

## 4

### Possíveis causas do recente Ativismo Judicial no STF

#### 4.1

##### Ampla renovação na composição de Ministros

As alterações performáticas no Supremo Tribunal Federal, destacadas no capítulo anterior, foram verificadas em período marcado por algumas peculiaridades que sugerem conexão estreita com essas alterações.

Os dois exemplos analisados como indicadores de ativismo judicial nesta pesquisa traduzem alterações performáticas levadas a efeito no ano de 2007, mesmo ano em que se completou uma ampla renovação no quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

“A nova composição do Supremo acaba por concluir este processo e a perceber a necessidade de introdução destas inovações” – afirmou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando indagado sobre a recente alteração na jurisprudência da Corte<sup>1</sup>. A associação entre os eventos é mesmo inevitável.

Neste tópico, será percorrido o caminho pelo qual se deu essa ampla renovação de Ministros no Supremo Tribunal Federal, sinalizando-se, assim, uma das possíveis causas do recente ativismo judicial na Jurisdição Constitucional brasileira<sup>2</sup>.

Trata-se de processo intensificado a partir de 2003, com o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual teve a oportunidade de nomear seis dos onze Ministros do Supremo Tribunal. No ano de 2007, já em exercício do seu segundo mandato, o Presidente da República pôde nomear ainda mais um Ministro, completando o número incrível de sete nomeações.

---

<sup>1</sup> As palavras transcritas referem-se a trecho da entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Mendes ao jornal Valor Econômico de 18 de outubro de 2007.

<sup>2</sup> Os dados utilizados nesse item foram extraídos do próprio site institucional do Supremo Tribunal Federal, a partir do qual é possível conhecer a história dos Ministros, sistematizada de diversos modos: por antiguidade, indicação presidencial, linha sucessória, etc. (Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br/portal/ministro/ministro.asp>>>).

O processo de ampla renovação do quadro de Ministros do Supremo Tribunal tem, contudo, raízes mais remotas. Inicia-se a partir de 1985, com a saída dos Ministros nomeados durante o Regime Militar. No ano seguinte, tomou posse o Ministro Célio Borja, professor de Direito Constitucional e ex-presidente da Câmara dos Deputados.

Em 1989, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Presidente José Sarney pôde nomear outros três Ministros: Paulo Brossard, que havia sido Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça no governo Sarney, depois de uma carreira política na qual foi Deputado Estadual, Deputado Federal e Senador; Sepúlveda Pertence, que havia sido membro do Ministério Público do Distrito Federal (1963-1969), advogado (1969-1985), e Procurador-Geral da República (a partir de 1985); e Celso de Mello, membro do Ministério de São Paulo por dezenove anos.

Com Fernando Collor de Mello na Presidência da República, ainda que por menos de três anos, foram nomeados quatro Ministros. No ano de 1990, nomeou o Ministro Marco Aurélio de Mello, seu primo, que havia atuado como advogado trabalhista, membro do Ministério Público do Trabalho e magistrado da Justiça do Trabalho; e o Ministro Carlos Velloso, que havia sido membro da magistratura federal, desde 1967, Juiz Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e professor de Direito Constitucional e de Direito Público.

A nomeação do Ministro Carlos Velloso se deu em função da vaga aberta com a saída do Ministro Francisco Rezek, ex-Procurador da República, que havia renunciado ao cargo para se tornar Ministro das Relações Exteriores no governo do Presidente Fernando Collor de Mello<sup>3</sup>.

Já no ano de 1991, o Presidente Collor nomeou o Ministro Ilmar Galvão, que havia sido membro da magistratura federal por mais de 20 anos, Juiz Federal no Acre e no distrito Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e professor universitário.

---

<sup>3</sup> O Ministro Rezek voltou a ser nomeado ao STF em 1992 pelo Presidente Collor, circunstância que acabou provocando certa polêmica em razão de o Ministro ter presidido Tribunal Superior Eleitoral durante as eleições que conduziram Fernando Collor à Presidência. Nesse sentido, Osvaldo Maneschy: “não foi à toa – na minha suspeita opinião – que Francisco Rezek deixou o Supremo, depois de presidir o TSE em 1989, e se tornou ministro de Collor. Quando explodiu em escândalos a República das Alagoas, voltou ao Supremo renomeado pelo moribundo Collor. Bela trajetória é isto, o resto é conversa” (Observatório da Imprensa, em 30 de novembro de 2004).

Em 1992, o Ministro Rezek deixo o Ministério das Relações Exteriores e foi nomeado novamente para o Supremo Tribunal Federal. Renunciou mais uma vez ao cargo, para integrar a Corte Internacional de Justiça, em Haia, cargo para o qual foi eleito pelo Conselho de Segurança e pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, para um mandato de nove anos.

