

## 2.

### **Jurisdição Constitucional: Os progressivos questionamentos de legitimidade democrática. A busca pelo *weak judicial review***

Como visto no capítulo anterior, os aspectos atualmente tidos por questionáveis do controle judicial da constitucionalidade das leis surgiram praticamente com o nascimento do *judicial review*. A ausência de uma previsão expressa na Constituição norte-americana sobre sua possibilidade e, mais ainda, sobre seu caráter vinculante e final, contribuiu para o crescimento, em escala de abrangência e complexidade, do debate a ser analisado nesta seção.

Esmiuçar seus detalhes pressupõe um exercício de análise ampla do desenvolvimento qualitativo do instituto e da sua aplicação concreta, principalmente em face da maior proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. A seguinte questão se impõe: nos países onde existe há mais tempo, o *judicial review* efetivamente revela um histórico de atuação em prol do desenvolvimento e proteção maior aos direitos?

Pode não haver uma resposta definitiva para esse questionamento, mas certamente existem fortes argumentos que amparam aqueles que se posicionam negativamente, fazendo-o com base em dados empíricos e fundamentos de cunho doutrinário<sup>48</sup> que revelam pontos de colisão entre o *judicial review*, democracia e evolução efetiva na tutela de direitos.

Realmente, tão importante quanto analisar os resultados das decisões que essa forma de solução de controvérsias legais e constitucionais trouxe em determinado local e período, é enfocar a verificação doutrinária de sua relação com a democracia, se de tensão, exclusão ou reforço. Existem aqueles que defendem essas três possibilidades. Expor, resumidamente, as principais visões em defesa e contrariedade ao *judicial review* é tarefa nada fácil, pois exige a apresentação das distintas e principais óticas de ponderação dos ganhos e perdas que essa prática enseja para o ideário de participação popular nas decisões estatais e deliberação pública igualitária e irrestrita.

---

<sup>48</sup> Os fundamentos e dados empíricos pertinentes a esta problemática serão apresentados no decorrer do capítulo.

Por trilhar caminho oposto ao da atividade deliberativa, dada a considerável concentração de poder decisório do sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis, mostra-se necessário, então, analisar como o mesmo é enxergado na realidade norte-americana, seu berço de nascimento, onde a contraposição entre democracia e *judicial review* é objeto de amplo debate acadêmico, com posições de respeito sustentadas em sentidos contrapostos.

Pelo olhar dos defensores da intervenção judicial na solução de eventual incompatibilidade entre lei e constituição, tal modelo de solução de controvérsias não só é garantidor da democracia, como amparado e encorajado pela mesma, e assim o é tanto pelas credenciais democráticas das autoridades incumbidas de designar os componentes da Suprema Corte quanto pela alegada função “contramajoritária” da jurisdição constitucional.

Já para os opositores do controle de constitucionalidade, apartar a sociedade das decisões definitivas sobre o delineamento das normas de conduta em prol de instituições isentas de responsabilidade e de composição não escolhida pelo povo consubstancia enfraquecimento prático e efetivo da democracia, ainda que a resposta final dada seja positiva.

Logo, neste capítulo, relevante será o empreendimento de um estudo aprofundado de alguns aspectos do debate que toma conta do direito norte-americano em grande parte do final do século XX e início do século XXI, mas que hoje em dia vem abrindo espaço para alternativas conciliatórias, o que revela alguns focos de esgotamento de ambos os lados da contenda.

A importância desse estudo para o presente trabalho repousa no fato de que o gradual reconhecimento científico de imperfeições democráticas no modelo básico de jurisdição constitucional, aliado a seu desempenho histórico, contribuiu, sem dúvidas, para a construção de fundadas e bem elaboradas críticas ao mesmo, das quais algumas das mais conhecidas (mas não isentas de falhas), a serem apresentadas nesta oportunidade, configuraram o ponto de transição para a busca por soluções intermediárias iniciada nos países onde hoje vigoram os diálogos institucionais.

De similar modo pelo qual o regime de soberania parlamentar sofreu duras críticas no período pós guerra, acusado de se mostrar insuficiente para impedir a

barbárie fascista, a jurisdição constitucional, principalmente a norte-americana, se deparou, com mais vigor a partir dos últimos trinta anos do século XX, com uma série de resistências acadêmicas, incentivadas, em muito boa parte, pelos diversos retrocessos<sup>49</sup> que sua alegada “anemia democrática” teria causado em algumas realidades sociais.

Como se sabe, em um primeiro momento, disseminou-se o panorama global de questionamentos ao modelo de soberania parlamentar prevaiente até meados dos anos 40. Posteriormente, abraçou-se, também em escala quase mundial, um modelo de controle judicial da constitucionalidade das leis que não tardou em muitos anos em revelar contestações em face de seus déficits democráticos. Certamente a terceira fase ora em delineamento não trilhará um caminho de retorno ao primeiro modelo. Essa não é essa a tendência do constitucionalismo contemporâneo.<sup>50</sup>

Prova disso, e relevante salientar nesse momento, é que o debate a ser explicado abaixo, embora ainda exista, perdeu suas doses de radicalismo (ou possivelmente nunca o teve de modo expressivo) por parte de muitos componentes dos dois pólos de argumentação. Na atualidade, grande parte dos estudiosos do direito constitucional e da teoria do direito contemporâneos defendem soluções conciliatórias para a solução de controvérsias entre a Constituição e a Lei. Daí o advento progressivo dos modelos dialógicos a serem estudados no capítulo seguinte.

Despertou-se para a necessidade de se deixar de dar primazia à busca pela palavra final em constantes situações de disputa de poder entre instituições distintas. Mais do que isso, o constitucionalismo de hoje começa a pregar que os órgãos estatais devem, tanto quanto possível, empreender esforços para colaborar entre si em prol de um mesmo desiderato de efetivação de direitos.

---

<sup>49</sup> Notadamente, restrições e limitações a direitos fundamentais delineados legislativamente. Vide cap. 2. Item 2.1, a.

<sup>50</sup> Mas talvez ainda seja cedo para se afirmar se de fato já há uma tendência consolidada. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos alerta que, em razão de uma visão extremamente ocidental das ciências sociais, os estudos nesta área feitos hoje em dia com fins de contribuir no desiderato de compreender e concretizar uma sociedade melhor encontram-se obsoletos, parados no tempo, não havendo uma só idéia nova produzida por ramos científicos como a sociologia, o direito, a antropologia etc., o que demonstra ser imperiosa a criação de novas formas de produção de conhecimento: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Biotempo Editorial, 2007, pgs. 19/20.

Nesse norte, se não concretizado o respeito e consideração aos direitos, as instituições, em sua totalidade, acabam por se revelar desacreditadas, situação que torna secundária a preocupação de identificar qual delas detém supremacia sobre as outras, já que a função protetiva primordial não será cumprida a contento por nenhuma.

## 2.1.

### **Reconhecimento de déficits democráticos da Jurisdição Constitucional no direito norte-americano. A contestação ao *judicial review*. As lições de Jeremy Waldron e John Hart Ely**

#### 2.1.1.

#### **Os Estados Unidos da América como epicentro do debate sobre a legitimidade da Jurisdição Constitucional**

É interessante observar que, embora acatado de forma sistemática em grande parte das democracias tradicionais e das democracias recém implementadas, o modelo básico de controle de constitucionalidade - ao menos nos aspectos da supremacia da constituição, supremacia judicial, controle da lei e defesa de direitos e garantias fundamentais - vê-se contestado de forma mais expressiva justamente em seu país de nascimento. Nos EUA, é amplamente questionada a legitimidade democrática desta prática de solução de controvérsias legislativas.

Esse fenômeno não é mera obra do acaso, mas sim tributário do caráter político da jurisdição constitucional norte-americana, favorecida pela larga margem de possibilidades interpretativas trazidas pela tradição do precedente, onde vigora um processo de decisão indutivo, empiricamente fundamentado e aberto.

Em contraposição, na Europa continental vigora a jurisdição da *civil law*, onde não há vinculação a precedentes e a adstrição do trabalho judicial ao texto constitucional e às leis possui uma força de vinculação e previsibilidade mais visualizável de antemão, de modo que a interferência política de cortes constitucionais como o Tribunal Constitucional alemão é mais branda.

Além disso, a menor dificuldade de reforma constitucional na Alemanha, França e outros países da Europa Continental, somada a fatores estruturais e institucionais que dão maior base de legitimidade democrática aos magistrados constitucionais (como a necessidade de aprovação da nomeação por dois terços do parlamento) e, ainda, à configuração de uma menor divisão social quanto aos valores fundamentais a serem preservados, tornam a resistência às decisões proferidas por referidas cortes mais amenas, o que não significa dizer que elas inexistem.<sup>51</sup>

De modo contrário, do outro lado do Atlântico a jurisdição constitucional estadunidense tem sido objeto de intenso debate por ser tida por bem mais indevidamente política e criativa do que sua contraparte européia. Tal situação é agravada, segundo ensinamentos de Michel Rosenfeld<sup>52</sup>, pela ampla divisão da sociedade norte-americana quanto a certos valores fundamentais, o que acaba se refletindo em discussões levadas à última instância judicial, com desfecho que quase sempre desagrada a parte perdedora.

