, na linha do que é defendido pelo “neoconstitucionalismo”. Já as teorias funcionalistas vinculam a expansão do Poder Judiciário à adoção de sistemas políticos fragmentados, pois em seu bojo surgem problemas de coordenação entre entes autônomos que são resolvidos pelo Judiciário, como terceiro responsável pela imparcial aplicação da lei. Por fim, há as “teorias estratégicas”, que comungam da mesma premissa: se o Judiciário é o mais frágil dos departamentos estatais, pois não tem a espada nem a chave do cofre, a ampliação dos seus poderes só é possível se contar com a concordância, expressa ou tácita, dos demais departamentos. Mas qual seria a razão para eles aceitarem fenômeno que, ao menos em princípio, reduz os seus poderes? A resposta comum é a de que a judicialização da política atende aos interesses estratégicos de grupos politicamente relevantes.

7. As três tipos de condição para a expansão do Judiciário: políticas, institucionais e interpretativas. Dentre as políticas se destaca a democracia: (i) nelas há maior fracionamento do poder do que em regimes autocráticos, surgindo problemas de coordenação que tendem a ser dirimidos pelo Judiciário; (ii) os vários pontos de veto presentes num sistema fragmentado podem criar dificuldades para a coalização governamental se pronunciar sobre questões altamente controvertidas, bem como para que ela reaja a decisões judiciais proferidas nessas matérias. (iii) Ademais, nas democracias bem ordenadas há alternância no poder, de modo que o risco constante de derrota eleitoral tende a estimular a constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica. Note-se que a separação dos poderes e o federalismo também são importantes condições políticas para a judicialização, pois promovem forte fragmentação do poder política, criando problemas de coordenação para os quais o Judiciário é chamado a resolver.

8. São condições institucionais: a existência e a eficácia reforçada de um catálogo de direitos; quanto ao controle de constitucionalidade: a amplitude do acesso e

a extensão do rol de atos passíveis de impugnação e dos efeitos da decisão; a abrangência e o relevo político das competências da Suprema Corte; e a investidura e a nomeação dos seus membros; a constitucionalização abrangente etc. Dentre as condições interpretativas para a expansão do Judiciário se destaca a noção de que os princípios são normas jurídicas suscetíveis de aplicação judicial.

9. Antes de 1988 não há que se falar em supremacia judicial no Brasil. *No Império nem mesmo havia controle de constitucionalidade*, seguindo a tradição européia da soberania da nação, da supremacia da lei, da Constituição como *frame of government*, da “separação orgânico-funcional dos poderes”, além do Poder Moderador. Desta forma, os principais conflitos constitucionais eram dirimidos pelo Imperador (e ocasionalmente pelo Parlamento).

10. Com a proclamação da República, as Constituições brasileiras - sobretudo as promulgadas (1891, 1934 e 1946) - passaram a legitimar-se na soberania popular e a prever o controle de constitucionalidade e a independência do Judiciário. Nada obstante, não houve supremacia judicial nas Repúblicas brasileiras que antecederam a de 1988.

11. Nos *períodos autoritários (1930-1945 e 1964/1988)* a fortíssima concentração de poderes no Executivo impediu que o Judiciário controlasse com independência dos atos do governo. De fato, as tentativas do STF neste sentido sujeitaram-no às mais variadas formas de reação política - descumprimentos frontais das suas decisões, aumento do número de cadeiras no STF, cassação de ministros, redução de competências, ameaças várias ao Tribunal etc. Nestes períodos não estiveram presentes mesmo a supremacia da Constituição, o Estado de Direito e o controle de constitucionalidade (um *minus* em relação à supremacia judicial), já que a ação dos respectivos governos não se viu significativamente limitada pela Constituição.

12. Também nos *períodos “democráticos” (1891/1930 e 1946/1964)* não se verificou no Brasil supremacia judicial; também aqui nem mesmo a supremacia da Constituição se consolidou de forma estável. Nestes momentos, o razoável fracionamento do poder político, a vigência das garantias da magistratura, o exercício do controle de constitucionalidade etc., permitiram que o STF construísse uma jurisprudência favorável às liberdades civis. Todavia, alguns fatores impediram o pleno controle dos atos do poder público.

13. Cite-se um liberalismo seletivo e conservador caro às elites brasileiras, segundo o qual os inimigos da República (operários, anarquistas, integralistas, socialistas e comunistas) tiveram os seus pedidos reiteradamente indeferidos pelo STF, e a fruição das liberdades esteve vinculada à aferição discricionária de autoridades administrativas a respeito de cláusulas gerais (i.e. “ordem pública”). Ademais, até 1988 houve amplo predomínio do controle difuso e incidental de constitucionalidade, de maneira que os efeitos meramente *inter partes* das respectivas decisões fazia com que a *judicial review* atuasse apenas no controle dos atos que atingiam uma minoria da população com acesso à justiça, encontrando-se imune de fiscalização judicial os atos que repercutiam sobre a ampla maioria da população carente e rural. Note-se, por fim, que a persistente instabilidade política e o sempre iminente risco de reação política às decisões do STF potencializaram a sua fragilidade institucional, de maneira que frequentemente a força bélica dos quartéis se impôs à força persuasiva das decisões judiciais na resolução dos conflitos políticos mais explosivos.

14. Até 1988 as Constituições brasileiras desempenharam, basicamente, mera função de instrumento de governo, pois as normas constitucionais materiais - sobretudo os princípios - continuavam a ser plenamente configuradas pelos poderes políticos, através de leis, decretos-lei, atos administrativos etc. A Constituição assumira uma natureza política, na medida em que a sua natureza “legal”, especialmente em relação às liberdades fundamentais, somente se afirmou esporadicamente. O positivismo legalista, ao colocar a lei, e não a Constituição, no centro da ordem jurídica, constituía a elaboração teórica mais adequada a tal modelo institucional.