Com a nova saída do Ministro Rezek, nomeado em 1983 pelo Presidente General João Figueiredo, o quadro do Supremo Tribunal Federal já se encontrava sensivelmente revigorado, restando apenas dois Ministros nomeados à época do Regime Militar: o Ministro Moreira Alves, nomeado pelo Presidente Ernesto Geisel em 1975; e o Ministro Sydney Sanches, nomeado pelo Presidente João Figueiredo, em 1984. O Ministro Moreira Alves foi professor de Direito Civil e Direito Romano, advogado (1956-1969). O Ministro Sydney Sanches fez carreira na magistratura de São Paulo e foi professor de Direito Civil e Processual civil. Ambos permaneceram no Supremo até 2003.

Em 1994, o Presidente Itamar Franco, que, como vice de Collor, assumiu logo após o *impeachment* desse último, fez apenas uma nomeação para o Supremo: o Ministro Maurício Corrêa, advogado de carreira no Distrito Federal, eleito senador em 1986.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu primeiro mandato, fez também apenas uma nomeação, em 1997: a de seu então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, advogado, Professor de Direito Processual Civil e, por duas legislaturas, Deputado Federal.

Ainda em 1997, deu-se a aprovação da emenda constitucional que autorizou a reeleição de Prefeitos, Governadores e Presidente da República para o período subsequente. No ano seguinte, o Presidente Fernando Henrique foi reeleito.

Já de posse do seu segundo mandato, Fernando Henrique nomeou a Ministra Ellen Gracie (em 2000), a primeira mulher a compor o quadro do Supremo, a qual havia sido Procuradora da República por quinze anos e, por outros onze, integrante de Tribunal Regional Federal. Em 2002, o Presidente Fernando Henrique nomeou, ainda, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, professor de Direito Constitucional pós-graduado na Alemanha, com vasta e densa obra na matéria, o qual havia atuado como Advogado-Geral da União.

Essas foram as raízes do processo de renovação dos quadros do Supremo Tribunal, o qual foi efetivamente levado a cabo a partir de 2003, com a mais ampla e peculiar troca de Ministros do STF. Como antecipado no início desse tópico, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito pelo Partido dos Trabalhadores (PT), partido que jamais havia ocupado tal cargo; nomeou, só no seu primeiro mandato, seis Ministros; e, no segundo mandato, em 2007, mais um. Sete nomeações no espaço de quatro anos, a partir de um mesmo Presidente. Uma renovação dessa magnitude não ocorre sem maiores impactos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em 2003, o Presidente Lula nomeou: (1) o Ministro Cezar Peluso, integrante da magistratura paulista por mais de trinta anos e professor de Direito Processual Civil; (2) o Ministro Carlos Ayres Britto, advogado e professor de Direito Constitucional, (3) o Ministro Joaquim Barbosa, Procurador da república por vinte anos no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, professor de Direito Constitucional e Administrativo.

Em 2004, nomeou: (4) o Ministro Eros Grau, gaúcho radicado em São Paulo, onde exerceu a advocacia por trinta anos, tendo também lecionado Direito Econômico. Em 2006, nomeou, ainda: (5) o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, advogado por dezesseis anos e membro da magistratura paulista, pelo quinto constitucional, por outros dezesseis anos e professor de Direito do Estado; e (6) a Ministra Cármen Lúcia Antunes da Rocha, advogada, Procuradora do Estado de Minas Gerais e professora de Direito Constitucional.

Com a aposentadoria compulsória do Ministro Sepúlveda Pertence em 2007, quando completou setenta anos, o Presidente Lula veio a realizar a sua sétima nomeação para o STF. O escolhido foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que tomou posse do cargo em setembro de 2007.

Natural de Belém, do Pará, o mais recente Ministro do STF doutorou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, foi chefe do gabinete do Prefeito da cidade do Rio de Janeiro de 1979 a 1980 e Prefeito, em exercício, do mesmo município entre 25 de maio de 1979 a 06 de junho de 1979; entre 23 de março de 1980 a 07 de abril de 1980; foi ainda Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 1996.

Por ordem de antiguidade da nomeação, compõem, atualmente, o quadro do Supremo Tribunal Federal, os Ministros: 1- José Celso Mello Filho (1989); 2-

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (1990); 3- Ellen Gracie Northfleet (2000); 4- Gilmar Ferreira Mendes (2002); 5- Antonio Cezar Peluso ( 2003); 6- Carlos Ayres Britto (2003); 7- Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003); 8- Eros Roberto Grau (2004); 9- Enrique Ricardo Lewandowski (2006); 10- Cármen Lúcia Antunes Rocha (2006); 11- Carlos Alberto Menezes Direito (2007)<sup>4</sup>.

A nova composição é marcada por alguns pontos interessantes. Pelo menos cinco dos Ministros lecionam ou lecionaram Direito Constitucional em centros universitários: Ellen Gracie; Gilmar Mendes; Carlos Britto; Joaquim barbosa e Cármen Lúcia. Há duas mulheres (Ellen Gracie e Cármen Lúcia) entre os onze Ministros do STF, fato inédito.