O alegado retrocesso produzido por recentes decisões tidas por conservadoras fez nascer uma opinião forte na academia norte-americana no sentido de que o apogeu do *judicial review* corresponde a um período curto e já ultrapassado, pois restrito à Presidência de Earl Warren (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986).

Earl Warren esteve à frente da Suprema Corte em um momento de grandes transformações sociais e econômicas para os Estados Unidos e o mundo, época não por acaso conhecida por “Era de Ouro”<sup>53</sup>. As decisões judiciais norte-americanas tomadas nesse período singular entrariam para a história como uma sequência de marcos de reconhecimento de novos direitos humanos fundamentais

<sup>51</sup> Nesse sentido, a reação social à decisão do Tribunal Constitucional alemão no sentido de retirar crucifixos de salas de aula merece destaque (BverFGE I, 1995). Um exame detalhado da decisão é encontrado em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14527/o-caso-dos-crucifixos-um-jeitinho-alemao>. Acesso em 13/02/2011. Michel Rosenfeld explica que, em que pese a divisão política da sociedade ser maior nos EUA, a jurisdição do Tribunal Constitucional Alemão, à medida que se expande, parece cada vez fadado a encontrar dificuldades na busca de consenso, como no caso em referência. ROSENFELD. Op. Cit., p. 187.

<sup>52</sup> O mesmo autor exemplifica como controvérsias que revelam a divisão política da sociedade norte americana, entre outras, as reinvidicações de grupos como movimentos feministas, ativistas gay, ativismo religioso que prega os valores tradicionais da família, ativismo ambiental, defensores de ações afirmativas, etc. ROSENFELD. Op. Cit., pgs. 213/214.

<sup>53</sup> A expressão é do historiador Eric Hobsbawm. HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos. O breve século XX 1914-1991**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. Capítulo 9.

e releituras interpretativas mais abrangentes de direitos fundamentais tradicionais, como o direito de igualdade.

Não por acaso, a corte Warren conseguiu notáveis avanços em matérias como arbítrio policial, direitos e garantias de pessoas processadas criminalmente, limites à “caça as bruxas” promovida em plena Guerra Fria, reordenação dos distritos eleitorais, consagração da liberdade de expressão, limites à superação da inviolabilidade domiciliar, entre outros.

Todavia, foi sua posição firme em favor da dessegregação racial no caso *Brown vs. Board of Education* (de 1954), superando a doutrina conservadora do *equal but separated*, que até então tinha o aval da mesma Corte desde o caso *Plessy vs. Ferguson* (de 1896), que marcou sua principal contribuição para o direito constitucional norte americano e para os direitos civis.

Esse fenômeno duradouro fez surgir uma concepção tentadora, e por vezes vista como perigosa, de que uma corte de justiça progressista e ativista poderia promover a revolução humanista que o Poder Legislativo até então não fora capaz de fazer. O modelo de corte suprema como instituição começou a causar a sensação de que o processo judicial seria a forma conhecida mais eficaz (senão única) de resolver determinadas questões constitucionais.

Como lembra Luis Roberto Barroso, essa tendência ativista começou a apresentar os primeiros sinais de refreamento nos EUA já na gestão seguinte, correspondente à presidência de Warren Burger (1969 – 1986), que, por suas ligações republicanas e compromissos com uma agenda conservadora, conseguiu, embora em muitos aspectos de forma ao menos moderada, impor freios a tendências liberais notadamente em temas como direitos de pessoas processadas criminalmente e ações afirmativas.<sup>54</sup>

Todavia, curiosamente, foi durante a presidência de Burger que a Suprema Corte impôs uma derrota ainda não esquecida aos conservadores, qual seja, o reconhecimento, com fundamento no direito constitucional da privacidade decorrente da cláusula do devido processo legal, do direito das mulheres ao aborto no famoso caso *Roe vs. Wade* (1973).

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 329.

A presidência seguinte coube a William Rehnquist (1986 – 2005), e se destaca como uma das mais influentes da história, sendo marcada por um ativismo judicial conservador que deu continuidade ao projeto político republicano do Presidente Ronald Reagan, pois demonstrou nítidas posturas de auto-contenção e deferência ao Poder Executivo.

Embora tenha atravessado fases diversas, a gestão de Rehnquist cumpriu de modo geral as expectativas conservadoras principalmente em matérias como federalismo (se inclinando em favor dos estados e anulando de forma frequente a legislação federal), direito processual penal, ação afirmativa, direitos ligados à liberdade sexual e religião. Contudo, não conseguiu atender a obsessão republicana de reformar *Roe vs. Wade* e abolir o direito ao aborto. O jurista Luis Roberto Barroso bem apresenta, com exemplos, o legado deixado pelo ativismo conservador da corte de Rehnquist:<sup>55</sup>

A corte foi contemporânea e em alguns momentos, protagonista do avanço do pensamento conservador. Especialmente depois que Antonin Scalia e Clarence Thomas foram nomeados, muitas conquistas liberais foram abaladas. Ações afirmativas passaram a ser mais difíceis de implementar. As garantias dos acusados em processos criminais passaram a ser interpretadas de maneira mais estrita. A separação entre Igreja e Estado se tornou mais tênue. O ativismo conservador da corte levou-a a invalidar inúmeras leis que favoreciam os direitos civis, em nome de um novo federalismo. Por fim, é impossível não registrar o maior peso que concepções e interesses partidários passaram a ter na formação das convicções da Corte. Em *Clinton vs. Jones*, a Corte afirmou que o Presidente dos EUA – no momento um democrata – podia ser demandado judicialmente por fatos não relacionados ao exercício do cargo e mesmo por fatos anteriores à posse. Mas, em *Cheney vs. USDC for District of Columbia* (2004), reconheceu privilégio executivo ao Vice-Presidente republicano, Dick Cheney. Mais dramática foi a interferência da Suprema Corte no resultado das eleições presidenciais, em *Bush vs. Gore* (2000), um exercício pleno de poder político e de mau direito.

Tal tendência, não só foi mantida, como fortalecida pela gestão seguinte e correspondente ao período atual. De fato, sob a Presidência de John Glover Roberts Jr. (2005 até os dias atuais), outro magistrado ligado ao pensamento conservador na política e no Direito, a corte acena para um perfil amplamente concatenado com as ânsias conservadoras na América do Norte.

Realmente, embora marcada por sucessivas decisões com placares apertados (geralmente 5x4) e seja de formação ainda relativamente recente para ser

---

<sup>55</sup> BARROSO. Op. Cit., pgs. 338/339.

analisado seu papel sob um prisma histórico, a composição atual da Suprema Corte, segundo dados levantados por Luis Roberto Barroso, já mostrou a que veio em decisões restritivas de direito envolvendo temas como aborto, liberdade de expressão, condenações penais, invalidação de programas de integração racial nas escolas, imposição de obstáculos à abertura de processos judiciais contra executivos suspeitos de fraudes com valores mobiliários, acesso ao judiciário em geral, entre outros.<sup>56</sup>

Assim, mais do que a situação atual, o panorama global do histórico de decisões da Suprema Corte do país fundador das bases do constitucionalismo moderno demonstra que seu *judicial review* constitui um instrumento de decisão que, de modo concreto, tem-se revelado mais como provedor de restrições a direitos e garantias fundamentais do que o contrário, situação que põe em cheque a eficácia justamente da finalidade maior do instituto.

Em convergência a essa constatação veio o resultado de uma pesquisa encomendada pelo jornal americano *New York Times* e empreendida por estudiosos da *Northwestern University* e da *Chicago University*, na qual foram analisadas 1.450 decisões da Suprema Corte desde 1953. A conclusão dos pesquisadores foi de que a porcentagem de casos relacionados a interesses comerciais cresceu durante a Presidência Roberts, assim como igualmente cresceu o número de casos em que os interesses corporativos saíram preservados, sobretudo nos processos de interesse da Câmara de Comércio do país.

Esses dados são trazidos pelo historiador Edward A. Purcell Jr.. Segundo suas palavras, os tribunais estadunidenses se moveram politicamente para a direita, revelando uma postura majoritariamente conservadora e concatenada com os interesses dos grandes conglomerados econômicos. Tal situação cria um contexto de litigiosidade restritiva não só às pretensões deduzidas contra grandes empresas, mas também até mesmo prejudicial aos mais tradicionais direitos civis.<sup>57</sup>

Além do evidente viés “pró-mercado” e “pró-governo” revelado empiricamente pela jurisprudência da Suprema Corte pelo menos ao longo dos últimos 30 anos de sua história, é detectável uma tendência de “auto-colocação”

---

<sup>56</sup> BARROSO. Op. Cit., p. 340.

