

6

Dificuldades na recepção do controle fraco de constitucionalidade

Até o momento, o modelo de controle fraco de constitucionalidade vem sendo implantado apenas em países ligados ao constitucionalismo político. Mas, por propor um compartilhamento da tarefa de interpretar a constituição, assegurando papéis relevantes tanto aos órgãos democraticamente eleitos como aos juízes e tribunais, parece bastante sedutor e pode, por isso, servir de inspiração para sugestões de transplantes jurídicos.⁵¹⁷ Há que se destacar, no entanto, algumas dificuldades com tal modelo em eventual recepção por países como o Brasil.

Neste capítulo, são abordadas algumas dificuldades sobre as quais se faz necessária alguma reflexão. A primeira, mais óbvia, consiste no fato de que os sistemas de controle fraco de constitucionalidade desenvolveram-se, até o momento, apenas em países nos quais a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos se dá por meio do legislador comum (característica do constitucionalismo político).

No constitucionalismo jurídico, no entanto, a proteção a direitos costuma ser outorgada não pelo legislador comum, mas sim pelo constituinte, responsável pela elaboração de declarações dotadas de supremacia e rigidez. E é inegável que a experiência parece indicar que nossa habitual desconfiança em relação ao comportamento do legislador ordinário não é infundada.⁵¹⁸

Mais do que isso, vale assinalar que, naturalmente, o legislativo exerce um papel bem mais destacado do que o executivo em países que adotam o sistema parlamentarista de governo. Isso traz consequências relevantes quando se pensa na proteção aos direitos assegurados às minorias (uma das principais, se não a principal, função do *judicial review*).

⁵¹⁷ É a sugestão contida em CONTINENTINO, M. C. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*.

⁵¹⁸ A demora dos poderes constituídos para regulamentar disposições asseguratórias de direitos contidas na Constituição de 1988 como normas de eficácia limitada serve para demonstrar o ponto.

Isso porque, quanto mais representativa determinada instituição for, maior será a tendência a se proteger direitos dos grupos nela representados – ainda que não sejam eles majoritários. Por outro lado, quanto maior o poder de um ramo essencialmente majoritário (como o executivo), maior a ameaça aos direitos das minorias. É por isso que a participação do judiciário como ferramenta de equilíbrio e de fiscalização do respeito às minorias em sistemas de governo presidencialistas parece ser bem mais relevante e necessária do que em sistemas parlamentaristas.

Por sinal, cabe assinalar que, mesmo no Canadá, que adota o sistema parlamentarista, existe uma tendência, em matéria de proteção a direitos constitucionalmente assegurados, a se concentrar atribuições no poder executivo. Isso chega a ameaçar o bom funcionamento do sistema de controle fraco de constitucionalidade adotado naquele país, dada a redução da atuação do legislativo na garantia dos direitos fundamentais, em detrimento do executivo. Essa é a observação de James Kelly, que assinala:

O debate sobre a Carta de Direitos tem sido focado indevidamente na questão do poder dos juízes. A edição da Carta pouco ajudou a desafiar a predominância do Gabinete no desenho parlamentar canadense. A supremacia do executivo é o principal resultado decorrente da decisão do Gabinete de governar com a Carta a partir do centro e geralmente sem a participação do Parlamento.⁵¹⁹

Deve ficar claro que a garantia a direitos das minorias, utilizada de forma recorrente como argumento para justificar a prática do controle de constitucionalidade pelo judiciário, não tem sua importância questionada quando se defende a redução da importância deste poder em sistemas de controle fraco de constitucionalidade. O que se defende é que os parlamentos, por representarem de forma mais plural a sociedade em questão, poderiam exercer de forma efetiva tal papel.⁵²⁰

⁵¹⁹ KELLY, J. B. “Parliament and the Charter of Rights: An Unfinished Constitutional Revolution”, p. 103, tradução livre. No original: “*The debate surrounding the Charter of Rights has focused unduly on the issue of judicial power. The introduction of the Charter has done little to challenge the dominance of the cabinet in the Canadian parliamentary setting. Executive supremacy is the principal outcome because of the cabinet’s decision to govern with the Charter from the centre and generally without the participation of Parliament.*” Do mesmo autor, consultar KELLY, J. B. “Governing with the Charter of Rights and Freedoms”.