Imediatamente antes de comporem o quadro do STF, os Ministros eram: advogados (Gilmar Mendes, Carlos Britto, Eros Grau e Carmén Lúcia); membros do Ministério Público Estadual (Celso Mello) e Federal (Joaquim Barbosa); Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski); membros da magistratura trabalhista (Marco Aurélio) e Federal (Ellen Gracie) e ministros do Superior Tribunal de Justiça (Menezes Direito).

Merece registro, ainda, o fato de nenhum dos atuais Ministros ter tido experiência como titular de cargo eletivo, no Poder Legislativo ou Executivo. O Ministro Menezes Direito foi o que mais se aproximou da hipótese, ao exercer cargos políticos: foi secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Presidente da Casa da Moeda, Chefe de gabinete da Prefeitura do Rio de Janeiro (1979-1980) e Chefe de gabinete do Ministro de Estado de Educação e Cultura (1975-1978).

Nota-se, assim, a prevalência de um caráter técnico-jurídico no quadro da Jurisdição Constitucional brasileira. Esse caráter ditaria um menor pudor, por parte dos Ministros, em se apropriarem da realização da moralidade política no Brasil? Não necessariamente. A história oferece exemplos que diluem a lógica de que um ex-político teria, enquanto membro de um Tribunal Constitucional, maior pudor em interferir no espaço reservado aos outros poderes estatais. Na Suprema Corte americana, um dos juízes mais acusados de ativismo judicial, o juiz Warren, era ex-governador da Califórnia.

---

<sup>4</sup> Encontram-se sublinhados os nomes comumente utilizados pelos Ministros ou pelos quais são referidos.

De todo modo, essa prevalência do caráter técnico-jurídico oferece, sem dúvida, uma sofisticação inédita aos votos dos Ministros, voltada, por vezes, à tentativa de justificar as exorbitâncias da jurisdição, conforme ainda será acentuado nesta pesquisa.

## 4.2

### Efeito discursivo da súmula vinculante

Outra circunstância recente, a ser investigada como possível causa do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal diz respeito ao efeito discursivo que o instrumento da súmula vinculante pode produzir.

No ano de 2004, consagrou-se no Brasil, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45, um divisor de águas na análise da jurisdição constitucional. Entre as diversas modificações constitucionais que a emenda operou, no escopo de uma Reforma do Judiciário, foram adotados mecanismos que traduziram uma verdadeira aposta no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do instrumento da súmula vinculante<sup>5</sup>.

Previsto no art. 103-A, da CF/88, incorporado à Constituição pela EC n.º 45/2004, o instrumento confere poderes para que o Supremo Tribunal Federal torne vinculante a todos os outros órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração pública direta e indireta, entendimento que tenha reiterado em decisões sobre matéria constitucional<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Foi, também, introduzido pela EC n.º 45/2004, o mecanismo da “súmula impeditiva de recurso”. Qualquer súmula criada pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é tomada como súmula impeditiva de recurso: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 518, do CPC, com redação alterada pela Lei 11.276, de 2006). A súmula impeditiva de recurso não impõe o entendimento dos Tribunais superiores aos inferiores, apenas possibilita que esses últimos, caso decidam de acordo com as súmulas editadas pelos primeiros, deixem de receber o recurso de apelação das respectivas decisões.

<sup>6</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (EC n.º 45/04).

Súmula corresponde a um pequeno resumo<sup>7</sup>. No âmbito judicial, trata-se da síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial, extraído de reiteradas decisões no mesmo sentido, sendo, normalmente, numerados. A súmula já era instrumento amplamente utilizado pelos órgãos judiciais brasileiros.

A novidade, trazida pela EC nº45/2004, está em dotar a súmula de caráter vinculante. O efeito vinculante, atribuído à sumula, implica que as cortes inferiores julguem em conformidade com o que foi decidido pelas cortes superiores. O objetivo é permitir tratamento igual para situações semelhantes, uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência<sup>8</sup>.

Assim como a súmula, o efeito vinculante, em si, já existia no ordenamento brasileiro. Foi introduzido em 1993, com a Emenda Constitucional nº 03, que acrescentou o parágrafo segundo ao art. 102 da CF/88, atribuindo eficácia vinculante às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal em Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC)<sup>9</sup>.

Com a edição da Lei 9868, de 1999, nos termos de seu art. 28, parágrafo único, o efeito vinculante foi estendido às decisões prolatadas em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI)<sup>10</sup>. Apesar das extensões, o efeito vinculante permanecia adstrito ao âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Foi apenas com a EC nº 45/2004 que o efeito vinculante pôde ser associado a súmulas, e transcender o controle concentrado. Importa anotar que apenas o Supremo Tribunal Federal pode editar súmula de natureza vinculante. De outro lado, as súmulas que já haviam sido elaboradas por este órgão permanecerão

<sup>7</sup> “Súmula: pequena suma”. “Suma: sinopse, resumo.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba, positivo, 2004).