<sup>57</sup> A pesquisa do jornal *New York Times* e os apontamentos do historiador Edward Purcell Jr. são objeto de matéria publicada no site Consultor Jurídico. Link <http://www.conjur.com.br/2011-fev-13/entrevista-edward-purcell-jr-historiador-justica-estados-unidos>. Acesso em: 15 mar. 2011.

da corte como a grande e única protagonista da atividade de interpretação do que é o direito, em fenômeno denominado pelo jurista Mark Tushnet de “autoritarismo constitucional”.<sup>58</sup>

Citando os exemplos das invalidações da Lei de Restauração da Liberdade Religiosa (*City of Boerne vs. Flores*, ano de 1997), de um Dispositivo da Lei Federal de Violência contra a Mulher (*United States vs. Morrison*, ano 2000), e da recusa em reverter *Roe vs. Wade* (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 1992), Tushnet revela como sua maior preocupação a resistência da corte em reconhecer qualquer grau de legitimidade ao exercício de interpretação do direito por parte de outros poderes que não o Judiciário, mesmo o Poder Legislativo<sup>59</sup>. Ou seja, o autoritarismo constitucional rejeita qualquer forma de diálogo entre as instituições.

Soma-se a isso a clássica essência de oposição ao *judicial review*, no que diz respeito à sua intromissão política e o caráter anti-democrático das deliberações judiciais. Chega-se a um ambiente que logicamente favorece o incremento acadêmico de posições, senão contestadoras do próprio instituto, pelo menos combativas da forma como o mesmo vem sendo utilizado. Há espaço até mesmo para um revisionismo histórico que coloca em cheque os fundamentos de *Marbury vs. Madison*, conforme premissas fixadas pelo jurista Larry Kramer.<sup>60</sup>

Nesse diapasão, também ganham importância e destaque teorias encampadoras de maiores restrições ao controle de constitucionalidade em homenagem à democracia e soberania popular. Dentre elas, merecem especial menção as produzidas pelos juristas Jeremy Waldron e John Hart Ely.

O primeiro, por conseguir condensar de forma contundente as mais incisivas críticas ao instituto encampadas pelos opositores, sem olvidar a fixação de marcos teóricos de amadurecimento político e social, que, se verificados, revelam a prescindibilidade da revisão judicial das leis. O segundo fixa parâmetros de índole procedimental para moderar o controle de constitucionalidade apenas a casos muito específicos. Ambas as teorias serão analisadas a seguir.

<sup>58</sup> TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review. Uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 240.

<sup>59</sup> Nesse sentido, o autor menciona a conclusão do primeiro dos precedentes citados, no qual a corte decidiu de forma unânime que o Congresso não poderia implementar a liberdade religiosa ao “mudar o que o direito é”. TUSHNET. Op. Cit., pgs. 239/240

### 2.1.2.

#### **As críticas à Jurisdição Constitucional de Jeremy Waldron: as quatro pressuposições para o afastamento do controle de constitucionalidade**

Jeremy Waldron é professor da Faculdade de Direito da Universidade de *New York* e, a exemplo de muitos membros da academia norte-americana, milita abertamente contra o caráter expansivo do *judicial review* e as consequências tidas ilegítimas e anti-democráticas dessa forma de resolução de conflitos.

Embora reconheça que o *judicial review* tem em seu legado judicial norte-americano decisões justas e emblemáticas como os célebres casos *Brown vs. Board of Education* e *Roe vs. Wade*, Jeremy Waldron reconhece que esta circunstância não é um diferencial qualitativo da maioria das soluções legislativas oriundas de um processo político responsável e democrático.

De fato, a exemplo de Mark Tushnet<sup>61</sup>, advoga a conclusão de que os avanços trazidos pela jurisdição constitucional não só são pontuais, mas fatalmente alcançáveis através das experiências das lutas contra injustiças levadas a cabo pela própria sociedade civil. Em defesa de tal assertiva, mira nas situações históricas de democracias igualmente consolidadas onde vigoram regimes distintos de resolução de controvérsias legais.

Assim, estabelece como premissa de seus estudos o fato de que a anulação judicial da legislação é um modelo inapropriado de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. É um procedimento que, a seu ver, além de correr o risco de também trazer soluções injustas, sofre de considerável déficit democrático.

O autor vê com estranheza a solução de impor à supremacia legislativa o ônus de funcionar sob o risco da palavra final anulatória por parte de juízes não eleitos e não responsáveis, pois isso seria um total contra-senso às premissas mais comezinhas da teoria política. Em sua concepção, o *judicial review* é um instituto desviante na democracia norte-americana. Eis algumas de suas palavras:<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> KRAMER. Op. Cit., p. 85.

<sup>61</sup> TUSHNET. Op. Cit., p. 241.

<sup>62</sup> WALDRON. Op. Cit., p. 94.

Neste ensaio, argumentarei que o judicial review é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos: pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direito.

Sob sua ótica, a qualidade e responsabilidade que devem nortear os grandes debates e decisões representativas está também presente em democracias consolidadas, onde a produção legislativa funciona com inequívocos sinais de amadurecimento e abertura de igualdade de condições de participação à toda sociedade organizada. Seria um erro, em seu ponto de vista, privilegiar, em tais contextos, a invalidação final da legislação por parte do Poder Judiciário.

Assim, chama o leitor a ponderações em prol de regimes constitucionais democráticos onde o próprio povo resolve os seus principais conflitos sociais - aborto, casamento gay, ações afirmativas, discurso do ódio, financiamento de campanha, entre outros - dentro de atividades de deliberações públicas, valendo-se de instituições majoritárias típicas e de um detalhado, amplo e sério debate, cuja qualidade fulmina o embasamento empírico de qualquer alegação de que os legisladores seriam incapazes de abordar tais questões de forma responsável, tal como o Judiciário. Em uma de suas mais famosas ponderações, fixa o seguinte:<sup>63</sup>

De fato, dizemos algumas vezes que os britânicos são retrógrados por não procederem dessa maneira. Mas a diferença chave entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial norte-americano é que este último está principalmente preocupado com interpretação e doutrina, enquanto naquele debate os agentes que decidirão são capazes de focalizar firmemente na própria questão do aborto e naquilo que acarreta – no status ético do feto, na situação da mulher grávida e na importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, nos conflitos e dificuldades morais que tudo isso envolve e nas questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria desempenhar com relação a questões morais privadas. Tais são as questões que certamente precisam ser debatidas quando a sociedade está decidindo sobre o direito de aborto e tais são as questões às quais se dedica mais tempo nos debates legislativos e menos tempo nas deliberações judiciais.

---

<sup>63</sup> WALDRON. Op. Cit., p. 133.

Jeremy Waldron expõe seus argumentos não de forma isoladamente teórica, mas sim valendo-se de exemplos concretos bem sucedidos de debates públicos que resultaram em tomadas de decisões políticas importantes em determinados contextos sociais, tais como o debate que precedeu a legalização do aborto na Inglaterra dos anos 60<sup>64</sup> e o debate ocorrido, no mesmo país, a respeito da reforma da lei dos homossexuais, iniciado em 1957 pela *Wolfenden Report*.

O autor trabalha na construção de uma teoria crítica à jurisdição constitucional que não se apóia em fatores históricos e em contestações a seus efeitos específicos. Busca, enfim, mais do que contestações casuísticas apoiadas em resultados concretos negativos trazidos por esta forma de resolução de conflitos.

Nesse diapasão, o professor da Universidade de Nova York estabelece quatro premissas, que, se satisfeitas, tornam, em sua concepção, a oposição à revisão das leis por juízes democraticamente justificável. Eis seu raciocínio<sup>65</sup>:

Deixe-me expor resumidamente as quatro pressuposições que farei. Devemos imaginar uma sociedade que possua: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a idéia de direitos.

Na pressuposição “1” (presença de instituições democráticas), Waldron parte do princípio de que a sociedade deve possuir instituições representativas amadurecidas pelo processo histórico de construção da democracia, em boas condições de funcionamento, portanto. Há clara necessidade de adoção de institutos como voto universal adulto e sistema eficiente de representatividade.

O aparelho legislativo, a despeito de poder estar sujeito a um contínuo processo de aprimoramento e controle social, deve possuir força institucional para

---

<sup>64</sup> WALDRON. Op. Cit., p. 95.

<sup>65</sup> WALDRON, Op. Cit., p. 106.

decidir questões difíceis. Igualmente, procedimentos legiferantes bem elaborados e garantia de oitiva da sociedade civil não de estar inseridos na dinâmica decisória.