15. Todavia, a Constituição de 1988 instituiu um regime político particularmente favorável à expansão do papel político do Poder Judiciário, diante da presença das suas condições políticas, institucionais e interpretativas. Quanto às políticas, destaca-se a consolidação da democracia, circunstância que diminuiu consideravelmente o risco de desrespeito à independência judicial. Além disso, a opção por princípios macroinstitucionais que fragmentam bastante o poder político (presidencialismo, federalismo, multipartidarismo, sistema proporcional por lista aberta, controle difuso de constitucionalidade etc.) também fomentou a judicialização da política.

16. Quanto às condições institucionais, destacam-se o aumento do rol dos legitimados ativos para a propositura de ADI, a criação da ADC e da ADPF, a ampliação dos atos impugnáveis e dos efeitos das decisões prolatadas em controle

abstrato. Tais inovações permitiram não só que o STF decidisse um enorme elenco de matérias constitucionais, mas também que tais decisões, em tese, vinculassem todos os destinatários das normas constitucionais, os órgãos administrativos e os juízes responsáveis pela aplicação do direito - e não só as partes do processo, como era a tradição do constitucionalismo brasileiro.

17. As condições interpretativas também se fazem presentes no Brasil. De fato, a partir da década de oitenta o constitucionalismo brasileiro da efetividade iniciou a sua bem sucedida missão no sentido de inserir na pré-compreensão dos operadores do direito a noção de que a Constituição – inclusive a sua parte indeterminada – é norma jurídica obrigatória para os três poderes, sendo, portanto, suscetível de aplicação judicial independentemente da edição de uma lei concretizadora. Com a incorporação entusiástica da Teoria dos Princípios a partir da década de noventa no Brasil, a índole jurídica da parte indeterminada da Constituição se consolidou, passando os juízes a considerar que a aplicação judicial de princípios, sobretudo mediante ponderação, se insere na sua atividade típica. Fatores históricos transformam o Brasil em solo fértil para o florescimento das teses mais judicialistas do neoconstitucionalismo, sem que se verificasse igual entusiasmo na incorporação dos limites impostos à discricionariedade judicial.

18. A típica tese exposta pela dogmática jurídica nacional para a explicação da judicialização da política, vinculada à ampliação dos direitos fundamentais, da abrangência da Constituição e dos seus instrumentos de proteção, revela-se incompleta. Para além da tese conceitualista, são encontrados na expansão do Judiciário no Brasil elementos ligados a teses funcionalistas (adoção de princípios macroinstitucionais que geram a difusão do poder político) e estratégicas (i. e. resistência dos parlamentares em “desconstitucionalizar” matérias diante da forte predominância do Executivo no processo legislativo e da incerteza eleitoral.)

19. No Brasil, também é relevante a tese do seguro eleitoral de Ginsburg, já que o momento em que se verificou a maior expansão do poder político do Judiciário coincidiu com um período de forte incerteza eleitoral, revelada pelas acirradas disputas pela Presidência da República e pela flutuação na representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados. Ademais, os casos de entrincheiramento constitucional de privilégios corporativos denotam que a tese de Hirschl, no sentido de que o

constitucionalismo rígido pode ser usado para a imunização do *status quo* também não pode ser completamente descartada.

20. Houve clara incorporação das condições interpretativas na jurisprudência do STF. Bem ilustra o exposto o seu distanciamento do dogma kelseniano do “legislador-negativo”, e, inversamente, a sua aproximação às teses básicas do neoconstitucionalismo. Destaca-se a aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário, o emprego de raciocínios lógicos que seguem uma metodologia mais fluida do que a subsunção (ponderação e proporcionalidade), e de argumentos de índole técnica, política, filosófica, e moral (e, portanto, não estritamente jurídicos).

21. Há basicamente cinco manifestações de ativismo judicial a partir da aplicação direta de princípios constitucionais: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo.

22. Ademais, percebe-se não apenas uma maior abertura do STF a argumentos não estritamente jurídicos, como também uma tendência de fundamentar as suas decisões em razões amplas e profundas (maximalismo), pois as respectivas teses se caracterizaram pela abrangência - já que incidem não apenas ao caso concreto, mas sobre um amplo leque de hipóteses que guardam alguma similaridade entre si -, e pela profundidade - vez que enfatizam complexas teorias que, por sua vez, se embasam em princípios de alta densidade moral em detrimento de regras jurídicas pré-existentes.

23. Apesar de a sua jurisprudência atual ser ativista e maximalista, o STF continua a fundamentar a legitimidade da sua atuação em uma mítica associação entre o teor das suas decisões e o sentido da Constituição, como se a circunstância de a Constituição lhe conferir a sua guarda garantisse, de antemão, que as suas decisões deveriam ser compreendidas como meras revelações da vontade do poder constituinte originário. Cuida-se de uma perspectiva *juriscêntrica* que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e, inversamente, dá pouco relevo à interpretação da Constituição fora das Cortes, com o efeito prático de imunizar as decisões do STF de crítica ou de correção. Por fim, a ainda incipiente cultura de vinculação a precedentes faz com que o Supremo Tribunal siga um modelo de decisão que presta pouca

reverência às suas próprias decisões, prejudicando a *coerência e a integridade do sistema jurídico*.

24. Portanto, tendo em vista que o STF tende a pronunciar-se sobre as várias questões que lhe são submetidas através de parâmetros normativos e de raciocínios fluidos (princípios e proporcionalidade), a partir dos quais são extraídas teorizações amplas e profundas que vinculam todos os destinatários e órgãos judiciais e administrativos nas suas atuações futuras, e que somente podem ser alteradas por emenda constitucional - mesmo assim, quando não violarem cláusula pétrea, a partir da perspectiva do STF -, pode-se dizer que, em tese, o Brasil está próximo de um cenário de efetiva supremacia do Judiciário - e, em particular, do STF - em relação aos demais poderes. Tal assertiva é reforçada quando tais fatores são associados à legitimação das decisões do STF apenas na sua função de Guarda da Constituição e a um modelo de decisão casuístico. Neste quadro, o Judiciário dominaria o sentido indeterminado da Constituição, sobrepondo-se aos poderes democraticamente legitimados.