<sup>8</sup> MACEY, R. Jonathan. *The internal and external costs and benefits of stare decisis*. Chicago, Law Review, vol. 65:93, 1989.

<sup>9</sup> “A grande inovação instituída pela EC 3/93, no entanto, concerne à outorga de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito — quer as que confirmam a constitucionalidade (juízo de procedência da ação), quer as que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais (juízo de improcedência da ação) — proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º).” (PET 1.402-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-3-98, DJ de 16-3-98).

<sup>10</sup> “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

com o caráter não-vinculante, a não ser que sejam submetidas ao procedimento adequado<sup>11</sup>, de que se passa a tratar.

Só se considera súmula vinculante a que seja editada pelo Supremo Tribunal Federal, em observância estrita do procedimento previsto pela Lei 11.417/2006, que regulamentou o art. 103-A, da CF/88, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante pelo STF.

Nos termos do diploma regulamentador, o STF pode, de ofício ou por provocação, editar, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, enunciado de súmula que terá efeito vinculante a partir da sua publicação na imprensa oficial. O efeito vinculante se dará em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário<sup>12</sup> e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas federativas<sup>13</sup>.

O objeto do enunciado da súmula vinculante limita-se à validade, à interpretação e à eficácia de normas constitucionais determinadas, em torno das quais haja controvérsia atual (relevante no momento em que se discuta o enunciado) entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública<sup>14</sup>, a qual acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão<sup>15</sup>.

Para editar, revisar ou cancelar o enunciado de súmula vinculante, necessária adesão de dois terços (oito) dos Ministros, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>, com prévia manifestação do Procurador-Geral da República, quando a proposta não for sua<sup>17</sup>. A decisão deve ser publicada até dez dias após a sessão plenária no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União, em sessão especial, com o respectivo enunciado<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 103-A, §1º, da CF/88.

<sup>12</sup> Importante lembrar que as turmas do STF, por constituírem órgãos do Poder Judiciário, encontram-se submetidas à vinculação.

<sup>13</sup> Art. 2º, *caput*, da Lei 11417, de 2006.

<sup>14</sup> Isso significa que a controvérsia tem que envolver órgãos judiciários diversos (por exemplo, dois Tribunais), ou um órgão judiciário e um administrativo. A controvérsia entre dois órgãos da Administração Pública não atende ao requisito imposto em lei.

<sup>15</sup> Art. 2º, §1º, da Lei 11.417, de 2006.

<sup>16</sup> Art. 2º, §3º, da Lei 11.417, de 2006.

<sup>17</sup> Art. 2º, §2º, da Lei 11.417, de 2006.

<sup>18</sup> Art. 2º, §4º, da Lei 11.417, de 2006.

Quanto à legitimação ativa para proposta de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o legislador<sup>19</sup> resolveu ir além do rol utilizado para propositura das ações do controle abstrato (art. 103), estendendo a legitimidade ao Defensor Público-Geral da União; e aos Tribunais<sup>20</sup>. Previu-se, ainda, a legitimidade ao município, incidentalmente no processo em que seja parte, para propor a edição, revisão ou cancelamento do enunciado de súmula vinculante<sup>21</sup>.

A regulamentação do instituto ainda contou com a incorporação do mecanismo da modulação de efeitos, já previsto para as decisões em sede de ADI e ADC<sup>22</sup>. O STF pode, valendo-se desse mecanismo, restringir os efeitos vinculantes, ou decidir que o enunciado só tenha eficácia a partir de outro momento oportuno, considerando-se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, se assim se pronunciarem dois terços (oito) dos Ministros<sup>23</sup>.

O efeito vinculante das súmulas é instrumentalizado pelo mecanismo da reclamação, que, uma vez julgada procedente pelo STF, repercute na anulação do ato administrativo ou na cassação da decisão judicial impugnada, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei 11417, de 2006<sup>24</sup>.

Todos esses requisitos, que compõem o procedimento previsto para a criação de uma súmula vinculante, separam-na das súmulas não-vinculantes, existentes no Brasil, mesmo as elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>19</sup> Art. 103-A, §2º. “Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade”.

<sup>20</sup> Art. 3º, da Lei 11.417, de 2006: “São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares” (grifo nosso, em destaque às figuras que exorbitam o rol do art. 103, da CF/88).

<sup>21</sup> Art. 3º, §1º, da Lei 11.417, de 2006, com a ressalva de que não se autoriza, com isso, a suspensão do processo.

<sup>22</sup> Art. 27, Lei 9868, de 1999.

<sup>23</sup> Art. 4º, da Lei 11.417, de 2006.