A pressuposição “2” (instituições judiciais) significa que o autor advoga a necessidade de existência de instituições judiciais bem estabelecidas e independentes, com condições boas de funcionamento e autorizadas a rever as decisões do Poder Executivo. Jeremy Waldron até mesmo faz concessões, admitindo a possibilidade de reexame da legislação pelo Judiciário. Inadmita, todavia, que tal atribuição seja vinculante e final.

A pressuposição “3” (comprometimento com direitos) evidencia a existência de um comprometimento forte de grande parte da sociedade com direitos individuais e das minorias. Tal não pressupõe, necessariamente, uma carta de direitos escrita e petrificada, mas envolve a consciência de uma preocupação mundial com a provedoria dos direitos humanos, com a qual a sociedade deve alinhar-se.

A pressuposição “4” certamente é a mais delicada. Com ela, Waldron reconhece que o consenso sobre certos direitos não implica ausência de controvérsia quanto ao correto âmbito de aplicação e interpretação dos mesmos. Ao revés, esta espécie de discordância existe, assim como existem discordâncias quanto à existência ou não de determinados direitos. Seria o caso, por exemplo, de aborto, ações afirmativas, união homoafetiva, políticas de mercado intervencionistas, etc.

Releva salientar que tais discordâncias, embora envolvam um grau sério de tensão dialética, devem, para atender as premissas de Waldron, ser munidas de boa-fé. Ou seja, as discordâncias devem ter fundamentos razoáveis, de modo que as partes, mesmo que adversárias no debate, levem os direitos e argumentos uns dos outros a sério.

Jeremy Waldron vê o processo deliberativo social, nos exatos termos acima, como algo natural, na medida em que a pressuposição da discordância está adstrita à incapacidade dos textos constitucionais de resolver grandes questões de direito de modo inquestionável, trazendo dúvidas fundadas nas mentalidades de pessoas sensatas.

Assim, seriam exemplos de questionamentos legítimos indagar se o direito ao devido processo legal substancial engloba o direito ao aborto (tema nuclear de *Roe vs. Wade*, de 1973) e qual seria o significado da expressão “castigo cruel e não usual” de que trata a constituição americana no regramento da pena de morte (tem nuclear de casos envolvendo pena de morte, como *Furman vs. Georgia*, de 1972).

Para o autor, presentes as quatro pressuposições, a sociedade deve sim, por si mesma, resolver suas discordâncias a respeito de direitos utilizando suas instituições majoritárias típicas, não havendo necessidade, dada a maturidade e legitimidade da decisão legislativa produzida, da busca de uma segunda resposta, de caráter prejudicial à primeira, junto a um poder apartado da esfera pública, tal como o Poder Judiciário.

Em suma, ao contrário do que possa parecer em uma primeira impressão, Jeremy Waldron não é um opositor radical à jurisdição constitucional (e em especial ao *judicial review* norte-americano), apenas a vê como uma solução democraticamente deficitária se a sociedade com a qual este poder interage já possui mecanismos próprios e responsáveis para a solução de seus conflitos de valores através da legislação.

### 2.1.3.

#### **John Hart Ely: o procedimentalismo como freio à intromissão da jurisdição constitucional na fixação dos valores substantivos da sociedade**

Ex-professor da *Havard Law School*, John Hart Ely é o criador de uma das obras mais significativas e comentadas pelos operadores e estudiosos da teoria constitucional contemporânea norte-americana do século XX. Em *Democracia e Desconfiança – Uma teoria do Controle de Constitucionalidade*, o autor oferece uma resposta plausível, embora em certos pontos deficiente, para a concepção de limites adequados ao controle de constitucionalidade, de modo a preservar as instituições democráticas e os direitos das minorias.

Saliente-se, antes de tudo, que o autor não segue a posição de Jeremy Waldron de oposição ao controle de constitucionalidade em certas circunstâncias.

De outro lado, também não defende tal instituto de forma incondicional, mas sim trabalha uma solução intermediária, mas não dialógica, para o âmbito de aplicação do mesmo.

Dando especial atenção ao legado da Corte Warren e seu ativismo inegável, Ely rejeita a tese de que tal composição da Suprema Corte ter-se-ia engajado em uma função ativista de imposição de determinados valores à sociedade americana. Ao revés, argumenta que as decisões mais importantes daquele período faziam parte do que se pode chamar de um modelo procedimental de interpretação constitucional.

Seu ponto de partida é a famosa nota de rodapé número 4 do caso *United States vs. Carolene Products, de 1938*, um verdadeiro chamado ao Poder Judiciário à função de garantidor da abertura e funcionamento dos canais de participação social que permitam o envolvimento de toda a sociedade nas decisões políticas mais relevantes e de protetor especial das minorias fragilizadas e apartadas desse processo político, bem como da própria consideração como iguais.

Assim, o autor revela não ser um opositor ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, mas advoga que tal atividade não deve interferir nos julgamentos substantivos (ou escolhas morais) dos legisladores e da própria sociedade. Em sua concepção, as escolhas valorativas em uma democracia devem ser feitas por representantes eleitos, substituíveis pelo voto caso não desempenhem suas funções adequadamente, e não por magistrados não eleitos, alheios à prestação de contas social.

A aplicabilidade desse raciocínio é bloqueada, segundo o autor, apenas quando o processo político é indigno de confiança, seja quando os canais de comunicação política estão obstruídos abusivamente pelos governantes do momento, seja quando “minorias discretas e insulares” são sistematicamente tratadas de forma desvantajosa (ainda que possuam direito a voto).<sup>66</sup>

Se descabe ao Poder Judiciário promover julgamentos valorativos, o arbítrio jurisdicional no controle das normas que tratam do processo participativo e de representação é uma função legítima, e está adstrita à prestação jurisdicional em

---

<sup>66</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

sede de controle de constitucionalidade. Exatamente por isso, de modo algum afeta o pleno funcionamento da democracia.

Três argumentos são essenciais no raciocínio do autor<sup>67</sup> em prol de um controle de constitucionalidade restrito ao desiderato de garantir a higidez do processo político representativo. O primeiro, embasado em análise detalhada da Constituição norte-americana, agasalha a premissa de que referido documento não é uma declaração duradoura, em evolução, de valores gerais, que na verdade são deixados a cargo do processo político. Ao revés, o documento solene preocupar-se-ia substancialmente com duas coisas: por um lado, a justiça procedimental na resolução de disputas individuais (ou seja, o processo em sentido estrito). Por outro, o fenômeno que pode ser designado como o processo em sentido amplo, qual seja, a garantia de participação ampla nos processos e distribuições do governo.

Já as duas outras premissas referem-se à compatibilidade com a ordem constitucional democrática e com a separação dos poderes por parte do *judicial review* que privilegia a defesa da representação política e não a análise de valores substanciais em si, bem como a colocação do Poder Judiciário como instituição adequada para garantir a higidez do funcionamento democrático, dado seu distanciamento das arenas de debate político. Eis as explicações do autor:<sup>68</sup>

Os outros dois argumentos podem ser descritos de maneira mais breve, mas não são menos importantes. O primeiro diz que uma abordagem do controle judicial de constitucionalidade que promova a representação – em contraposição à abordagem contrária, que busca proteger os valores – não é incompatível com os pressupostos implícitos do sistema norte-americano de democracia representativa – pelo contrário, apóia-os plenamente. O segundo diz que tal abordagem, novamente em comparação com sua rival, envolve tarefas para as quais podemos sensatamente afirmar que os tribunais, sendo especialistas em questões de processo e (mais importante ainda) estão à margem do jogo político, estão mais bem qualificados e situados para executar do que as autoridades políticas.

Na verdade, todas essas premissas estão intimamente entrelaçadas, pois Ely sugere que a corte maior de seu país deve ser o guardião dos grandes procedimentos inerentes aos processos políticos de tomadas de decisões relevantes para a democracia. Porém, essa mesma corte não pode invadir a seara de

---

<sup>67</sup> ELY. Op. Cit., pgs. 115/116.

<sup>68</sup> ELY. Op. Cit., p. 117.

determinação e preservação dos valores fundamentais, tarefa imprópria ao direito constitucional, mas sim à política. A interpretação judicial, logo, deve servir apenas como salvaguarda à integridade do processo democrático.

Gustavo Binjenbojm<sup>69</sup> bem resume a proposta de John Hart Ely:

Em síntese, Ely propõe uma transformação do papel da Suprema Corte de um grupo de sábios que ditam valores fundamentais em um conjunto de guardiões da lisura e imparcialidade dos processos democráticos de deliberação. Seguindo tal rota, a Corte constitucional jamais controlaria os resultados do processo de deliberação democrática, mas apenas policiaria a sua forma e pré-condições. Em outras palavras, o papel da justiça constitucional seria o de garantir a abertura do processo democrático a mudanças, sobretudo pela proteção dos direitos das minorias. A intenção de Ely é a de reconciliar o *judicial review* com a democracia, afirmando que esta não é só compatível com aquele, mas tem nele a sua pré-condição.