25. As críticas institucionais à supremacia judicial se fundam nos problemas das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos. A primeira alerta para o risco de mitificar-se as virtudes das instituições existentes e dos agentes públicos de carne-e-osso; a segunda adverte para o potencial de decisões amplas e profundas gerarem externalidades negativas, especialmente pelos efeitos deletérios que consequências não antecipadas da decisão podem gerar em sistemas complexos.

26. O primeiro aspecto da crítica democrática chama atenção para o inafastável desacordo moral na interpretação de princípios morais abstratos, de maneira a enfatizar a sua concretização por instituição democraticamente legitimada pelo voto popular. Já o constitucionalismo popular denuncia o caráter “juriscêntrico” da supremacia judicial, na medida em que, ao atribuir ao Judiciário a última palavra sobre o sentido da Constituição, incute no povo e nos poderes políticos a noção de que não tem responsabilidade sobre a interpretação constitucional, pois se cuida de tarefa a cargos dos juízes. Os seus próceres defendem, ao revés, um engajamento do povo e dos poderes políticos na interpretação constitucional, sob o lema da “devolução da Constituição ao povo.”

27. Buscou-se construir uma análise realista das capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo para atuarem na interpretação constitucional. Assim, da mesma forma que não se pode comparar uma visão rósea do juiz com uma perspectiva

ácida sobre o legislador (Judiciário como portador da vontade constituinte v. legislador como representante de uma idiossincrática maioria transitória), não se pode fazer o contrário (juiz que se limita a ornamentar a sua ideologia com empolada linguagem jurídica v. legislador como representante da vontade geral do povo). Portanto, nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias. Ao revés, o caráter majoritário ou contramajoritário de lei ou de decisão judicial deve ser aferido empiricamente.

28. A supremacia judicial se incompatibiliza com um conceito deliberativo de democracia. Com efeito, a legitimação *ex ante* das decisões do STF com base em seu papel de Guardião da Constituição se incompatibiliza com o dever de as autoridades públicas fundamentarem as suas decisões à luz de princípios aceitos por todos. Por outro lado, a tendência do STF de fundamentar as suas decisões de forma maximalista resvala no princípio da economia da discordância moral, que requer que as autoridades públicas enfatizem os elementos de concórdia, e evitem, na medida do possível, os de discórdia. Por fim, a extrema dificuldade de reversão dos entendimentos constitucionais da Suprema Corte contraria a provisoriedade dos resultados deliberativos, a qual se revela essencial não apenas para a correção de erros, mas para a garantia da *accountability*, ou seja, para que o povo logre corrigir decisão de autoridade que considere equivocada.

29. A judicialização da política impôs mudanças radicais no princípio da separação dos poderes e no equilíbrio entre independência e responsividade judicial. Quanto ao primeiro aspecto, competia ao Legislativo criar o direito e ao Judiciário apenas aplicá-lo, o que no âmbito constitucional era garantido através da aplicação judicial apenas de normas precisas (regras; ao passo que os princípios eram considerados normas “não autoaplicáveis”). Todavia, com o reconhecimento de que os princípios são autoaplicáveis em juízo, o Judiciário avançou sobre o espaço indeterminado da Constituição. Tal circunstância, somada aos efeitos gerais das decisões da Suprema Corte, torna flagrante o aspecto criativo da atividade judicial.

30. Já a separação entre direito e política se dava através de um peculiar equilíbrio entre independência e responsividade judicial: enquanto o Parlamento não poderia se imiscuir na aplicação concreta do direito pelo Judiciário (i.e. desconstituindo uma sentença), o juiz teria que fundar a sua decisão em critérios previamente

estabelecidos pelo legislador (preferindo as regras aos princípios). Todavia, a aplicação direta de princípios pelo Judiciário gera uma crise na justificativa tradicional sobre a *judicial accountability*, que consiste em pressuposto à independência judicial, já que ela se destina a garantir que o juiz aplique imparcialmente o direito (e não a sua visão particular de justiça).

31. São, em tese, instrumentos de reação do Parlamento a decisões constitucionais do STF reputadas equivocadas: os ataques institucionais à Corte, o controle do Parlamento sobre o orçamento do Judiciário e os salários dos juízes, o processo de nomeação dos juízes da Suprema Corte, a não implementação das decisões judiciais e a superação legislativa. A análise destes instrumentos pode ser feita em dois planos distintos: empírico e normativo. No primeiro plano, os cientistas sociais estão corretos em denunciar a ilusão dos juristas em considerar que a Suprema Corte somente está limitada na definição da última palavra sobre o sentido da Constituição por elementos da hermenêutica jurídica (texto, história, sistema, teleologia etc.) e pela sua autorestrição. Ao contrário, os mecanismos de reação política impõem significativos limites políticos à atividade judicial, na medida em que, ao implicarem sérios riscos à legitimidade institucional do Judiciário, os juízes (sobretudo da Suprema Corte) tenderão a atuar estrategicamente com o fito de evitá-los. Portanto, dificilmente o Judiciário logrará fixar o sentido definitivo da Constituição em controvérsias de grande saliência política, sobretudo quando estiverem em jogo preferências centrais às coalizões governamentais dominantes e a grupos de interesse bem articulados.

32. Assim, os referidos mecanismos promovem uma considerável sincronização entre opinião pública e jurisdição constitucional, circunstância que, se atenua o problema democrático da dificuldade contramajoritária, levanta dúvidas sobre o efetivo potencial de o Judiciário proteger minorias subrepresentadas no processo político em face dos poderes político e econômico. Todavia, a dissociação de David Easton entre apoio popular específico e difuso à Suprema Corte ajuda a compreender o problema. Enquanto o apoio específico consiste na concordância da maioria do povo com determinada decisão judicial, o apoio difuso revela a confiança popular na Suprema Corte enquanto instituição. Assim, quanto maior o apoio popular difuso à Suprema Corte maior será o seu estoque de decisões contramajoritárias, pois a blindará de mecanismos de reação dos poderes políticos, que temerão os danos eleitorais que uma investida à independência judicial pode lhes causar. Daí a complementariedade entre os

problemas institucional e material da interpretação constitucional (“quem” e “como” deve (se) interpretar a CF?), pois se a Suprema Corte terá uma margem considerável, porém limitada, de decisões impopulares, é fundamental que ela a empregue para proteger minorias mal representadas no processo majoritário, ao invés de insular interesses de elites do alcance do Parlamento.