⁵²⁰ Esta é, essencialmente, a posição de Jeremy Waldron, analisada em BERMAN, J. G. “Direitos, Desacordo e Judicial Review: Um Exame da Crítica de Jeremy Waldron ao Controle Jurisdiccional de Constitucionalidade das Leis”, in VIEIRA, J. R. (org.) *Teoria Constitucional Norte-Americana Contemporânea*.

No entanto, quando o centro real de poder está no executivo (presidência, nos países presidencialistas; gabinete, nos parlamentaristas), e não no legislativo, o judiciário volta a ocupar, comparativamente, uma posição de vantagem na proteção aos direitos das minorias – visto não se tratar de órgão puramente majoritário.

Aliás, mesmo em sistemas parlamentares nos quais haja uma adequada representação das minorias, é bem possível que haja grupos de tal forma impopulares que não conseguiram assegurar uma defesa eficaz de seus direitos apenas diante do poder legislativo. É o caso, bem destacado por Kent Roach, dos direitos assegurados aos acusados pela prática de crimes.⁵²¹ Para estes, o judiciário parece ser, de fato, a única esperança de ver respeitadas garantias fundamentais.

Apenas este argumento, baseado na proteção às minorias, já seria suficiente para questionar a conveniência de se defender em países presidencialistas ligados ao constitucionalismo jurídico (como o Brasil) a recepção do controle fraco de constitucionalidade. Há mais, no entanto.

Dois outros pontos, sobre os quais se faz necessária uma digressão um pouco mais extensa, também provocam indagações relevantes a respeito da possibilidade de difusão do controle fraco de constitucionalidade para além de países ligados ao constitucionalismo político. São eles: a dificuldade com a realização de uma interpretação constitucional extrajudicial e a necessária relação entre o grau de rigidez constitucional e a fiscalização judicial de constitucionalidade das leis. A cada um deles será dedicada uma seção própria.

6.1

Interpretação extrajudicial

Um aspecto que também dificulta a recepção do controle fraco de constitucionalidade é a interpretação do texto constitucional feita por outros órgãos, além do judiciário. Isso guarda relação com as diferenças entre as

⁵²¹ A observação foi feita em conversa na Universidade de Toronto, cuja gravação encontra-se disponível com o autor.

vertentes política e jurídica do constitucionalismo, pois, confrontando-as, percebe-se que a concepção de constituição de cada uma delas é bastante diferente.

Para o constitucionalismo político, a garantia dos direitos fundamentais é oferecida a partir da atuação do legislador comum, de forma que a política ordinária é vista como esfera suficiente para assegurar tais direitos. Já o constitucionalismo jurídico considera necessário proteger os cidadãos contra o risco de opressão aos direitos das minorias pelas maiorias que tendem a prevalecer na política ordinária. Para tanto, esta vertente opta por entrincheirar os direitos fundamentais em um documento legal dotado de supremacia e aplicado, necessariamente, por juízes.

Fundamentalmente, portanto, constitucionalismo político e jurídico têm percepções distintas sobre a natureza da constituição. Enquanto para o primeiro trata-se de um documento político, para o segundo, cuida-se de uma lei. Isso, evidentemente, se reflete na discussão sobre a autoridade para interpretar e aplicar tal documento: enquanto o constitucionalismo político atribui ao legislador a primazia na tarefa de interpretação constitucional, no constitucionalismo jurídico a missão é atribuída, primordialmente, a juízes e tribunais.