Como se vê, a maior parte das idéias de Ely é encampada e ampliada por autores como Jurgen Habermas, que expande tal raciocínio não apenas sobre o controle de constitucionalidade das leis, mas também sobre toda uma teoria da democracia deliberativa e dos direitos fundamentais apresentada no famoso livro *Entre Facticidade e Validade*.

Além disso, tal posição entra em consonância com modernos posicionamentos doutrinários que refutam a possibilidade dos tribunais proferirem decisões através de valores preferencialmente aceitos. Ou seja, a corte constitucional não deve chamar para si a função anômala de legislador político, e sim garantir o respeito dos procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, em que todos possam intervir de forma relevante.<sup>70</sup>

Todavia, o autor é criticado por apresentar uma visão procedimentalista à Constituição norte-americana, a qual, assim como a grande maioria das constituições mundiais (inclusive a brasileira) não apresenta apenas direitos ligados ao argumento procedimental, mas também um rol de direitos e princípios fundamentais, a consagração do Estado Democrático de Direito, o

---

<sup>69</sup> BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional. As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 234.

<sup>70</sup> CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Rio de Janeiro, 2008, p. 8. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2010.

estabelecimento de princípios e fundamentos de Estado etc., enfim, princípios substantivos que demandam interpretações jurisdicionais construtivistas.

A despeito disso, pode-se concluir que Ely reconhece ser a função protetora das minorias uma atividade inerente à prestação jurisdicional constitucional, na medida em que se trata de pré-requisito de um processo político amplo e isonomicamente hígido. Esse é outro aspecto da jurisdição constitucional que ainda dá azo a grandes debates onde entra em cheque sua legitimidade democrática.

## 2.2.

### **O discurso contramajoritário: falácia ou pressuposto da democracia? O debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin**

O livro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, é um bom ponto de partida para a análise da chamada dificuldade contramajoritária. Por dificuldade contramajoritária entende-se uma situação de desvantagem, opressão ou subjugação jurídica imposta a determinado grupo social minoritário em razão do trabalho de um parlamento que, apesar de democrático e organizado sob uma base majoritária, de tempos em tempos promove procedimentos legislativos desfavoráveis e prejudiciais aos direitos e interesses daqueles grupos menores, dando azo à chamada “tirania da maioria”.

Desse modo, cabe ao Poder Judiciário, através do exercício do controle de constitucionalidade, reverter esse tipo de situação, garantindo o reequilíbrio das relações jurídicas e sociais ao proteger os direitos das minorias lesadas por decisões do processo democrático levadas adiante pelas tendências legislativas do momento.

Assim, o Poder Judiciário acaba sendo visto como uma instituição anômala dentro de um cenário político democrático, porém útil e desejável, afinal, representa um poder exercido não em nome da maioria prevalente, mas sim, na maior parte das vezes, contra ela, e o faz por ser alinhado institucionalmente para prover a defesa dos valores da sociedade em contraposição às pressões políticas e econômicas que existem nos bastidores do processo legislativo.

A postura doutrinária que agasalha a necessidade de se impor atenção e medidas refreadoras à “tirania da maioria” milita em favor do seguinte raciocínio: os Poderes Executivo e Legislativo são responsivos à vontade popular, expressa periodicamente nas urnas. Em consequência, tal vontade se expressa por meio das maiorias do Legislativo e da Chefia do Executivo.

Todavia, essa concatenação entre o trabalho dos agentes políticos dos poderes supracitados com a vontade popular comumente fica à margem da correta interpretação dos mandamentos constitucionais, uma vez que os administradores públicos e legisladores não são componentes de órgãos com alinhamento institucional e formação técnica adequadas à completa cognição do corpo constitucional. Os magistrados, ao contrário, são dotados dos requisitos necessários para executar com completude essa função. Gustavo Bininbojm<sup>71</sup> explica o raciocínio de Alexander Bickel:

Os juízes se encontram numa posição melhor para identificar o ethos da comunidade por duas razões principais: primeiro, porque eles estão necessariamente fora da arena política e, portanto, podem elaborar suas decisões a partir de princípios, a despeito das pressões políticas do momento. Além disso, ao contrário dos políticos, juízes são partes desinteressadas, o que os habilita, nas palavras do Juiz Stone, “a um sóbrio segundo olhar”. Segundo, o insulamento e o maravilhoso mistério do tempo dão às cortes a capacidade de apelar para o melhor da natureza humana, de guiar-se por suas maiores aspirações, que podem ser esquecidas nos momentos de grande comoção social.

Em razão disso, sob a ótica da chamada dificuldade contramajoritária, os defensores do controle de constitucionalidade das leis não admitem a possibilidade da palavra final a respeito do que é o direito ficar a cargo dos legisladores, uma vez que, em tal situação, os mesmos estariam julgando em causa própria.

Ronald Dworkin, talvez um dos mais conhecidos defensores do controle judicial da constitucionalidade das leis no direito anglo-saxônico, embora reconheça algumas falhas desse instituto na história norte-americana, refuta de forma veemente a possibilidade de uma instituição democrática decidir questões constitucionais. Para Dworkin, a teoria constitucional não é uma simples teoria da supremacia da maioria. É mais. Destina-se a proteger os cidadãos das decisões

---

<sup>71</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 232.

que a maioria legislativa queira tomar em seu desfavor, ainda que o faça de boa-fé e valendo-se de procedimentos legitimados pela ordem jurídica.

O órgão que deve promover essa proteção, segundo o autor, é o Poder Judiciário, o que em nada afetaria a democracia, antes a fortaleceria, seja em razão de promover o debate social sobre a atuação das cortes de justiça, seja em razão de garantir a proteção contra os excessos da atividade legiferante em mãos de uma instituição apartada, e, portanto, imparcial, aos processos de criação e promulgação das leis.

Além disso, a interferência na prática democrática pelo Poder Judiciário é justificada pela existência de normas constitucionais vagas que demandam uma complementação a ser perfectibilizada através da aplicação de concepções de moralidade política. Tais concepções, em contrapartida, não são originadas de arbitrariedades e preferências pessoais dos juízes, mas sim estão adstritas a direitos morais que as disposições constitucionais reconhecem e protegem.

A existência destes direitos morais ao longo do corpo constitucional demonstra que as concepções de Dworkin e Ely trabalham em direções radicalmente opostas, já que este, como visto, nega a existência de disposições de caráter substantivo (e sim procedimentais) na grande maioria das disposições da Lei Maior norte-americana. Contudo, têm em comum a ausência de qualquer preocupação institucional-dialógica para a superação dessas espécies de dificuldades.

De qualquer forma, para a concepção dworkniana, a existência destes direitos impõe relevantes limites à prestação jurisdicional, pois revelam a exigência de fundamentação demonstrativa da ligação entre suas bases de desenvolvimento e os mandamentos constitucionais.

Para Dworkin, todas essas pressuposições enfraquecem em demasia a alegação de que o legislativo e outras instituições democráticas estão especialmente habilitadas a tomar decisões constitucionais, muito menos ainda em caráter final e vinculante. Realmente, o autor revela entendimento absolutamente adverso ao professar que:<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pgs. 222/223

(...) Tal postura, contudo, como tem sido frequentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor.

Ou seja, o argumento de Dworkin condena a permissão para que a própria maioria decida sobre quais decisões majoritárias devem ser aceitas, pois isso implicaria em transformar tais segmentos sociais majoritários em juízes da própria causa (*nemo iudex in causa*). Tal premissa, de tão fundamental, sequer necessitaria ser explicitada em um texto constitucional. Daí serem supostamente inadmissíveis as críticas a *Marbury vs. Madison* concernentes à ausência de previsão constitucional expressa para o *judicial review*.<sup>73</sup>

Além disso, a grande maioria das decisões políticas são fragmentadas por diversos órgãos governamentais, muitos dos quais representam interesses e segmentos sociais distintos, situação que revelaria mais uma fragilidade nas decisões das instituições majoritárias, reforçando sua inabilidade para solucionar os conflitos sociais com base na interpretação da lei.

Os opositores ao controle judicial da constitucionalidade das leis, com especial destaque para Jeremy Waldron, discordam de tais argumentos. Primeiramente, releva salientar que, em nenhum momento, é negada a existência da dificuldade contramajoritária e mesmo da possibilidade do advento de uma “tirania da maioria”.

Waldron, especificamente, aponta para a necessidade de se agir com moderação na utilização concreta de dita expressão, tão facilmente sujeita ao enriquecimento de discursos falaciosos.