32. A visão tradicional das ciências sociais, embora esclareça estes aspectos fundamentais a uma compreensão realista das potencialidades da revisão judicial, peca por não aprofundar o exame normativo da compatibilidade dos instrumentos de reação dos poderes políticos às exigências do Estado Democrático de Direito. Neste ponto, cumpre lembrar que a história constitucional brasileira consiste em exemplo paradigmático de como os ataques institucionais e às retaliações ao Judiciário podem ser lesivas à independência judicial e à adequação do exercício do poder político ao direito.

33. Assim, se compreende o porquê de a comunidade jurídica brasileira ser tão aberta a modelos hermenêuticos judicialistas (basta lembrar a defesa por Rui Barbosa da supremacia judicial na República Velha, e a defesa por Francisco Campos, em pleno Estado Novo, da possibilidade de o Parlamento superar decisões do STF por argumentos ligados à democracia). Todavia, se crê que, com a estabilização da democracia brasileira e com o apoio popular difuso ao STF, são bastante improváveis ataques e retaliações ao Judiciário, e, assim, já é chegada a hora de um exame crítico da supremacia judicial.

34. Embora no cenário brasileiro pós-88 estejam presentes as condições políticas, institucionais e interpretativas favoráveis à expansão do Poder Judiciário, não há que se falar em supremacia judicial em sentido amplo no Brasil. Isto porque os mecanismos de reação política - embora o apoio popular difuso à Suprema Corte torne o seu uso menos frequente do que no passado - poderão ser manejados caso a jurisprudência constitucional se desvie radicalmente da opinião pública. Se em questões centrais à coalizão governamental majoritária e a grupos de interesse bem articulados a jurisdição constitucional é mais intensamente constrangida por tais limites institucionais, em questões de menor relevo político a Suprema Corte frequentemente voa abaixo do radar, e tem o potencial de conferir interpretação à Constituição que, embora não seja definitiva, pode ser extremamente difícil de ser alterada. Ademais, a efetiva implantação dos efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do STF se encontra seriamente prejudicada pelo fato de o STF não colher votos dos seus juízes em

relação aos fundamentos da decisão, seguindo um modelo de decisão agregativa em que o “acórdão” do Tribunal é a soma de dez votos, cada qual com a sua *rationale*. Neste cenário, há forte incompreensão acerca da tese jurídica principal que se extrai da decisão do STF, circunstância que gera sérios problemas de não implementação, pois, naturalmente, só se pode cumprir o que se compreende.

35. Há razões consequencialistas e epistêmicas para a Suprema Corte considerar a opinião pública. Quanto às primeiras, vale notar que o alinhamento, no essencial, da sua jurisprudência com a opinião pública confere à Corte instrumento de reforço na implementação das suas decisões mesmo quando haja sérias resistências no meio político (diante do alto custo político da sua não implementação); ademais reforça o apoio popular difuso à Suprema Corte, fator que lhe confere maior potencial de proferir decisões contramajoritárias em prol de minorias estigmatizadas no processo político. Dentre as razões epistêmicas, partindo-se de uma premissa de humildade dos juízes, é de se esperar que eles não estejam muito seguros da correção das suas decisões caso haja forte opinião pública em sentido contrário, sobretudo em sede de questões morais controvertidas.

36. Em síntese, acredita-se que um modelo dialogal articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (a) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (b) reduz a oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos departamentos estatais, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal em detrimento dos direitos individuais.

37. O instrumento de superação das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte mais adequado ao Estado Democrático de Direito é um processo de emenda constitucional que seja, a um só tempo, mais difícil do que o legislativo ordinário (para evitar que a Constituição fique à mercê de maiorias legislativas ordinárias), porém não tão difícil como o procedimento de reforma da Constituição norte-americana (pois, não sendo factível a aprovação de emenda, há um estímulo aos ataques institucionais à Suprema Corte quando ela veta objetivos desejados por sólidas maiorias legislativas). O processo de emenda à Constituição brasileira de 1988

apresenta estas características, e, portanto, deve ser tido como o instrumento padrão de reversão das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte.

38. Todavia, isso não quer dizer que a aprovação de uma lei ordinária idêntica à lei anteriormente declarada inconstitucional ou que reverta interpretação do STF seja necessariamente inconstitucional. Tais leis nascerão com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo ao ente que a editou trazer novas razões que convençam o Tribunal do equívoco da sua orientação anterior. Se o Tribunal aproveitar o ensejo da nova lei para alterar a sua interpretação constitucional, terá havido mutação constitucional por iniciativa do legislador. Caso o Tribunal não tenha declarado inválido o objetivo perseguido pela lei, mas apenas o meio empregado, nada impede - muito pelo contrário - de o legislador aprovar nova lei que altere a medida, mas que se mantenha fiel ao objetivo da lei invalidada. Neste caso, como não haverá propriamente superação da decisão da Suprema Corte (a qual na verdade será acatada), a respectiva norma possuirá a sua natural presunção de constitucionalidade.

39. Por fim, o fato de o STF se julgar competente para declarar inconstitucionais emendas constitucionais à luz de limites materiais ao poder de reforma não consiste em prova irrefutável de que há supremacia judicial do Brasil. A uma, pois o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade do STF não atinge o Legislativo, de modo que não há óbice absoluto a que aprove emenda constitucional idêntica à declarada inconstitucional. A duas, porque o STF tem atuado com forte dose de autorestrição nesse particular, o que, aliás, é natural, pois sendo a declaração de inconstitucionalidade de emenda mais grave do que a invalidação de lei, os citados limites institucionais à discricionariedade judicial falam mais alto nesta seara. A três, pois as cláusulas pétreas devem ser interpretadas sob uma perspectiva de neutralidade política, na qual o STF deve se limitar a proteger as pré-condições da democracia do alcance do poder constituinte derivado, conferindo-lhe, ao revés, um amplo espectro de atuação.