Com isso, pode-se concluir que, em linhas gerais, no controle forte de constitucionalidade (associado ao constitucionalismo jurídico), a tarefa de interpretação constitucional é atribuída ao poder judiciário; já para o constitucionalismo político (em que tradicionalmente não havia controle de constitucionalidade), é o legislativo quem deve determinar o significado das normas constitucionais.

A partir do desenvolvimento dos sistemas de controle fraco de constitucionalidade, o quadro muda e a interpretação constitucional passa a ser vista como uma tarefa a ser compartilhada por todos os ramos do governo. Não obstante, é característica dessa forma de controle haver algum meio para que a opinião emitida pelos legisladores possa prevalecer sobre as demais.

Mas raramente a interpretação constitucional é vista de forma tão simplista. De fato, nos sistemas de controle forte de constitucionalidade, a interpretação constitucional realizada pelos juízes irá prevalecer, mas não é correto ignorar o fato de que os outros poderes também interpretam a constituição como parte de suas atribuições. Da mesma forma, juízes de países que adotam o

constitucionalismo político também utilizam o texto constitucional como fonte interpretativa, ainda que tenham de se curvar à vontade explícita dos legisladores quando esta lhes é imposta. Isso significa que, em alguma medida, em todos os sistemas democráticos a tarefa de interpretar a constituição é, de alguma maneira, compartilhada entre juízes e autoridades eleitas.

É certo que o tema da interpretação extrajudicial merece mais atenção quando se está diante de um sistema de controle fraco de constitucionalidade, na medida em que este parte do pressuposto de que há duas interpretações possíveis (uma feita por juízes, outra por legisladores) e fornece regras para determinar qual delas prevalecerá. Contudo, trata-se também de um tema correlato à jurisdição constitucional em países de controle forte de constitucionalidade.

E, se é assunto recorrente tratar da forma como juízes, ao tomarem a constituição como lei, interpretam-na de acordo com os métodos hermenêuticos próprios do direito, o exame da interpretação constitucional realizada por outros poderes ainda carece de aprofundamento. Especialmente em países como o nosso, em que se adota um sistema forte de controle de constitucionalidade.

Retornando aos sistemas que serviram de exemplo para a investigação do controle forte de constitucionalidade (Estados Unidos e Alemanha⁵²²), percebe-se que a interpretação constitucional extrajudicial não é assunto estranho a qualquer deles. Nos Estados Unidos, há uma escola conhecida como departamentalismo, que sustenta exatamente a igual importância entre as diferentes interpretações realizadas pelo executivo, pelo legislativo e pelo judiciário. Já na Alemanha, o tema é objeto de análise do conhecido autor Peter Häberle, constantemente reverenciado no Brasil, que trata de uma hermenêutica plural da constituição.

6.1.1

Departamentalismo

O departamentalismo caracteriza-se por reconhecer a independência de cada um dos três ramos do poder na interpretação da Constituição. Como destaca Keith Whittington, um dos maiores defensores contemporâneos dessa escola,

⁵²² Ver 3.2.1 e 3.3.1, supra.

Para o departamentalismo, as interpretações constitucionais da Corte podem ser persuasivas ou adequadas, mas a Corte não possui uma autoridade institucional especial para dizer o que a Constituição significa. O Judiciário é uma dentre muitas instituições que tentam ler a Constituição corretamente, mas os outros ramos do governo não são responsáveis por levar a leitura da Constituição feita pela Corte como sendo a própria Constituição.⁵²³

O surgimento do departamentalismo pode ser remetido à própria origem do constitucionalismo estadunidense. Thomas Jefferson aparece como um de seus primeiros defensores, como demonstra correspondência enviada para Abigail Adams, em 11 de setembro de 1804, na qual, ao comentar a possibilidade de os juízes decidirem sobre a validade de uma determinada lei sobre perturbação da ordem (*sedition law*), ele afirma que “nada na Constituição conferiu a eles (juízes) direito de decidir pelo executivo, mais do que ao executivo para decidir por eles”.⁵²⁴ Mais adiante, o ex-presidente dos Estados Unidos expressamente afirma que

