

## E o Poder Judiciário?

*“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”.*

– Charles Evans Hughes, former *Chief Justice*

A conhecida frase do *chief justice* Hughes da suprema corte norte-americana é emblemática; revela a compreensão de que os juízes concorrem para a criação do Direito, dando a entender, ainda, que ao posicionar-se como guardião da Constituição, o Poder Judiciário ocupa posição de supremacia perante os demais. A afirmação é indicativa da falência da clássica justificativa do controle de constitucionalidade.

A experiência norte-americana contribui indubitavelmente para a teoria de constituição ao desenvolver a técnica de controle de constitucionalidade; parte-se da premissa de que o Poder Executivo ou Legislativo deixa de representar o povo quando seus atos ameaçam a ordem constitucional pré-estabelecida por este. Surge a necessidade de freá-los, ante a opinião do povo cristalizada na constituição e representada pela Suprema Corte.

Esse é o recado trazido pelo *Federalist* nº 78 e ratificado até hoje: o povo, enquanto poder constituinte, consignou uma vez na Constituição suas vontades supremas. Essa vontade solidificada deve poder ser aproveitada pela *Supreme Court* para corrigir a vontade popular articulada nos atos legislativos a cada vez de uma forma diferente – sendo que ao fazê-lo a *Supreme Court* tem que interpretar a Constituição.

Contudo, a supremacia dos juízes constitucionais nos Estados Unidos da América chega às raias da arrogância ao se posicionar, ao lado do povo, como sujeito da criação do Direito consagrado por aquele na Constituição. A autoridade da constituição é transferida do texto para a decisão judicial, que controla seu significado.

O alargamento das premissas do controle de constitucionalidade contrasta com os pilares da democracia constitucional: ou se está sob a égide de um Estado onde há supremacia da Constituição, ou se está vinculado à Supremacia do Judiciário. Neste particular não pode restar dúvidas a respeito do que é mais salutar à sociedade, uma vez que a legitimidade do Constituinte deriva diretamente do povo – segundo a clássica fórmula atribuída a Rousseau – enquanto a composição da cúpula do Judiciário envolve a nomeação pelo Chefe do Executivo.

Sem dúvida, a compreensão do *chief justice* Hughes demonstra o lado autoritário dos juízes constitucionais. De fato, é preciso reconhecer que o mecanismo do controle de constitucionalidade normalmente importa confiar-lhes a última palavra.

## 5.1

### O papel dos juízes e o modelo rígido de interpretação constitucional

“O Direito está visivelmente ligado à Política, que confere o manto da legitimidade e, para isso, mantém como objeto de troca a coerção e o poder. Da mesma forma, não deve ser mera e politicamente poderoso, e, sim, como Direito racional e, portanto, aceitável. Enfim, o Direito não quer comandar obediência cega e, sim, ser seguido por seres dotados de razão a partir de elementos livres e bons motivos. Capazes de consentimento são somente aquelas normas jurídicas que legitimam e obrigam todos da mesma forma e na mesma medida. Mas isso é mais facilmente formulado como princípio do que executado na prática, se os titulares do direito, já de início, são colocados e equipados não igualmente.”<sup>43</sup>

Hoje vivenciamos a ruptura com o paradigma individualista próprio da modernidade. Essa passagem de uma sociedade egocêntrica para uma que demanda por pluralidade constitutiva passa necessariamente por um processo de desenvolvimento e mutação da linguagem – meio imprescindível a todo saber humano.

Transforma-se o próprio conceito de sujeito, mudando o modo pelo qual o indivíduo entende a si mesmo. Modificam-se as perspectivas de inclusão e reconhecimento entre sujeito e sociedade.

A nova linguagem do pensamento constitucional contemporâneo não se limita a um esforço de reconfiguração do cenário político-constitucional, mas age também sobre a relação entre sujeitos de direito e sociedade. Não se trata de

---

<sup>43</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 258.

lançar outro olhar sobre a incansável disputa entre universalismo e relativismo, mas de tentar transcender a controvérsia e investigar o fenômeno jurídico concretamente contextualizado.

As cortes constitucionais têm, na prática, buscado uma releitura constitucional a partir da nova gramática social dos conflitos integrativos?

Em nossa experiência constitucional – única, diga-se de passagem – não constituímos Tribunal Constitucional propriamente dito. A Carta de 1988 atribuiu a guarda da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal, juntamente com a competência para examinar em último grau as demandas em que se discuta matéria constitucional. Ao se apresentar desta forma multifacetada, o STF e seus ministros ocupam protagonismo no cenário do ordenamento brasileiro.