9.2 Encerramento

“É sempre melhor ver com um de nossos próprios olhos do que com os olhos de outras pessoas” (Martinho Lutero)

Se o constitucionalismo pode ser comparado às religiões semíticas (judaísmo, cristianismo e islamismo), por ter um marco zero, um texto fundamental e os seus “profetas” (respectivamente, o poder constituinte, a Constituição e a Suprema Corte),¹⁰⁸⁶ a doutrina dos diálogos constitucionais consiste em sua versão protestante. Com efeito, estimulada pela crítica do constitucionalismo popular à supremacia judicial, a doutrina dos diálogos postula pelo fim do monopólio dos juízes na interpretação constitucional, assim como Lutero e Calvino lutaram pelo fim da exclusividade da interpretação da Bíblia pela Igreja Católica. Ambas consideram que o Texto Fundamental pode e deve ser lido e interpretado diretamente pelo povo, e, portanto, distinguem a supremacia do texto da supremacia dos seus “intérpretes oficiais” (*sola scriptura*).

Acredita-se que a pluralidade interpretativa não conduz necessariamente à anarquia institucional, mas a um modelo de deliberação potencialmente mais inclusivo e deliberativo do que a atribuição da “última palavra” sobre a Constituição a qualquer autoridade ou departamento estatal, por mais confiável que ela ou ele seja. Não se nega que os Poderes Legislativo e Judiciário tenham a “última palavra” no âmbito específico das suas atribuições: respectivamente, (i) sobre a edição de leis e de emendas constitucionais (ou seja, sobre o conteúdo abstrato das normas jurídicas), e (ii) sobre decisões judiciais (ou seja, sobre sentido das normas editadas pelo legislador em casos concretos ou sobre a validade dos seus efeitos pretéritos).

Da mesma forma que o reconhecimento da possibilidade indiscriminada de o Parlamento aprovar norma que se destine a desfazer decisões judiciais transitadas em julgado o transformaria em uma instituição tirânica, a intangibilidade de jurisprudência constitucional da Suprema Corte em face do povo e dos seus representantes a convolaria em um “super-poder”. Em síntese: o sentido futuro da Constituição não pertence a qualquer instituição política, mas se revela em uma “dança institucional” em que leis, emendas constitucionais, decisões judiciais, manifestações informais da opinião pública e mecanismos de consulta popular (plebiscitos e referendos) interagem de forma complexa.

¹⁰⁸⁶ ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**, p. 6.

Note-se que tal tese não implica uma visão preconceituosa em relação às capacidades institucionais do Judiciário, e romântica em relação ao legislador. Muito pelo contrário, a sua premissa fundamental é a de que todos os agentes e instituições públicas são falíveis, e que um modelo de freios e contrapesos é o mais adequado para a construção do sentido futuro da Constituição. Inversamente, os modelos de supremacia (seja judicial, seja parlamentar), ao sujeitarem a Constituição à interpretação dada pelo seu intérprete oficial (na medida em que a única forma de reversão daquela interpretação é a mudança de opinião do “órgão supremo”), tendem a estimular posturas idiossincráticas que acabam por confundir o que é a Constituição com o que o seu intérprete supremo quer que ela seja.

Porém, não há dúvida de que o acolhimento dessas ideias implica uma redução de expectativas quanto à função da revisão judicial em uma sociedade democrática. Com efeito, parecerão vãs as expectativas de que o Judiciário possa evitar que a sociedade política tome o rumo desejado pelas maiorias políticas e pela opinião pública, ainda que aos olhos dos juízes não pareça o melhor caminho a seguir. Todavia, a crítica à supremacia judicial não deve obscurecer a notável importância da revisão judicial para a proteção de direitos de minorias. O apoio popular que as Supremas Cortes costumam dispor nas democracias contemporâneas - adquirido, normalmente, após anos de atuação neutra à política partidária ter construído na sociedade a noção de que lhes compete a aplicação imparcial do direito -, lhes confere a força e a legitimidade para a proteção de minorias estigmatizadas no processo político. Nessa esfera o ativismo judicial é, a um só tempo, possível e bem-vindo, revelando a atuação contramajoritária que se espera de uma Corte Suprema em uma democracia constitucional bem ordenada.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar. 2009.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. “A Democracia Brasileira Vai Bem Mas Requer Cuidados”. In: **Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil?** VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

_____. “O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.” **Dados** 31 (1). 1988.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, vol. 113, n. 3, (389).

_____. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School Occasional Papers**, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997.

_____. **We the people – Foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

_____. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ALEXANDER, Larry (org.). **Constitucionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge 1998.

_____. Constitutional rules, constitutional Standards, and constitutional settlement: Marbury v. Madison and the case for judicial supremacy. **Constitutional Commentary**, v. 20, 2003.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick On Extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, 1997, pp. 1359-1387.

_____. “Defending Judicial Supremacy: A Reply”. **Constitutional Commentary**, Vol. 17: 455, (2000) p. 455/482.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: **Constitucionalismo Discursivo**. (trad: Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. Ratio Iuris, Vol. 16, n. 02, June, 2003.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. “Sistema jurídico, principios juridicos y razón práctica”. In: (id.) **Derecho y Razón Práctica**. México/DF: Fontanamara, 1993.

ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; NUNES, Felipe. “De Lá Para Cá – As condições e as instituições da democracia depois de 1988”. In: MELO,

Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARROW, Kenneth J. **Collected Papers of Kenneth J. Arrow**, Harvard University Press: 1983a, v. 1. **Social Choice and Justice**.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Tortura Nunca Mais: um relato para a história**. 30 ed. Petrópolis: Editora Vozes.