Ora, sempre haverá controvérsias relevantes sobre direitos, muitas delas feitas de boa-fé por partes opostas munidas de argumentos plausíveis. Ou seja, nem toda solução final, oriunda de desacordos fundados sobre direitos, pode ser vista como “tirania da maioria” quando o que se tem, na maioria dos casos, na verdade é a vitória de um dos lados, taxado de tirânico pelo lado perdedor sem qualquer embasamento concreto.

Para Waldron, essa espécie de artifício manipulador deve ser evitada. A “tirania da maioria” pode se dar, na sua concepção, apenas em uma situação de rara ocorrência, qual seja, quando há alinhamento entre maiorias tópicas e maiorias decisórias. O que é isso? A maioria tópica nada mais é do que aquele grupo majoritário de membros da sociedade cujos direitos estão em jogo. Já a maioria decisória configura aquele grupo majoritário participante do processo legislativo que toma suas decisões para fins de garantir os interesses da maioria tópica, geralmente composta por seus eleitores ou pessoas que defendem as mesmas causas políticas.

O professor crê na irrelevância dessa possibilidade dada a sua fraca margem de incidência concreta. Nesse sentido, apresenta como exemplos justamente duas questões políticas das mais relevantes e debatidas na realidade estadiunense: aborto e ação afirmativa. Segundo o autor:<sup>74</sup>

(...) Em nenhum dos casos existe o tipo de alinhamento que pode ser preocupante. Muitas mulheres apóiam o direito de aborto, mas assim também o fazem muitos homens e muitas mulheres se opõem a esses direitos. Muitos afro-americanos apóiam a ação afirmativa contra a discriminação de minorias, mas assim também o fazem muitos membros da maioria branca e muito afro-americanos se opõem à ação afirmativa. Isso é o que deveríamos esperar de uma sociedade na qual nossas pressuposições três e quatro, detalhadas na parte II, são satisfeitas.<sup>75</sup>

Assim, além do caráter periférico que se deve dar à possibilidade de alinhamento entre maiorias tópicas e maiorias decisórias, Jeremy Waldron busca desconstruir de forma incisiva o argumento dworkiano do *nemo iudex in causa*. Para tal, fixa as seguintes formulações:<sup>76</sup>

Não é difícil constatar a fragilidade de tal argumento. Isso porque quase todas as regras decorrentes das decisões proferidas irão, eventualmente, envolver alguém que decidirá a respeito de sua própria causa em um ou em muitos aspectos. Em primeiro lugar porque, a não ser que se leve a sério a idéia de que assuntos de direito devem ser resolvidos por alguém “de fora”, tal como o soberano de

<sup>73</sup> Vide Cap. 1. Item 1.2, b.

<sup>74</sup> WALDRON. Op. Cit., p. 151.

<sup>75</sup> Não custa lembrar que as referências três e quatro mencionadas pelo autor são, respectivamente, um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias e, discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos.

<sup>76</sup> WALDRON. Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 262.

Rousseau, ou por uma instituição colonial que se coloca desta forma em relação a uma determinada comunidade (assim como o *British Privy Council* estabelece a sua relação com a Nova Zelândia), tais decisões serão inevitavelmente tomadas por pessoas que também terão os seus direitos afetados por elas, pois até mesmo os juizes da Suprema Corte gozam dos direitos que eles determinam que os cidadãos norte-americanos devam ter. (...)

Logo, ao menos na improvável hipótese de haver uma cadeia infundável de recursos, sempre haverá uma pessoa ou instituição que, queira-se ou não, integra o corpo social e pode, em determinado aspecto de sua vida pessoal ou desempenho institucional, ser afetado, ainda que indiretamente, por sua própria decisão.

Decisões inadequadas sempre serão tomadas, seja por casas legislativas majoritárias, seja por tribunais, mas isso não significa que, em tais situações, quaisquer dessas instituições estejam agindo de forma tirânica. Como ambas as fórmulas de soluções de controvérsias estão sujeitas a falhas, haveria de se dar preferência àquela que promove o debate social democrático, pois, ainda que o desfecho, neste último caso, revele-se equivocado, não o será no aspecto de filtrar a participação efetiva de todos os membros interessados que sofrerão a repercussão da decisão final (o que já seria uma grande vantagem ao modelo contraposto de jurisdição constitucional). Ou seja, um cenário sujeito a eventuais decisões erradas, mas constante participação democrática na tomada de decisões, é preferível ao mesmo risco de decisões erradas, porém advindas de procedimentos não democráticos. Desse modo, mesmo quando há um acerto no emprego da jurisdição constitucional, sempre haverá perda para a democracia quando não é permitida a igual participação a todos os membros da sociedade.

Além de todo o exposto, o jurista Michel Rosenfeld ainda abre outra linha de argumentação complementar à de Jeremy Waldron. Segundo as conclusões do primeiro, a chamada dificuldade antimajoritária é problemática para o campo da democracia também em face das seguintes considerações:<sup>77</sup>

A razão pela qual a jurisdição constitucional contramajoritária pode ser um problema origina-se no seu status de freio que é, ele próprio, sem freios. Enquanto na jurisdição de leis o legislador pode superar interpretações judiciais injustificadas por meio de legislação adicional, o único remédio disponível contra decisões constitucionais aberrantes ou abusivas é emendar a constituição, o que é extremamente difícil nos Estados Unidos (...)

O grande problema da dificuldade contramajoritária, para Rosenfeld, traduz-se na absoluta ausência de parâmetros e regramentos seguros que limitem o controle de constitucionalidade das leis a um espectro de racionalidade e excepcionalidade. Corolário disso é que deve o magistrado ser democraticamente cauteloso e abster-se de revogar leis quando a disposição constitucional não é clara.

Esse aspecto inegável da jurisdição constitucional permite ao autor concluir da seguinte maneira: “assim, estritamente falando, a objeção contramajoritária tem menos a ver com o poder judicial, para o qual não há freios, do que com o problema de confinar esse poder a uma gama estreita de casos bem definidos”.<sup>78</sup>

O fato é que todo esse debate levanta uma questão crucial do direito contemporâneo. A possibilidade de ofensa às minorias não é descartada, apenas é alvo de uma projeção de improvável ocorrência concreta. Não obstante, ainda que mínima, a possibilidade da tirania da maioria existe, e deve existir algum mecanismo de defesa aos direitos das minorias que, concomitantemente, não impeça a sociedade de usufruir, em preferência aos tribunais, do direito de errar por último.

Essa possibilidade, mais do que desejável no plano teórico, já vem sendo buscada em caráter experimental, e, como se verá, vem sendo recebido como uma iniciativa saudável, mesmo porque esse direito de errar por último, quando concedido aos tribunais, efetivamente não encontra limitações adequadas na grande maioria dos textos constitucionais surgidos no pós-guerra.

Nesse diapasão, as soluções dialógicas podem vir a ser satisfatórias no sentido de dar o necessário passo além que parece ter faltado em teorias importantes como o procedimentalismo de Ely e as quatro pressuposições de Waldron, pois trabalha melhor, de forma mais prática, com a questão da fixação de certos limites e “desconcentração institucional” da palavra final da compatibilidade constitucional das leis.

---

<sup>77</sup> ROSENFELD. Op. Cit., p. 200.

<sup>78</sup> ROSENFELD. Op. Cit., p. 201.

### 2.3.

#### **Jurisdição Constitucional e o direito brasileiro: “Neoconstitucionalismo” como cenário adequado para o advento da “Supremocracia” e enfraquecimento das instituições majoritárias. A necessidade de construções dialógicas**

No presente tópico, objetiva-se revelar, em termos gerais, o caminho perigoso que vem sendo traçado pela jurisdição constitucional brasileira, inegavelmente apoiada, pelo menos na última década, em referenciais interpretativos demasiadamente abertos, o que pode, de modo frequente, dar azo à ausência de parâmetros seguros nos contextos da identificação das respostas corretas às mais variadas controvérsias.

Dessa forma, busca-se exercer um olhar crítico, embora inevitavelmente breve<sup>79</sup>, no desempenho do exercício da jurisdição constitucional dentro da realidade brasileira, demonstrando-se que o Supremo Tribunal Federal assume um papel centralizador e quase hegemônico no desafio definir as principais escolhas substantivas da sociedade brasileira.

Embora aqui tais questionamentos ao controle judicial de constitucionalidade das leis talvez ainda não sejam tão numerosos como na realidade estadunidense, a ponto de se advogar abertamente pela extinção de referido modelo, certamente a doutrina brasileira já acordou para buscar soluções intermediárias, ou, pelo menos, estudar a fixação de parâmetros limitadores bem definidos para esta espécie de atuação jurisdicional.