A corte suprema deixa clara a compreensão que tem de si própria, ao afirmar que: “a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país conferiu à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.<sup>44</sup>

As tarefas de guarda, interpretação e aplicação da constituição são por demais complexas e relevantes para que seu ônus seja suportado sozinho pelo Supremo Tribunal Federal. A atividade interpretativa torna-se especialmente dificultosa quando seu objeto é o texto constitucional: lá a linguagem natural, repleta de preceitos dotados de maior generalidade e abstração, costuma impor

---

<sup>44</sup> STF – MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello

maior ônus reflexivo ao intérprete, aumentando as chances de uma compreensão equivocada.

Ainda que a Constituição seja precisa em seus termos, seu texto dependerá sempre de atividade interpretativa para sua aplicação. Regras, estratégias e parâmetros de interpretação são apresentados diuturnamente para determinar a melhor aplicação a uma norma em conflito.

Contudo, as dificuldades não param por aí. A questão torna-se muito mais complexa ao se verificar que o texto constitucional não traz sequer uma referência textual sobre diversos dos temas de extrema complexidade que, reputados matéria constitucional, estão a desafiar o intérprete constitucional.

Basta ver que a constituição de 1988 efetivamente não possui regra específica sobre diversos dos principais problemas constitucionais que vêm sendo resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal. Pode-se apontar como exemplos os julgamentos envolvendo temas como o do emprego de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (ADI n. 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto), em que pese o texto da carta não contemple a questão.

O papel dos juízes constitucionais torna-se ainda mais central. De guardião do poder constituinte, os tribunais constitucionais passam a seus substitutos, convertidos em instrumentos legitimadores do sistema constitucional.

“A legitimidade da justiça constitucional na democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz como uma alternativa menos pior. Isto não passa, segundo Waldron, de um retrato idealizado do juiz e de uma má-

fama do legislador. Para Portinaro, as constituições se tornaram rígidas no que diz respeito ao legislador, mas flexíveis nos confrontos com o judiciário.”<sup>45</sup>

“Aqui, o Judiciário aparece como uma instituição que, da perspectiva do terceiro imparcial superior, proporciona uma decisão objetiva, neutra e, por conseguinte ‘justa’ às partes litigantes envolvidas em situações e interesses concretos.”<sup>46</sup>

Contudo, por mais que se conheça a experiência (jurisprudência) dos Tribunais e as regras de interpretação costumeiramente utilizadas, nunca é determinadamente previsível como um conflito jurídico-constitucional será julgado. A sociedade deve participar da construção do conteúdo constitucional, cuidando para que não comprometer decisões que já se encontram materialmente insertas na constituição, ao argumento da interpretação constitucionalmente adequada.

Na experiência alemã, o Tribunal Constitucional chegou a afirmar que sua competência precede a Constituição, apoiada em princípios jurídicos suprapositivos, o que lhe permite, até mesmo, aferir a constitucionalidade de normas constitucionais originárias, com base na ordem de valores por ele definida.<sup>47</sup> Esta postura, quase absolutista, sofreu duras críticas de Ingeborg Maus, professora emérita da universidade de Frankfurt:

---

<sup>45</sup> BERCOVICI, Gilberto – *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo* – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 324.

<sup>46</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 23.

<sup>47</sup> Em pormenores sobre o tema, MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*: “O Tribunal Constitucional alemão não emprega o conceito de “unidade da Constituição” no sentido de unidade sistemática, mas de unidade substancial, i. e., a exigência evidente que se faz a toda interpretação textual de que um elemento somente pode ser entendido no contexto do texto como um todo e vice-versa (!) é sobrepujado pela idéia de um conjunto de sentido da Constituição que é mais do que a soma de suas partes. É somente assim que a interpretação constitucional torna-se um processo realmente produtivo, que permite que normas jurídicas constitucionais individuais sejam complementadas de tal modo que, a partir delas, possa-se fundamentar a existência de complexos de normas, como se fosse uma Constituição de defesa que, sob determinadas circunstâncias, mostra-se mais forte do que normas constitucionais isoladas, que, aparentemente, são classificadas apenas como “material empírico” da elaboração do Direito” p. 124.