<sup>24</sup> Art. 7º, da Lei 11417, de 2006, *caput*: “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”. §2º: “Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Súmulas vinculantes. Natureza constitucional específica (art. 103-A, § 3º, da CF) que as distingue das demais súmulas da Corte (art. 8º da EC 45/04). Súmulas 634 e 635 do STF. Natureza simplesmente processual, não constitucional. Ausência de vinculação ou subordinação por parte do Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>.

Apenas no dia 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal fez uso do novo instrumento, com a edição dos três primeiros enunciados de súmula vinculante.

- **Súmula Vinculante 1:** OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ATO JURÍDICO PERFEITO A DECISÃO QUE, SEM PONDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DESCONSIDERA A VALIDADE E A EFICÁCIA DE ACORDO CONSTANTE DE TERMO DE ADESÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR 110/2001;
- **Súmula Vinculante 2:** É INCONSTITUCIONAL A LEI OU ATO NORMATIVO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPONHA SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS, INCLUSIVE BINGOS E LOTERIAS;
- **Súmula Vinculante 3 :** NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDE RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO<sup>26</sup>.

A incorporação do instituto das súmulas vinculantes, tal como acima delineado, não se deu sem disputas na comunidade jurídica brasileira, mas a hesitação inicial do Supremo Tribunal Federal em utilizá-lo parece ter tido efeito calmante sobre os opositores<sup>27</sup>.

Agora, no dia 30 de abril de 2008, prazo fatal para conclusão da presente pesquisa, o Supremo aprovou mais um enunciado de súmula vinculante.

<sup>25</sup>BRASIL. STF. Rcl 3.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-5-06, DJ de 2-6-06.

<sup>26</sup>Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>>.

<sup>27</sup> Cf. por todos: “o STF mostrou-se com parcimônia no uso de sua poderosa arma. Decantou três enunciados dentre aqueles que havia tomado como viáveis”. (MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Palestra proferida em 31.05.2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.)

**Súmula Vinculante 4:** SALVO OS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL<sup>28</sup>.

O enunciado foi sugerido pelo Ministro Cezar Peluso, atual vice-Presidente do STF e foi aprovado por todos os Ministros. O Ministro Gilmar Mendes, que tomou posse da Presidência do STF no dia 23 de abril de 2008, avalia que a decisão do Plenário, sobre a inconstitucionalidade do uso do salário mínimo como indexador, tenha repercussão sobre cerca de quinhentos e oitenta processos semelhantes, em tramitação no STF e outros dois mil e quatrocentos em tramitação no Tribunal Superior do Trabalho (TST)<sup>29</sup>.

A novidade quase escapa à presente pesquisa, limitada por um prazo apertado para conclusão. De qualquer modo, a análise proposta nesse item não se comprometeria.

Com alguns enunciados já aprovados, e outros tantos processos em curso, é provável que a doutrina brasileira ocupe-se com a discussão do conteúdo dos enunciados de súmula vinculante, oscilando entre aplausos e vaias – não é o bastante.

Um novo quadro foi pintado com a Emenda 45 de 2004, o quadro de uma jurisdição constitucional que pode mais: pode tornar o entendimento de onze ministros – acerca dos mais variados e complexos assuntos – obrigatório para toda a estrutura do Poder Judiciário e Executivo.

A expectativa sobre os entendimentos a serem veiculados/impostos através de súmula vinculante pelo STF pode obscurecer as implicações que a mera potencialidade do uso do instrumento já pode estar provocando, em ocasiões que a princípio não guardam qualquer relação com a súmula vinculante.

Na Reclamação 4335-5/AC, de 2007, acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mais especificamente, sobre as competências desse órgão e as do Senado em hipótese de controle difuso, alguns ministros esboçaram fragmentos importantes de sua concepção sobre o papel e os limites do STF. Na oportunidade, já se pôde sentir o efeito discursivo da súmula vinculante.

---

<sup>28</sup>Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106>>>.

<sup>29</sup>Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106>>>.

Segundo Gilmar Mendes, o Senado não pode, a partir da competência prevista no art. 52, X, da CF/88, “restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal”. A suspensão da execução da lei tem apenas o efeito de dar publicidade à decisão da Corte. Para o ministro, cabe ao tribunal definir os efeitos da decisão.

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica<sup>30</sup>.

Note-se, no trecho acima transcrito, que o Ministro vale-se do grande poder de que o Tribunal goza no controle concentrado (“suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional”); para justificar a interpretação ampliativa dos poderes do STF no controle difuso. O Ministro Eros Grau o acompanhou no que reconheceu constituir um quadro de verdadeira mutação constitucional<sup>31</sup>.

O então ministro Sepúlveda Pertence, na mesma ocasião, também reconheceu a prevalência do controle concentrado sobre o difuso e o caráter obsoleto do mecanismo de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei. Realçou, porém, que já não seria necessário combatê-lo por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, uma vez que a EC nº 45/2004 havia dotado o Supremo de um poder que dispensaria essa intervenção do Senado – a súmula vinculante<sup>32</sup>.