#### **2.3.1.**

#### **A vertente extremada do “Neoconstitucionalismo” como postura favorecedora ao exercício desviante da jurisdição constitucional**

Como sabido, o grande processo de normatização constitucional só atingiu o Brasil com ares de predominância e irreversibilidade após o advento da

---

<sup>79</sup> É vasta a literatura jurídica pátria que trata do ativismo jurisdicional praticado pelo STF. Um rico estudo produzido com base nos últimos anos de jurisprudência encontra-se em VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

Constituição de 1988. A ambição do texto legitimou a expansão da jurisdição constitucional, criando problemas no exercício do controle de constitucionalidade brasileiro sem comparativos no direito estrangeiro. A ampliação do controle normativo pelo Supremo Tribunal Federal foi favorecida por um diploma constitucional que não se limitou a incorporar em seu texto um extenso rol de direitos e princípios fundamentais, a consagração do Estado Democrático de Direito e o estabelecimento de princípios e fundamentos de Estado. Ao revés, suas previsões detalhistas transcenderam com folga os temas propriamente constitucionais, viabilizando ações judiciais recorrentes a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

Dentro desse cenário pós 1988 surgiu o fenômeno denominado “neoconstitucionalismo”<sup>80</sup>, o qual se estabeleceu como novo paradigma da teoria jurídica praticada pelos operadores do direito, promovendo uma reviravolta nos métodos de interpretação e aplicação constitucional diante de toda a ordem jurídica, especialmente na análise da eficácia dos direitos fundamentais e normatização dos princípios.

Nesse diapasão, o doutrinador Adrian Sgarbi<sup>81</sup> aponta características da concepção neoconstitucionalista encampada pela maioria dos constitucionalistas atuais do país, militantes em favor de uma atitude mais flexível da aplicação das normas jurídicas e a aplicação direta da grande maioria dos mandamentos constitucionais sem a intermediação do legislador (antes tida por necessária na maioria dos casos):

- (1) A existência de uma conexão “necessária” entre moral e direito”, tendo em vista que alguns autores chegam a contestar haver direito quando esta conexão não é respeitada. Na base desta defesa encontram-se os valores constitucionais consagrados;
- (2) A defesa de um “ponto de vista interno” ou do “participante” como condição necessária para a compreensão do fenômeno jurídico;
- (3) O questionamento da possibilidade de se estabelecer um “conhecimento jurídico” que “prescinda” das “valorações” e se “restrinja a descrever o fenômeno jurídico; e

<sup>80</sup> A expressão não é empregada no debate constitucional norte-americano, mas apenas nas realidades constitucionais italiana e espanhola, tendo como referencial teórico a coletânea Neoconstitucionalismo(s), do jurista mexicano Miguel Carbonell.

<sup>81</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito**. Primeiras Lições. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pgs. 723/724.

- (4) A defesa da idéia de ser o Estado constitucional o “marco do justo” para o “exercício do poder”. Dessa forma, afirmam, quando este modelo é adotado torna-se “sustentável a obrigação de obediência ao direito.

O constitucionalista fluminense Daniel Sarmiento igualmente já teve a oportunidade de fixar premissas semelhantes na conceituação do fenômeno:<sup>82</sup>

(...) (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico; ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O fato é que, desde a década de 60 ao redor do mundo e nos fins da década de 80 no Brasil, muito do conteúdo abrangido pelo tradicional debate entre positivistas e jusnaturalistas, protagonizada principalmente entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, perdeu importância, afinal, os novos documentos constitucionais dos dias contemporâneos (como o brasileiro) são dotados de referência e consagração a direitos humanos fundamentais, princípios e valorações morais com alta carga axiológica. Tal situação alavancou o Poder Judiciário à condição de protagonista da democracia, pois aproximou os países de sistema romano-germânico ao processo de criação jurisprudencial do direito característico dos países onde impera o sistema da *Common Law*, viabilizando, dessa forma, o cenário científico adequado para interpretações jurisdicionais construtivistas, ora legítimas, ora grosseiramente substitutivas da vontade legal pela vontade judicial, em uma espécie de exercício de um “Poder Constituinte permanente”.

Direitos de natureza coletiva e difusa ganharam, ao lado dos direitos tradicionais individualista, grande poder irradiante e lugar de destaque na solução de controversos contextos de colisão de direitos. A par disso, houve uma consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, como o Ministério Público, a advocacia e a magistratura.

---

<sup>82</sup> SARMENTO. Op. Cit., pgs. 113/114.

Ademais, Cittadino<sup>83</sup> destaca como igualmente contribuinte para o fenômeno da ampliação da judicialização a criminalização da responsabilidade política, ou seja, a multiplicação das diversas investigações surgidas nos últimos anos para fins de elucidar casos de corrupção envolvendo a classe política (notadamente o advento da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92), bem como a internacionalização da responsabilidade internacional em prol da defesa dos direitos humanos e a emergência de estudos doutrinários e acadêmicos militando a favor de um maior compromisso entre o Poder Judiciário e determinados valores sociais, como a soberania popular, processo justo e igualdade.

Esses aspectos sem dúvida são tidos por positivos. O problema é que um sistema de operabilidade jurídica focado na aplicação de princípios e constitucionalização do direito protagonizado pela cúpula do judiciário pátrio vem se desenvolvendo de forma desequilibrada em desprestígio demasiado para com as normas jurídicas precisas, à segurança jurídica e à respeitabilidade da atuação institucional de outros poderes que não o Judiciário.

A bandeira do “neoconstitucionalismo” pode ser facilmente levantada, dentro de um discurso retórico, em nome de atitudes jurisdicionais radicais que vão além da liberdade de atuação permitida na ordem jurídica. A aplicação de princípios realmente deve ser prestigiada, mas não em total detrimento das demais regras de direito.

Contudo, existe interpretação de bastante aceitação no sentido de que tem-se desenvolvido um processo contínuo de “estigmatização acentuada” do modelo de atuação positivista, de modo a se rechaçar a importância de regras jurídicas claras e, muitas vezes, suficientes à resolução de um grande número de casos. Contendores hoje buscam nos tribunais, não raras vezes, acessos de argumentação jurídica com apontamentos constitucionais ou incabíveis ou desnecessários para o deslinde de causas sem grande importância de fundo.

Nem mesmo é isso que uma efetivação responsável do neoconstitucionalismo prega, mas sim o correto equilíbrio entre a incidência de princípios constitucionais e regras de direitos claras, sem o incondicional estabelecimento de sistema fechado de hierarquias entre ambos. Em suma, a

---

<sup>83</sup> CITTADINO. Op. Cit., p. 2.

atuação entre princípios e regras deve ser preferencialmente complementar, e não excludente, favorecendo a busca por processos de argumentação jurídica e aplicação do direito que não se revelem soltos ou “amarrados” demais.

Logo, não é exagero dizer que existe um efetivo neoconstitucionalismo, que busca o equilíbrio de aplicação de regras e princípios, e uma “ideologia do neoconstitucionalismo”, que foge da atuação judicial regrada em nome de soluções embasadas, em maior ou menor grau, em aferições principiológicas não poucas vezes cometidas à revelia de soluções já encampadas na ordem jurídica.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, impulsionado pela grande ambição do texto constitucional de 1988, pelo excesso de atribuições dadas por esta àquele órgão, pelo histórico de falha e desprestígio do processo majoritário do país, pela idealização da figura dos juízes como “salvadores dos conflitos sociais”, pela “febre neoconstitucionalista”, entre outros fatores, infelizmente direcionaram a corte maior ao julgamento de um espantoso número de causas, com tendências a concretizar aberturas interpretativas exageradas e, muitas vezes, até mesmo criativas, em detrimento da atividade legiferante oriunda da vontade popular.

Embora não seja característica inerente ao neoconstitucionalismo a promoção de posturas decisionistas e decisões judiciais emotivas, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas em partes as teorias jurídicas de corte pós-positivista, pois o trabalho de valoração de princípios e ponderação frequentemente não tem sido acompanhado com o necessário cuidado de fundamentação das decisões (dever imposto no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988).

Em um primeiro aspecto, não é exagerado dizer que o Supremo Tribunal Federal, para além de defender a ordem constitucional, já trabalhou, ainda que subsidiariamente, justamente no sentido de promover criação de novas regras na ordem jurídica à revelia da atuação do processo majoritário.

É sem dúvidas uma característica favorecida pela grande ambição da Constituição de 1988 e a relação de competências superlativas de sua corte maior, o que lhe dá o aval de entrelaçar direito e política, revelando e realizando valores maiores da sociedade com uma carga de intensidade que por vezes afeta a autonomia do indivíduo e “quebra” a estabilidade do processo político.