ATRIA, Fernando. El derecho y la contingência de lo político. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. (tradução José Manuel M. Cardoso da Costa). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARBER, Sotirios; GEORGE, Robert. **Constitutional Politics – Essays on Constitution Making, Maintenance and Change**. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. (2. Ed.) Campinas: Russel, 2004.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. (org. Homero Pires). Vol. II. São Paulo: Saraiva Cia, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

_____. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, vol. 9, n. 33, 2006.

_____. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial.” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. “Reflexões de Luís Roberto Barroso sobre o caso Cesare Battisti”, obtido em <http://www.migalhas.com.br/>, acesso em 29.01.2010.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível no site http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_111032010.pdf; Acesso em 02.03.2011.

BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=852884>; acesso em 01.08.2010.

BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective.** MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BAUMAN, Richad; KAHANA, Tsvi. **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction.** Canada: McGill-Queen's University Press, 2010.

BENHABIB, Seyla (org.). **Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political.** Princeton: Princeton University Press, 1996;

BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative Democracy: essays on reason and politics.** Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Marck C. “The City of Boerne: an interbranch perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil.” **Lua Nova**, v. 61, 2004.

_____. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

_____. **Soberania e Constituição: para uma crítica ao constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Tentativa da Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930/1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 25/61.

BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Ed.). **Contemporary Political Philosophy – An anthology**. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997.

BICKEL, Alexander M.. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n. 9868/99”. In: (Id.) **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

_____. “Duzentos Anos de Jurisdição Constitucional: as lições de Marbury v. Madison”. In: (Id.) **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BINENBOJM, Gustavo; André Cyrino: “Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORK, Robert. **The Tempting of America: the political seduction of law**. New York: Touchstone, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Rigidez Constitucional e Pluralismo Político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de emendas constitucionais à luz da jurisprudência do STF”. **Revista Carioca de Direito**. Vol. 1, n. 1, jan-jun/2010, Rio de Janeiro: PGM, 2010, p. 123/151.

_____. “São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que medida?” In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Entre a Anarquia e o Estado de Bem-Estar Social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009, pp. 527/577.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRYCE, James. **Constitutiones flexibles y Constitutiones rígidas**. Madrid, 1963.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958.

- BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CALDWELL, Peter. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory and the Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, **DOXA** 21-I (1998).
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2 reimpressão – trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: editorial Trotta, 2003.
- CARCASSONE, Guy. Constitutional Change in France. In: **Constitutional Policy and Change in Europe**. HESSE, Joachim Jens; JOHNSON, Nevil (org.). Oxford: Oxford University Press, 1995.
- CARRE DE MALBERG. **Contribution a la Théorie Générale de L’Etat**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia Política**, 2004, n. 23.
- CARVALHO, José Murilo de. **Pedro II – Ser ou não ser**. Coleção Perfis Brasileiros (coord. Élio Gaspari e Lilia Schwarcz). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- _____. **A Formação das Almas: O imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- CASTRO, Marcus Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política". **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 12, nº 34, junho de 1997, pp. 147-156.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História – Origem e Reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism**. Disponível em http://lawreview.law.uiuc.edu/publications/2000s/2004/2004_3/Chemersinsky.pdf. Acesso em 11.03.2010.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: EUNSA, 2000.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG – Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002

_____. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, v. 5 – n. 9 – jul/dez. 2004, p. 105/113.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo”. In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos sobre a Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002.

COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro – crítica do paradigma gerencialista**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. “Constituição, Democracia e Governo”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 21, n. 61, junho/2006.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à Edição Brasileira. In: **Jurisdição Constitucional**. Kelsen, Hans. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

_____. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, 6: 279/295 (1957).

DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998.

_____. Congress as Culprit. How Lawmakers spurred on the court’s anti-congress crusade. **Duke Law Journal**. V. 51, 2001, pp. 435-464.

_____. Congress Fact Finding and the Scope of Judicial Review. In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 5, n. 3, p. 391-418, 2009.

DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: SUMMERS, Robert (org.). **Essays in legal philosophy**. California: University of California Press, 1968.

_____. **Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. (trad. Jefferson Juiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap University Press of Harvard University Press, 2006.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MATRODI NETO, Josué, TSUBONE, Rubens Takashi. “Ainda há supremacia do Judiciário?”. In: **Teoria da Mudança Constitucional. Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EASTON, David. **Uma teoria de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

EGAN, Patrick; Citrin, Jack. **Opinion Leadership, Backlash and Delegation; Supreme Court rulings and public opinion**. Janeiro de 2010. Disponível em <http://www.yale.edu/csap/seminars/egan.pdf>. Acesso em 10 de março de 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens – Studies in rationality and irrationality**. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

EPSTEIN, LEE; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andre D. “Constitutional interpretation on a strategic perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Decisions. **Yale Law Journal**, v. 101, n. 2, 1991, p. 331-417.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. 2 Vol, 11 ed.. São Paulo: Globo, 1997.

FARREL, Martín D. Discusión entre el derecho natural y el positivismo Jurídico? **DOXA**, 21-II, 1998.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards na Institutional Theory of Constitutional Interpretation”. In: SADURSK, Wojciech. **Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. Netherlands: Kluwer Law International, 2002, pp. 20/36.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade”. **RDA**, 220: 1/17-2000.

FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. “Instituições Políticas e Governabilidade – Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones.** 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process.** Oxford: Princeton University Press, 1988.

_____. “Interpreting the Constitution: more than the Supreme Courts says”. **Extension.** Carl Albert Research and Studies Center, University of Oklahoma, Fall 2008.

FISS, Owen. “Between Supremacy and Exclusivity”. In: BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.** (tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.

_____. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

_____. “The Birth of na academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five”. **Yale Law Journal.** V. 112, n. 2, pp. 153/259, 2002.

_____. “Dialogue and Judicial Review”. **Michigan Law Review.** Vol. 91, n. 4, pp. 577/562, 1993.

_____. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, vol. 101, August 2003.

_____. Taking Law Seriously. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers,** 2006. Disponível em http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=nyu_plltwp. Acesso em 15.03.2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y El tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1983.