Não se tratou propriamente da edição de um enunciado de súmula vinculante, mas, ainda assim, o instituto foi utilizado: discursivamente. O Ministro argumentou que pela via da súmula vinculante, o STF se manifesta sem qualquer interferência do Senado Federal, superando-se assim a baliza do art. 52, X, da CR/88 e o próprio controle difuso.

Trata-se de mais um caso recente em que Ministros do STF atuam no sentido de concentrarem na Corte poderes reservados e, nesse caso, pela própria Constituição que alegam proteger, ao Poder Legislativo.

---

<sup>30</sup> Rcl 4335/AC. Informativo 463.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Rcl 4335/AC. Informativo 463.

Nota-se, assim, que a simples institucionalização da súmula vinculante, independentemente de seu efetivo uso, contribui para um maior e indesejável ativismo desse Tribunal, no raciocínio de que <<quem pode o mais, pode o menos>>.

Nesse ponto, a pesquisa alerta para a necessidade de se transcender a mera contabilização dos enunciados aprovados pelos Ministros. A utilização efetiva da súmula, a partir da edição de novos enunciados, pode não ser tão conveniente ao STF. Ao editar um enunciado, o STF cria balizas para as suas próprias turmas, que não poderão se manifestar de modo diferente enquanto o enunciado não for revisado ou cancelado.

A utilização discursiva do instituto pode colocar-se mais atraente, até porque as implicações que produz são mais sutis e, nem por isso, menos significativas.

#### 4.3

#### **Ambiente teórico favorável**

Outro fator que merece destaque como possível causa do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal corresponde ao ambiente teórico que vem se construindo no Brasil, favorável a uma espécie de protagonismo da Jurisdição Constitucional.

A tese de uma nova proposta para a compreensão e implementação do Direito (constitucional) tem ganhado cada vez mais espaço na discussão literária brasileira e mundial. Sob o rótulo de ‘neoconstitucionalismo’ se têm agrupado correntes e teorias (‘pluralidade de pensamentos’) que conclamam o Judiciário a atuar como protagonista da idéia de Estado Constitucional Social de Direito<sup>33</sup>.

A corrente neoconstitucionalista, já abordada nesse trabalho, recebeu uma versão brasileira, que vem se difundindo a passos largos, com o trabalho de divulgação de seus adeptos.

---

<sup>33</sup> TAVARES, André Ramos. Prefácio. In.: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

Nesse ponto, merece destaque o estudo do Prof. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito”, pela ampla divulgação editorial que teve, determinante para a difusão do discurso neoconstitucionalista no Brasil<sup>34</sup>.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>35</sup>.

No capítulo 2, antecipou-se que o Professor Barroso considera a Constituição de 1988 o “marco histórico” brasileiro do que chama de “novo direito constitucional”, cumprindo a função que o constitucionalismo do pós-guerra exerceu para a Europa.

De acordo com o Professor, “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”<sup>36</sup>.

No que se refere ao “marco filosófico”, mais um eixo em torno do qual se constrói o neoconstitucionalismo brasileiro, Barroso afirma cuidar-se do “pós-positivismo”. Para o autor, o marco constitui uma síntese entre o que chama de pensamento positivista e o jusnaturalismo, a qual formula nos seguintes termos: “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. O texto foi reproduzido em sete revistas brasileiras entre 2005 e 2007 ([http://biblioteca.senado.gov.br:8991/F/LI3XJGU261X1QHI6PCL7X1RKNL6GPFYHQBQRHXKX1AN9RXPI7Y74-01194?func=full-set-set&set\\_number=015629&set\\_entry=000030&format=999](http://biblioteca.senado.gov.br:8991/F/LI3XJGU261X1QHI6PCL7X1RKNL6GPFYHQBQRHXKX1AN9RXPI7Y74-01194?func=full-set-set&set_number=015629&set_entry=000030&format=999)), além de sua publicação em dois volumes coletivos e em vários sites da internet.

<sup>35</sup> Ibid., p.57.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 46.

<sup>37</sup> Ibid. p. 47. Barroso insere, assim, como característica do neoconstitucionalismo, uma postura teórica que supera a positivista; mas há neoconstitucionalistas, como Carbonnel, Ariza e Comanducci que se opõem apenas à postura positivista epistemológica. Essa observação se faz importante para comentários que virão após a exposição do estudo de Barroso.

Por fim, quanto ao “marco teórico”, Barroso aponta três grandes diferenciais do pensamento neoconstitucionalista, os quais podem receber a síntese: *i- consolidação da idéia de força normativa da Constituição*<sup>38</sup>; *ii- superação da supremacia do Poder Legislativo em prol de uma supremacia da Constituição, via proteção da jurisdição constitucional*<sup>39</sup>; *iii – reconhecimento da necessidade de uma nova interpretação constitucional*<sup>40</sup>.