(...) a opinião que confere aos juízes o direito de decidir quais leis são constitucionais e quais não o são, não apenas para si mesmos, em sua própria esfera de atuação, mas para o legislativo e o executivo, também em suas esferas, tornaria o judiciário um poder despótico.⁵²⁵

Outros “fundadores” podem ser incluídos entre os defensores de um compartilhamento da tarefa de interpretar a Constituição entre os diversos poderes. James Madison, nos debates que levaram à aprovação da Constituição de 1787, chegou a propor a criação de um conselho formado pela Suprema Corte e pelo Presidente, que seria responsável por revisar a legislação aprovada pelo Congresso.⁵²⁶ E até mesmo John Marshall, presidente da Suprema Corte e responsável pela decisão apontada como o marco do surgimento do *judicial*

⁵²³ WHITTINGTON, K. E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, p. xi, tradução livre. No original: “*For the departmentalist, the Court's interpretations of the Constitution might be persuasive or adequate, but the Court has no special institutional authority to say what the Constitution means. The judiciary is one institution among many that is trying to get the Constitution right, but the other branches of government has no responsibility to take the Court's reading of the Constitution as being the same as the Constitution itself.*”

⁵²⁴ JEFFERSON, T. Carta para Abigail Adams, escrita em 11 set. 1804, tradução livre. No original: “*But nothing in the constitution has given them a right to decide for the executive, more than to the executive to decide for them.*”

⁵²⁵ Ibid., tradução livre. No original: “*But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislature and executive also in their spheres, would make the judiciary a despotic branch.*”

⁵²⁶ Conforme TYLER, D. W. “Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy”, p. 2250.

review nos Estados Unidos e no mundo,⁵²⁷ tem suas decisões apontadas como “departamentalistas”.

Dawn Johnsen cita que, em *Marbury*, a Suprema Corte reivindicou a supremacia da sua interpretação constitucional apenas para aqueles casos em que existisse um litígio justiciável.⁵²⁸ Keith Whittington, por sua vez, menciona a afirmação de Marshall, contida em outra das mais importantes decisões da Suprema Corte,⁵²⁹ de que cada instituição é “suprema em sua esfera de atuação”, mas nenhuma delas pode se sobrepor à própria Constituição.⁵³⁰

A teoria departamentalista, no entanto, perdeu espaço para a supremacia judicial com o passar dos anos. Mas, no final do século XX o debate sobre a capacidade de instituições não-judiciais interpretarem a Constituição foi reavivado por importantes autores.⁵³¹ Frederick Schauer e Larry Alexander chegam a assinalar, em 1997, que seria dominante nos Estados Unidos a compreensão segundo a qual a Constituição, por diversas razões, seria melhor interpretada fora do Poder Judiciário do que dentro dele.⁵³²

Apesar de toda a atenção que a doutrina contemporânea reserva às formas de interpretação não-judiciais, a prática judicial recente demonstra a prevalência da visão que confere primazia à interpretação constitucional realizada pelo judiciário.⁵³³ No panorama estadunidense, duas decisões da Suprema Corte são consideradas paradigmáticas nesse sentido: *Cooper v. Aaron*⁵³⁴ e *City of Boerne v. Flores*.⁵³⁵

⁵²⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 1803.

⁵²⁸ JOHNSEN, D. E. "Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?", p. 105.

⁵²⁹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.), 1819.

⁵³⁰ WHITTINGTON, K. *Political Foundations of Judicial Supremacy*, p. 14.

⁵³¹ JOHNSEN, D. E. "Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation", p. 105, de onde se extrai: "*One of the vibrant constitutional debates at the turn of the twenty-first century concerns enduring questions about the appropriate role of nonjudicial entities – especially Congress and the President – in the development of constitutional meaning*". Em tradução livre: "Um dos mais vibrantes debates constitucionais na virada do século XXI diz respeito a questões duradouras acerca do papel apropriado de entidades não-judiciais no desenvolvimento do significado da Constituição."