“*Legibus solutus*, como uma vez foi apenas o monarca absoluto, o Tribunal Superior, com um conceito de Constituição assim meneado, está livre para tratar quaisquer questões litigiosas sociais sobre as quais já existe uma decisão material na Constituição ‘corretamente interpretada’ e para disfarçar o próprio decisionismo invocando um ‘ordenamento de valores’, tomado como base da Lei Fundamental”.<sup>48</sup>

Será realmente possível estabelecer razoável consenso ao redor de uma ordem de valores dada? Como pode uma sociedade conflituosa, relativamente pluralista, fragmentada e com diferentes ideais de vida, estabelecer consensualmente uma ordem de valores pela qual se pautar?

A instituição de ordem objetiva de valores acaba por dissolver a unidade da Constituição, enfraquecendo-a a partir da contraposição de um conteúdo constitucional superior – uma espécie de supradireito – à “mera lei constitucional”. Cria-se competência extremamente perigosa; o poder de determinar o que é e quais são os limites deste “direito antes da lei”.

“Do caráter pré-estatal dos direitos humanos resulta que nenhum argumento do Direito suprapositivo nunca poderá ser validado por parte dos aparelhos estatais contra os indivíduos, mas que a ação direta sobre o Direito suprapositivo compete exclusivamente àqueles que não sejam funcionários políticos, e sim àqueles que são “apenas” pessoas. Assim, contra o monopólio de poder estatal, o qual deve ser vinculado por meio da fixação jurídico-positivista de todas as leis e dos direitos humanos, é dirigido o privilégio da base social de decidir sobre todas as inovações jurídicas e de determinar os conteúdos concretos dos direitos humanos. Portanto, no século XVIII, a soberania popular não se encontra em uma relação de tensão com os direitos humanos, mas é compreendida com *conditio sine qua non* de sua garantia. Por isso, nas constituições da Revolução Francesa, assim como antes em constituições dos estados individuais norte-americanos que ainda provêm de uma tradição radical-democrática, os direitos humanos e a soberania popular se encontram juntos nas partes dos direitos fundamentais, e a soberania popular é expressamente designada de garantia dos direitos humanos. Aqui ainda está mantido em toda parte o entendimento: os direitos de liberdade só se tornam

---

<sup>48</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 25/26.

“invioláveis” pelo fato de que não os poderosos, e sim os destituídos de poder decidem sobre o tipo de uso de sua liberdade.”<sup>49</sup>

“O Tribunal Constitucional Alemão, investido pela lei fundamental na função de “guardião” da constituição escrita, ao interpretar livremente uma “constituição” cujo conteúdo ele mesmo redefine por meio de suas decisões, de acordo com situação concreta, usurpa o poder constituinte do povo, sem que se chegue a uma lei constitucional. Dessa maneira desaparecem também os âmbitos livres do direito dos cidadãos, que somente podem ser delimitados por disposições legais precisas enquanto a soberania legislativa do povo desaparece na autoprogramação dos aparelhos.”

“Ainda que se tenha que admitir que, nos últimos tempos, têm sido possível assinalar fases de maior moderação do Tribunal Constitucional Alemão nem por isso ‘*self-restraint*’ passa a ser uma categoria democrática: ela corresponde à ‘moderação’ que o monarca absolutista do Iluminismo, por autoentendimento, impõe a si mesmo.”<sup>50</sup>

O terreno é infértil e o surgimento natural do consenso é, no mínimo, improvável. Todavia, diante da necessidade de preencher o espaço criado pelo fetichismo da unanimidade e harmonia, diante do desejo de se alcançar a pacificação final dos conflitos e a proclamada paz social, o consenso é posto por a quem compete, em última análise, a interpretação constitucional.

“Com isso, é conferido à jurisdição constitucional um papel central, uma tarefa difícil, face à ‘extensão e indeterminação substancial’ bem como à transparência da Constituição no tempo e na sociedade. Aqui não há resposta sobre a questão de se o tribunal pode resolver com sucesso essa tarefa de uma ‘integração por meio da interpretação’.”<sup>51</sup>

A consagração de uma ordem objetiva de valores, identificados através da interpretação constitucional é, certamente, um caminho seguro para aqueles que suportam o ônus e a responsabilidade da guarda da Constituição. Contudo, a opção pela segurança pode levar, em casos extremos à renúncia da liberdade,

<sup>49</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 183.

<sup>50</sup> MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 151/152.

<sup>51</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 164.

deixando a sociedade sob o signo implacável da dignidade da pessoa humana, soberana e impávida no topo da ordem estabelecida de valores.