A leitura que Barroso oferece ao neoconstitucionalismo encontra ecos na obra de outros autores e vai se colocando como uma espécie de voz uníssona no ambiente teórico brasileiro<sup>41</sup>.

A circunstância se deve principalmente à inexistência de um contra-discurso sistematizado na doutrina brasileira. Os autores que por ventura se oponham às premissas do neoconstitucionalismo ou estão silentes ou se manifestam de modo tão disperso que a aparente homogeneidade do discurso neoconstitucionalista não chega a se abalar.

Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, tece ácidas críticas à idéia de uma nova interpretação constitucional, uma das marcas do neoconstitucionalismo brasileiro.

Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. *Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis [...] coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição retrógrada” (Ibid. p. 49)

<sup>39</sup> Ibid., p. 50.

<sup>40</sup> Ibid. p.51 e ss.

<sup>41</sup> A título indicativo: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Disponível em:

<<[http://www.direitopublico.com.br/form\\_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos](http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos)>>

<sup>42</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação e sincretismo metodológico. In.: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

A iniciativa do autor é relevante no sentido de contribuir para que se evite, no seio da Teoria Constitucional brasileira, a formação, no mínimo suspeita, de um “senso comum teórico”<sup>43</sup>. Ademais despertou a necessidade de um incremento argumentativo do discurso neoconstitucionalista, até então não fomentada pela doutrina brasileira<sup>44</sup>.

Virgílio, entretanto, ataca apenas o ponto da nova interpretação constitucional, que não cobre toda a proposta do neoconstitucionalismo, em alta na Teoria Constitucional brasileira.

O discurso neoconstitucionalista, na concepção que tem recebido no Brasil, pretende se individualizar a partir do seu objeto de estudo, ou “marco histórico” (as constituições oriundas do segundo pós-guerra); do seu “marco filosófico” (pós-positivismo); e de suas propostas teóricas (valorização da Constituição enquanto norma, nova interpretação constitucional e papel alargado da jurisdição constitucional).

No que tange ao objeto de estudo, já foi reconhecido, até mesmo por alguns neoconstitucionalistas<sup>45</sup>, que a adoção das Constituições oriundas do segundo pós-guerra como objeto de estudo não é característica exclusiva dos autores que invocam para si o rótulo de neoconstitucionalistas.

Quanto ao “marco filosófico” do neoconstitucionalismo, o caminho seguido por Barroso para explicar a idéia de pós-positivismo mostra-se, por vezes, delicado. O autor não retrata a distinção importante que positivistas, como Kelsen, realizam entre Direito e Ciência do Direito<sup>46</sup>. Assim, ao articular frases como “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o

<sup>43</sup> Sobre a idéia de “senso comum teórico”, cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 57-100.

<sup>44</sup> Ao descrever a sua proposta de uma nova interpretação constitucional, Barroso já sentiu a necessidade de justificar as constantes referências estrangeiras e a impossibilidade de construção de um modelo interpretativo puro, em resposta, exatamente, à crítica de Virgílio sobre um certo “sincretismo metodológico” reinante no Brasil. “Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, ‘Interpretação constitucional e sincretismo metodológico’ [...]” (BARROSO, Luís Roberto. Em nota de rodapé nº 19. op. cit., p. 53).

<sup>45</sup> Cf., por todos, CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 11.

<sup>46</sup> “Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfrei*)” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Op. Cit., p.89).

da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça [...]”<sup>47</sup>, dá ensejo a leituras caricatas do pensamento que pretende superar.

O neoconstitucionalismo de Carbonell, por exemplo, afasta-se de uma rejeição mais rápida ao deixar claro que a postura positivista que pretende superar é a metodológica, pretensamente neutra, contemplativa; e não a teórica, tendo em vista que os positivistas incorporam uma noção bem alargada de criação do Direito, da conexão entre Direito, Moral e Política.

A despeito dos reparos acima efetuados, o que mais interessa à presente investigação é a proposta neoconstitucionalista em torno do papel da jurisdição constitucional.

Na linha que tem sido difundido no Brasil, o discurso neoconstitucionalista propugna pela presença de uma nova “onda constitucional”, que, além de novas Constituições, trouxe um novo modelo, centrado na <<supremacia da Constituição>>, cuja proteção se atribui ao Judiciário. O adjetivo “novo” sugere contraposição a um modelo antigo, que, segundo Barroso, corresponde ao modelo de <<supremacia do Poder Legislativo>><sup>48</sup>.

O antagonismo articulado entre <<supremacia do Poder Legislativo>> e <<supremacia da Constituição>>, aliado ao estabelecimento de uma conexão íntima entre <<supremacia da Constituição>> e Poder Judiciário revela algumas premissas que precisam ser problematizadas.