⁵³² ALEXANDER, L.; SCHAUER, F. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation". Destaca-se o seguinte trecho, na p. 1360: "*According to what appears to be the dominant view, nonjudicial officials, in exercising their own constitutional responsibilities, are duty-bound to follow the Constitution as they see it – they are not obliged to subjugate their constitutional judgments to what they believe are the mistaken constitutional judgments of others*".

⁵³³ GRIFFIN, S. "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights".

⁵³⁴ 358 U.S. I (1958).

⁵³⁵ 521, U.S. (1997).

No primeiro dos casos, o estado de Arkansas recusava-se a promover a integração racial nas escolas, o que configurava uma desobediência ao que a Suprema Corte decidira em *Brown v. Board of Education*. Em uma opinião unânime, que reafirmou a necessidade de se extinguir a discriminação racial, a Corte consagrou a supremacia judicial, ao declarar que

(...) o judiciário federal é supremo na exposição do direito constitucional, e este é um princípio que tem sido respeitado desde sempre por esta Corte e pelo país em geral como uma característica permanente e indispensável de nosso sistema constitucional.⁵³⁶

O mesmo princípio foi confirmado no julgamento de *City of Boerne v. Flores*, que tem uma história mais longa. A controvérsia teve início quando a Suprema Corte declarou constitucional uma lei do estado de Oregon que criminalizava o uso de *peyote*, um alucinógeno utilizado por índios em rituais religiosos, sob o fundamento de que se tratava de uma lei não-discriminatória e de aplicabilidade geral.⁵³⁷ Rejeitou-se, portanto, o argumento segundo o qual o direito fundamental à liberdade religiosa deveria prevalecer sobre a norma que criminalizava a conduta em questão.

Com o receio de que este *standard* pudesse levar à restrição de outras práticas religiosas, houve uma ampla mobilização do setor, que culminou na aprovação, em 1993, do *Religious Freedom Restoration Act* (“RFRA”), uma lei que protegia as práticas religiosas da interferência do governo. Ou seja, o RFRA foi aprovado justamente como uma resposta à Suprema Corte, por meio da qual o legislativo pretendia dar a última palavra sobre quais direitos seriam protegidos à luz da Constituição americana.

Em *City of Boerne*, a constitucionalidade do RFRA foi questionada perante a Suprema Corte. O caso tratava de uma autorização para a expansão de uma igreja, que havia sido negada pelo governo da cidade de Boerne, no estado do Texas. O arcebispo Patrick Flores recorreu ao judiciário, sustentando exatamente que o RFRA autorizaria tal expansão, por estar ligada ao próprio exercício da religião.

⁵³⁶ Cooper v. Aaron, 328 U.S. 1 (1958), tradução livre. No original: “*the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system.*”

⁵³⁷ Employment Division v. Smith, 494 U.S. (1990).

Mas a Suprema Corte, reafirmando a doutrina da supremacia judicial, declarou o RFRA inconstitucional, entendendo que ele seria uma tentativa do Congresso de impor a proteção a determinados direitos fundamentais aos estados, com base na XIV Emenda. No entanto, para a maioria da Corte, caberia apenas a ela a tarefa de interpretar a constituição, e não ao Congresso (“O poder de interpretar a Constituição em um caso ou controvérsia continua pertencendo ao judiciário”).⁵³⁸

Evidentemente, as duas decisões acima citadas foram alvo de fortes ataques por parte dos críticos da teoria da supremacia judicial. Mas também podem ser encontrados bons argumentos a favor da primazia da opinião dos juízes, destacando-se aqui aqueles levantados por Frederick Schauer e Larry Alexander. Em trabalhos escritos em parceira ou individualmente, eles trazem argumentos convincentes para sustentar a conveniência de se respeitar o significado conferido pelas cortes à constituição.⁵³⁹