GARRETT, Elizabeth; VERMEULE, Adrian. "Institutional Design of a Thayerian Congress". In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Constitutional Law**. Vol. 49. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em 20.12.2010, às 14:00h.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. Série: As ilusões Armadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GERBER, Scott. "The Court, the Constitution and the History of the Ideas". In: **Vanderbilt Law Review**. 61, May 2008, n. 04.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Schmitt: contribuição à crítica da filosofia do direito de Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2006.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory Caldeira; SPENCE, Lester "The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000", **British Journal of Political Science**, 33 (2003): 538.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003.

_____. "The Global Spread of Constitutional Review". In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). **Interpreting Constitutions: a comparative study**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GOMES, Ângela Maria de Castro et. al.. **História Geral da Civilização Brasileira. Tomo III: o Brasil Republicano; Vol. 10: Sociedade e Política (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary". In: **7 Studies in American Political Development** 35 (1993), 35-73.

GREENE, Abner. **Against Interpretative Obligation (to the Supreme Court)**. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub7365.pdf>. Acesso em 01.02.2011.

GRIFFIN, Stephen. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law**, vol. 5, Nov. 2001.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, n. 04, p. 3-22, 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar., 2007.

_____. **Why Deliberative Democracy?** New Jersey: Princeton University Press;

_____. **Democracy and Disagreement**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. (trad.: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. (2 ed.; trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. “Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making”. **American Politics Quarterly**, Vol. 28. N. 04, 2000, p. 490-510.

HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas; Russel Editora, 2003.

HARRIGER, Katy J. Cues and miscues in the constitutional dialogues. **The Review of Politics**. V. 60, n. 3, p. 497-534, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. (tradução Marcos Santarrita). São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HOBSON, Charles F. (Ed.). **The papers of John Marshall**. Virginia: Omohundro Institute of Early American History and Culture, 1990

HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **As raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

IGLESIAS, Francisco. **Trajetória Política do Brasil: 1500/1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973.

KAGAN, Robert. **American Courts and the Policy Dialogue: the role of adversarial legalism**. In: Making Policy, Making Law: an interbranch perspective. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

KATYAL, Neal. Legislative Constitutional Interpretation. Disponível em <http://www.jstor.org/pss/1373024>. Acesso em 10.03.2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLARMAN, Michael. J. “Court, Congress and Civil Rights” In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 173/198.

KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism””. **California Law Review**. Vol. 92: No. 5 (Oct., 2004), pp. 1441-1477.

KOMMERS. Donald. P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. London: Duke University Press, 1997.

KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

_____. “The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court”. **Harvard Law Review** 4, 169 (2001).

_____. The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy. **Stanford Public Law Working Paper** No. 938721 (2006).

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado – os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional de Direito**. (trad.: Urbano Carvelli). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Émpire Allemand**. Paris: V. Giard E Briere, 6 vol., 1901.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAJOIE, Andre; BERGADA, Cécile; GÉLINEAU, Éric. Legislatures as constitutional interpretation: another dialogue. In: BAUMAN, Richad; KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Iuris, 1985.

LAZARE, Daniel. “America the Undemocratic”. **New Left Review** 232 (1998): 3-31.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto – O município e o regime representativo no Brasil**. 3 edição. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution: whre the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LECLAIR, Jean. Judicial review in canadian constitutional Law: a brief overview. **The George Washington International Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 543-555, 2004, pp. 199/255.

LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et all. (org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

LIMONGI, Fernando. “A Democracia no Brasil – presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. **Novos Estudos: CEBRAP**, Nov. 2006.

LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**. Vol. 28: No. 3, 2006.

_____. We are all judicial activists now. **University of Cincinnati Law Review**, vol. 77, p. 181-232, 2008.

_____. What’s wrong with judicial supremacy? What’s right about judicial review? **Widener Law Review**, vol. 14, 2008, pp. 1-51.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford. **Responding to Imperfection – The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LYNCH, Christian Edward; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “O Constitucionalismo da Inefetividade: A Constituição de 1891 no Cativeiro do Estado de Sítio”. In:

BONAVIDES, Paulo et. al. As Constituições Brasileiras: Notícia. História e Análise Crítica. Brasília: OAB Editora, 2008.

MACIEL, Débora Alves & KOERNER, André. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política.** n. 57, 2002, p. 113-133

MANFREDI, Christopher P. “The Day the Dialogue Died: a comment on *Sauvé v. Canada*”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007, p. 107/123.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MAIA, Antônio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Constituição-Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

MAIA, Antonio Cavalcanti; SOUZA NETO, Claudio Pereira. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 67/99.

MANGABEIRA, João. **Rui: o estadista da República.** Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito e o Futuro da Democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.

MARRENCO, André. Devagar se vai ao longe? “A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002.

MARTEENS, Allison M. (2007): "Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations". **Perspectives on Politics**, Vol. 5, No. 3, pp. 447-459.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. **Dicionário de Política.** vol. 1, 12 ed. BOBBIO, Norberto et. Al. Brasília: LGE ed. e UnB ed..

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade.** São Paulo: Singular, 2006.

MAUS, Ingborg. Judiciário como Superego da Sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade-orfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. N. 58, novembro de 2000, pp 183-202.

MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. Third Edition. Chicago: Chicago University Press, 2000.

MELO, Carlos Ranulfo. “Nem Tanto ao Mar, Nem Tanto a Terra – Elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Parecer sobre o caso “Cesare Battisti”. Obtido em <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/cesarebattisti/>, acesso em 01.02.2010.

MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Reformas Constitucionais no Brasil – instituições políticas e processo decisório**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Evaldo Cabral (org.). **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**. São Paulo: Editora 34, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008, 219 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade do Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade Sem Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. (Great books of the Western world).

MILLER, Mark C. “The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective”. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3 ed. Tomo I(art. 1 a 5). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7).

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, **Review of Politics**, 48 (1986): 407.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitucional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003.