Inicialmente, deve-se destacar das relações acima uma visão depreciativa do Poder Legislativo, cuja supremacia é tida como antagônica à supremacia Constitucional. Por que atribuir a última palavra a uma Corte Constitucional é fazer imperar a supremacia constitucional e não a supremacia judicial? Há, subjacente a essa conexão, a idéia de que o Poder Legislativo está mais sujeito, em suas deliberações, a comprometer a Constituição do que o Poder Judiciário.

Tal idéia remonta a leitura de Dworkin, segunda a qual os Tribunais constituem os fóruns de princípios adequados aos argumentos constitucionais. Nem Dworkin, nem seus possíveis seguidores neoconstitucionalistas, chegam a assumir categoricamente que as Cortes Constitucionais sejam o único fórum apropriado, mas inspiram e naturalizam uma vivência da Constituição deferente à leitura realizada pela Corte Constitucional.

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 47.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 50.

No Brasil, mesmo fora do contexto das súmulas vinculantes, assiste-se a uma ampla subordinação da comunidade jurídica ao Supremo Tribunal Federal, por vezes, estimulada pela própria Corte, vide exemplo da Reclamação nº 4335/AC, já mencionada neste trabalho, por meio da qual foi impugnada a decisão de um juiz de primeira instância que não observou o entendimento que o STF externou em sede de controle difuso.

A reclamação, nos termos do art. 102, I, alínea “I”, CF/88, corresponde a uma via processual destinada à preservação da competência do STF e à garantia da autoridade de suas decisões. O órgão competente para apreciar a reclamação é o próprio STF, em exercício de sua competência originária.

Mas quais são as competências do STF? Sem hesitação, pode-se afirmar: são aquelas que a Constituição lhe atribui. E quem dá a palavra final sobre o que a Constituição diz? No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, já que a própria Constituição lhe confere a competência precípua de realizar a sua guarda (art. 102, *caput*, CF/88).

Essa rede de conexões coloca a problemática da jurisdição constitucional. No exemplo da reclamação 4335/AC, o STF entendeu que a competência para suspender a execução de lei que tenha declarado inconstitucional, em controle difuso, é sua, e não do Senado, a despeito da literalidade do art. 52, X, CF/88.

A postura da Corte revela um ponto muito sensível. Ao esvaziar uma competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, o STF demonstra incorporar a idéia de que representa o fórum mais apropriado para discussão pautada em argumentos constitucionais, o que se pode deduzir também a partir de outras manifestações dos Ministros.

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES )<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Citado na Reclamação (Rcl 2986 MC/SE), Rel. Celso Mello, 2005.

Com amparo nessa idéia, o STF se vale do instrumento da reclamação para tornar impositiva a leitura que realiza da Constituição, ainda que não venha acompanhada de efeito vinculante.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante [...] <sup>50</sup>

Sob a crença, difundida pelo neoconstitucionalismo, de que a supremacia da Constituição é respeitada quando as decisões do STF o são (“a não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição”) <sup>51</sup>, privilegia-se no Brasil uma relação de imposição, entre órgão supremo e demais órgãos do Poder judiciário, não observada em outros ordenamentos jurídicos, também adeptos do sistema misto de controle de constitucionalidade <sup>52</sup>.

Sobretudo, constrói-se um ambiente teórico que naturaliza as investidas do STF em direção a algo como um exclusivismo moral, supostamente necessário ao modelo de supremacia da Constituição, em detrimento de um malfadado modelo de supremacia do Poder Legislativo.

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter <sup>53</sup>.

<sup>50</sup> (Rcl 2986 MC/SE), Rel. Celso Mello, 2005.

<sup>51</sup> RE 203.498 – AgR/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes.

<sup>52</sup> Em Portugal, por exemplo, a articulação entre controle concentrado e difuso ocorre por um processo de generalização, em que o Tribunal Constitucional, após considerar uma norma inválida em três casos concretos, pode fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma (art. 281.3, da Constituição Portuguesa: “Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”). Esse processo permite uma articulação em que o órgão máximo, em controle abstrato, deixa-se influenciar por razões obtidas em caso concreto – de baixo para cima; movimento inverso do que é verificado no Brasil.

<sup>53</sup> WALDRON, JEREMY. *A dignidade da legislação*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

Não se trata de negar a importância da Jurisdição Constitucional, nem de negar-lhe a possibilidade de realizar uma leitura moral da Constituição. Afinal de contas, no caso brasileiro, a própria Constituição, com a sua larga pauta material, abre espaço para uma atuação mais ampla da Jurisdição Constitucional. Trata-se de sinalizar que essa ordem de circunstâncias não requer, como sugere o neconstitucionalismo, nem autoriza o protagonismo da Jurisdição Constitucional.

Se a linguagem aberta ou substantiva da Constituição permite que um Tribunal realize uma leitura moral desse texto, como pretende Dworkin, e os neoconstitucionalistas, é o caso de se estender essa leitura a todos os atores políticos de uma sociedade e não de torná-la monopólio da Jurisdição Constitucional, pois a moralidade política é objeto de desacordo<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 5.