Um programa de integração social e político para uma sociedade não se harmoniza com o modelo rígido de interpretação constitucional. A sociedade organizada em grupos compõe um celeiro irremediável de conflitos. Os encontros, trocas e controvérsias entre estes grupos, ocasionalmente, modificam a forma destes de encarar determinadas questões.

A reconfiguração da postura de grupos étnicos, sociais, culturais, a respeito de um tema, deve influenciar a avaliação que os intérpretes da Constituição fazem a respeito deste, ainda que isso importe em modificação ou superação do esquema organizado de valores.

Decerto, o programa de reinterpretação da Constituição Federal brasileira a partir da gramática social do conflito não irá satisfazer àqueles que não desejam – por motivos de segurança – abrir mão deste consenso pré-determinado de uma ordem de valores. Para estes, mais vale uma Constituição da segurança do que uma Constituição da liberdade, que fica pronta a recuar, diante das ameaças de ruptura com a ordem de valores dada.

Para agravar, não é fácil despertar a sociedade para enfrentar o desafio de fazer a Constituição atuar de forma integrativa, quando o ônus de interpretá-la já vem sendo suportado pelo Judiciário.

“A relação entre Constituição e integração caracteriza o problema da auto-atuação social que atinge, em geral, a integração social e política dos membros de uma sociedade organizada de forma nacional-estatal e constituída politicamente. Ambas as integrações – social e política – dizem respeito, complementarmente, ao problema de como, em uma sociedade secularizada, se cria uma laço simbólico entre seus membros que constitua, para todos um contexto de filiação

(*cadre d'appartenance* ou *sense of belonging*) que posicione seu status de membro assim como também determine seus direitos e obrigações, fundamentais, recíprocos.”<sup>52</sup>

Trata-se, portanto, de despertar o papel integrador da Constituição, através do conflito, fazendo a sociedade atender ao chamado a ocupar o espaço que hoje é suportado pela cúpula do Judiciário. Não se trata de afirmar que haja usurpação de um lado ou de outro, apenas que indiferença dos sujeitos de direitos àquilo que Benjamin Constant chamou da ‘liberdade dos antigos’ impôs ao Judiciário que, naturalmente, ocupasse o espaço vago deixado pelos verdadeiros destinatários das normas jurídico-constitucionais.

Os Tribunais Constitucionais – e todas as outras expressões dos poderes constituídos – devem agir segundo a medida do princípio da subsidiariedade. Para tanto é essencial o fomento da participação espontânea da sociedade, individualmente e por meio de organizações intermediárias, como associações e redes.

“De forma bem simples Bellah e outros formulam, em *The Good Society*, que a subsidiariedade implica que ‘*that higher-level associations such as the state should never replace what lower-level associations can do effectively, but it also implies their obligation to help when the lower-level associations lack resources to do the job alone*’. Sua fundamentação ‘*the people closest to the situation can give the best attention, can respond to needs in the most appropriate ways*’ é tomada the forma empírica (...).”

Os poderes constituídos devem garantir às associações livremente constituídas sua margem de ação, preservando seu espaço para atuação de forma

---

<sup>52</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 155.

subsidiária. Isto porque os sujeitos de direito são os atores nos conflitos de fato que, transportados para o cenário judicial, assumem contornos jurídicos.

Na experiência brasileira, é o Supremo Tribunal Federal quem hoje assume a posição de dizer a última palavra quando se trata da interpretação da Constituição. Pode-se estabelecer um paralelo com o que as doutrinas tradicionais entendem por soberano; aquele que tem a última palavra.

Sem embargo, aqui este soberano na exegese da Constituição deve aprender – no seu significado autocrítico – a dar a última palavra. Espera-se dos tribunais e juízes constitucionais cumpram com sua obrigação de aprender, caracterizada como autovinculação democrática; trata-se de ir além da ideia do *self-restraint*.

Justamente essa abertura a tais processos, indispensáveis de aprendizado, garante o princípio de uma república democrática, unida a liberdades constitucionais de uma república democrática, unida a liberdades constitucionais de comunicação política.

O âmbito democrático garante a todos os envolvidos, especialmente, também a minorias, acesso aos foros onde ocorrem os processos de aprendizado. O guardião – e intérprete – da Constituição deve posicionar-se em condições de ter experiências e, normativamente, atualizar-se sobre o passado e tirar conclusões sobre o futuro.