Secundariamente, quanto ao aspecto quantitativo, como já adiantado, a configuração é considerada assustadora. Nada menos que 160.453 processos foram recebidos pela corte maior no ano de 2002. Em 2007 foram 119.324 processos recebidos, ao passo que, em 2010, foram 71.670 processos protocolados, número que continua grande mesmo após a adoção de mecanismos restritivos como a repercussão geral e a Súmula Vinculante.<sup>84</sup>

O somatório desses fatores trouxe à tona o fenômeno nominado pelo doutrinador Oscar Vilhena Vieira de “Supremocracia”, que, segundo seus ensinamentos, possui o seguinte significado<sup>85</sup>:

(...) Supremocracia tem aqui um duplo sentido. O primeiro deles refere-se ao poder do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891) o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como *stares decisis do common law*, gerou uma dificuldade histórica do Supremo. Apenas em 2005, com a adoção da súmula vinculante completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo (...) Num segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à relação do Tribunal com os demais poderes. Durante toda a República o papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais, que no Império cabia ao Poder Moderador, foi ora exercido pelo Exército, como reivindicava Alfred Stepan, ora exercido pelo Supremo, ainda que em menor intensidade, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Com a Constituição de 1988 este poder moderador concentra-se na esfera do Supremo. Mais do que isto, dada a ambição constitucional e a larga esfera de atribuições do Tribunal, o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala, pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização: de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (...)

O cenário atual envolve grandes quantidades de processos e decisões judiciais variadas com reflexo direto em praticamente todas as repartições do direito. Em áreas tão distintas, nem sempre a liberdade política de atuação judicial é saudável.

<sup>84</sup> Dados divulgados no site do Próprio STF, link estatísticas: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 23 mai. 2011.

<sup>85</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, pgs. 487/488.

De fato, certa dose de ativismo sem dúvida pode ser bem vinda em searas como tutelas de direitos e garantias fundamentais, proteção de minorias e garantia de funcionamento do processo democrático, que deve estar amparado por um mínimo de direitos básicos.

Todavia, tudo que envolve democracia em sua substância, soberania popular e espaço de deliberação pública merece uma análise mais criteriosa da corte maior antes de promover decisões que acabam inovando na ordem jurídica. A linha é muito tênue, sendo absolutamente fácil uma atuação ativista efetivada em prol de valores constitucionais revelar-se antidemocrática ao cercear em demasia a capacidade do próprio povo de se autogovernar, além do evidente desprestígio trazido a outras instituições.

Nesse sentido, basta lembrar que decisões judiciais do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo boas ou más, só podem perder eficácia na ordem jurídica em caso de reforma na lei empreendida pelo poder legislativo ou, em certos casos, pelo poder constituinte derivado, havendo, por parte deste, ainda, necessidade de estrita adstrição às cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo quarto, da Constituição).

Parte da doutrina já percebeu que a abertura de um largo campo de atuação ao Supremo Tribunal Federal exige muito equilíbrio e sensatez para evitar a mácula do princípio democrático. Assim, vale mencionar o raciocínio desenvolvido por Daniel Sarmento<sup>86</sup>, que também defende a mitigação da jurisdição constitucional quando diante de relevantes questões de direitos políticos e democracia:

(...) Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia de funcionamento da própria democracia (...)

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do direito (...)

---

<sup>86</sup> SARMENTO. Op. Cit., pgs. 137/138.

A primeira observação é absolutamente pertinente, na medida em que certo grau de deferência a decisões legislativas legítimas e amadurecidas é salutar para fins de munir o processo democrático de higidez, dinâmica e credibilidade. Em que pese isso, o Supremo Tribunal Federal perdeu uma ótima oportunidade de adotar essa postura quando do julgamento da Lei de Biossegurança, rechaçando, sem maiores reflexões, a importante discussão sobre deferência ventilada por um *amicus curiae*, o que poderia abrir caminho para, senão um *weak judicial review*, ao menos um maior respeito à atividade do legislador.<sup>87</sup>

Para além de toda essa problemática, pesquisas recentes demonstraram que o Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Suprema Corte norte-americana, vem alinhando suas decisões com as políticas governamentais e de mercado prevalecentes, fazendo-o muitas vezes em detrimento do cidadão comum. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, por incrível que pareça, é conservador e nada contramajoritário<sup>88</sup> em questões como as de cunho econômico-tributário.

De fato, extensa pesquisa feita pela revista *Análise Justiça*<sup>89</sup> demonstrou que, entre os anos de 1998 e 2006, as decisões envolvendo constitucionalidade de cobrança de tributos, a corte maior pátria adotou posições em prol do aumento ou manutenção de impostos em cerca de 60% dos casos, ao passo que esse patamar, junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), revelou-se praticamente o inverso, ou seja, cerca de 70% dos casos julgados por esta última corte promoveu a redução na cobrança de impostos.

Nos litígios travados contra o Fisco, o mesmo Superior Tribunal de Justiça decidiu em favor dos contribuintes em cerca de 82% dos casos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, apoiou as teses governistas em cerca de 62% dos casos onde havia algum interesse econômico-tributário do Fisco em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Corolário disso é a constatação que nem sempre o ativismo judicial e a consequente supremacia indiscriminada da Jurisdição Constitucional é um fenômeno trabalhado em concatenação com os anseios sociais e a proteção de

---

<sup>87</sup> Vide cap. 4. Item 4.2, d.

<sup>88</sup> Toda a controvérsia referente ao chamado discurso contramajoritário encontra-se no item 3.2, capítulo 3.

<sup>89</sup> ETCO. *Análise Justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006.

setores minoritários. Logo, no que diz respeito à tutela de certos direitos e garantias fundamentais e proteção das minorias, a jurisdição constitucional brasileira aparenta tender a ser vacilante e igualmente fechada ao diálogo com a sociedade.

Ou seja, o fenômeno ativista protagonizado pelo STF privilegia a expansão de sua competência para hipóteses de atuação antes não previstas expressa ou mesmo implicitamente no texto constitucional, o que não guarda adstrição instrumental à melhor provedoria dos direitos fundamentais. Vanice Regina Lírio do Valle é precisa no diagnóstico:<sup>90</sup>

A tese defendida é de que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes.

Existem muitos exemplos concretos dessa constatação, mas pode-se arriscar a assertiva de que a intensidade dessa celeuma jurídica poucas vezes foi observada de forma tão notável quanto, por exemplo, no julgamento da chamada fidelidade partidária e na Reclamação n. 4.335-5/AC.<sup>91</sup>

Com esse panorama, há de se concluir que o Supremo Tribunal Federal vem trilhando um caminho talvez até mesmo de mais concentração de poder em caso de eventual comparação com a Suprema Corte norte-americana. Esta, como visto, é proativa na tarefa de extrair orientações constitucionais não explícitas no texto da Lei Fundamental daquele país, gerando assim muitas controvérsias.

Mas não se tem notícia, ao menos até o momento, de um caso de expressa negativa de vigência de um dispositivo constitucional existente, com o acatamento de postura em direção oposta. Essa circunstância, somada à ausência de uma série

---

<sup>90</sup> VALLE. Op. Cit., p. 40.

<sup>91</sup> No primeiro caso, que teve como objeto as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3999/DF e 4086/DF, efetuou-se uma ruptura na tradição jurídica brasileira ao ampliar, sob o aspecto substancial, as formas de perda de mandato eletivo, inclusive elencando os requisitos para tal, à margem de qualquer previsão constitucional expressa. Já o segundo desfecho, ainda mais ousado, pressupôs o abandono concreto de um dispositivo constitucional existente que jamais fora objeto de alteração ou revogação pelo Poder Constituinte derivado (art. 52, X), pois o STF trouxe ao controle difuso de constitucionalidade, através de um processo de mutação constitucional, consequências próprias do controle concentrado, dispensando a participação do Poder Legislativo na eliminação de um texto legal viciado de inconstitucionalidade.

de atribuições para além da jurisdição constitucional propriamente dita, aparentam tornar a perspectiva de “ditadura de toga” muito mais promissora no Brasil.

Essa falta de afeição a soluções dialógicas já é uma deficiência questionada na doutrina pátria, que, através de importantes reflexões, começa a cobrar realinhamentos constitucionais favorecedores de um compartilhamento na efetivação dos direitos constitucionais entre o Poder Judiciário e outros atores estatais. Daniel Sarmento<sup>92</sup> adverte:

Nessa linha, vejo com reticências e sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande –senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais (...)

Dessa forma, como se verá no capítulo seguinte, os diálogos institucionais vêm de encontro a essa demanda por contenção judicial criteriosa ao fixar um modelo de *weak judicial review* caracterizado pela plena divisão de tarefas entre os órgãos estatais na concretização dos mandamentos constitucionais, eliminando assim panoramas de isolamento decisionista como o descrito neste tópico.

---

<sup>92</sup> SARMENTO. Op. Cit., p. 138.