NAGEL, Robert. Judicial supremacy and the settlement function.(Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores) **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NINO, Carlos Santiago; ACKERMAN, Bruce, Rosenkrantz, Carlos F. et al. **Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalid**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 17 ed. St. Paul: Thomsom-West, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo Constitucional e Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?”. **Dados vol. 48 n. 3**, Rio de Janeiro, July/Sept., 2005, p. 559/587.

PARAMO ARGUELLES, Juan Ramon. “Rousseau, Estado de Derecho, Democracia y Derechos”. In: PECES-BARBA MARTINES, Gregorio et al. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII, Volumen II – La filosofía de los derechos humanos.

PAULSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. **Michigan Law Review**, 101, 2706 (2003).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, Michael J. **The Constitution, the Courts, and human Rights – An inquiry into the legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary**. New Haven: Yale University Press, 1982.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42.

_____. Equal Protection By Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel, 110 **Yale Law Journal**, 441-526 (2000).

_____. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. **California Law Review**, vol. 92, p. 1027 (2004).

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ao legislador**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2003

_____. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____.Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: editorial Trotta, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (tradução Marlene Holzhausen) São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Liberalismo Político**. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000

RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. **The Oxford Handbook of Political Institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001.

_____. “Sharpening the Dialogue debate: the next decade of scholarship”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. I). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. II). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. III). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. IV). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel** . 7e édition. Paris: Montchrestien, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, diálogo constitucional e a falácia da usurpação de poderes legislativos pelo executivo. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 107-139.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SANTOS, Rogério Dutra dos. “Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil”. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Iuris editora, Rio de Janeiro, 2004.

_____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

_____. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004, p. 1/49.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “Representação sobre a Violação ao Direito de Voto do Preso Provisório”. In (Id.) **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 311/334.

_____. “A Trajetória Constitucional Brasileira”. In: (Id.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 03/117.

SATHE, S.P. “India: From Positivism to Structuralism”. In: **Interpreting Constitutions – a comparative study**. GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). New York: Oxford University Press, pp. 215/266.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

_____. **Sobre el parlamentarismo**. Madrid: Tecnos, 1990

_____. **O Guardião da Constituição**. (trad.: Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Martin. "The Success of Judicial Review". In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Ed.). **Constitutional Dialogues in Comparative Perspective**. New York: St. Martin Press, 1999.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. New York: Oxford University Press.

SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. **California Law Review**, vol. 93, 2004, pp. 1045-1067.

_____. Precedent. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, Feb. 1987.

SCHWARTZ, Roberto. "As Idéias Fora de Lugar". In: (id.) **Ao Vencedor as Batatas**. São Paulo: Duas Cidades, 2000.

SICHES, Luis Recasens. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. T. 1, 11 ed., México: Porrúa, 1963.

SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. "Discursos y mociones en la constitución de la Asamblea Nacional". In: **Escritos y discursos de la revolución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

_____. "Opinion se Sieyés sobre las atribuciones y organización Del tribunal constitucional. Pronunciado en la Convención nacional de 18 de Thermidor, año III de la Republicana. In: Id. **De la revolución**. Centro de Estudios Constitucionales, s.d.

SILVA, Alexandre Garrido. "Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas". **RDE – Revista de Direito do Estado**, Ano 3, n. 12, out/dez/2008, p. 107-142.

SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed., 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. "O proporcional e o razoável". **Revista dos Tribunais**, 798, abril/2002.

_____. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública". **Revista de Direito Administrativo** 250 (2009): 197-227.

_____. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982

SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes e o povo: a cláusula pétrea dos direitos e garantias judiciais e o controle judicial da constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático.” In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: **A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SPAETH, Harold J. & SEGAL, Jeffrey A. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04.04.2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. “A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência do Positivismo ao Neoconstitucionalismo.” In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação dos Casos Difíceis do Direito**. 2005. 191 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUR-Rio). Faculdade de Filosofia.

_____. “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O Fenômeno Constitucional e suas três forças”. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Ano 3, N. 11, jul/set/2008, p. 209/217.

SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001;

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America.** New York: Basic Books, 2005;

_____. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before** . New Jersey: Princeton University Press, 2009

_____. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. **Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law.**; University of Chicago, Public Law Working Paper No. 147. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=957369>. Acesso 20.08.2010.

_____. **Beyond Judicial Minimalism** (September 25, 2008). University of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1274200>.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 04. 2003.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: Norton, 2000.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An empirical analysis of the federal Judiciary.** Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: constitutional politics in Europe.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 47 (2008): 73-165. Disponível em: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11

TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1991. (org. Maria Garcia).

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na America.** 2. ed. - São Paulo : Itatiaia : Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.** Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 617-648.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. New York: New York University Press, 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991

TULLY, James. **An approach to political philosophy: Locke in contexts - Ideas in context**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. "Alternatives forms of judicial review". **Michigan Law Review**, v. 101. n. 9.

_____. "Non-judicial review". **Harvard Journal of Legislation**, vol. 40.

_____. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VALLINDER, Torbjörn. "When the Courts Go Marching in" In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VAN HOECKE, Mark. Judicial Review and Deliberative Democracy: a circular model of Law Creation and Legitimation. **Ratio Juris**. Vol. 14, N. 04, December 2001 (415/423).

VANBERG, Georg. "Establishing and Maintaining Judicial Independence". In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

_____. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty – an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. Introductory essay: political constraints on Supreme Court reform. **Minnesota Law Review**, v. 90, 2006, pp. 1154-1172.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. 5 reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000.

VIEIRA, José Ribas; DIMOULIS, Dimitri. “Uma Visão Crítica ao Neoconstitucionalismo”. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. (2 ed.) São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Supremocracia”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v.19, n.2.

VIANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial Mal Compreendido. Boletim CEDES (eletrônico). Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 1/55. Disponível em www.cedes.iuperj.br. Acesso em 10.03.2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. “The core of the case against judicial review.” **The Yale Law Journal**, april 2006.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WATLINS JR., Willian J. Popular sovereignty, judicial supremacy, and the American revolution: why the judiciary cannot be the final arbiter of constitutions. **Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy**, v. 1, 2006, pp. 159-258.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

_____. “Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review”. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf. Acesso em 02.03.2011.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.