No primeiro artigo em que trataram diretamente do tema, publicado em 1997,⁵⁴⁰ os autores evitam uma abordagem empírica ou histórica, afirmando que a questão da deferência às decisões do Judiciário é, necessariamente, pré-constitucional, na medida em que constitui um antecedente lógico da própria Constituição. Sua intenção, portanto, é fazer uma inquisição normativa sobre a determinação do intérprete supremo do texto constitucional.⁵⁴¹

Para tanto, indagam, inicialmente, qual seria a função do direito. E, dentre inúmeras respostas sugeridas, uma é identificada como especialmente recorrente: o Direito cumpriria uma importante função de resolução do desacordo, ou seja, de determinação (*settlement*) do que deve ser feito. O papel de coordenação por ele exercido produz benefícios inegáveis para a vida em comunidade, independentemente do conteúdo das normas ditadas. Em outras palavras, afirma-

⁵³⁸ City of Boerne v. Flores, 521, U.S. (1997), tradução livre. No original: “The power to interpret the Constitution in a case or controversy remains in the Judiciary”.

⁵³⁹ Dentre os trabalhos dos autores, foram consultados ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", ALEXANDER, L. "Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy"; SCHAUER, F. "Judicial Supremacy and the Modest Constitution".

⁵⁴⁰ ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation".

⁵⁴¹ Ibid., p. 1369-1370. Os autores, aqui, parecem partir da premissa – comum – de que a constituição norte-americana não atribui a ninguém em especial a função de interpretá-la em último lugar. Em sentido contrário, defendendo uma posição originalista, ver PAULSEN, M. S. "Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?".

se que é preferível ter uma norma ruim a não ter norma alguma. O direito, assim, deve ser aplicado mesmo quando o agente público responsável pela decisão discorde do conteúdo das normas jurídicas que deverá manejar.⁵⁴²

Essa lógica não muda pelo fato de se tratar de direito constitucional. Pelo contrário, apesar de existir uma visão de que a função de determinação seria menos importante do que a correção da decisão alcançada na aplicação do direito constitucional, por causa das importantes matérias com que lida,⁵⁴³ Schauer e Alexander argumentam que este ponto de vista superestima a correção das decisões, subestimando, por outro lado, a função de determinação, que é igualmente importante tanto em casos constitucionais como legais.⁵⁴⁴ A determinação tem valor em si mesma, pois algumas vezes possibilita comportamentos que de outra forma seriam inviáveis⁵⁴⁵ e noutras gera maior grau de confiança na conduta a ser adotada.⁵⁴⁶

Além do valor da determinação que o Direito permite realizar, há ainda uma tarefa de coordenar múltiplas visões sobre determinadas matérias em benefício da coletividade. A coordenação e a solução de desacordos são boas razões para se obedecer ao Direito, independentemente de seu conteúdo.⁵⁴⁷ É uma das funções de uma constituição é justamente permitir a uniformização de questões sobre as quais existe controvérsia na sociedade. Nas palavras dos autores:

Nosso objetivo não é responder a argumentos sobre as funções de determinação e coordenação do direito ou as obrigações que elas geram. Mas nós conectamos esta

⁵⁴² ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", p. 1371-1372.

⁵⁴³ As teorias que dão primazia à correção das decisões jurídicas são agrupadas por Noel Struchiner em um modelo "particularista" (ou conversacional). Já o modelo que considera a linguagem da regra como o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa é chamado de "formalista" (ou baseado em regras). Sobre o tema, consultar STRUCHINER, N. *Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*, especialmente o cap. 9.

⁵⁴⁴ ALEXANDER, L. e SCHAUER, F., op. cit., p. 1372-1373 e nota de rodapé 55, onde os autores citam (e criticam) o exemplo do caso *Seminole Tribe v. Florida* (116, S. Ct. 1114, 1996), no qual o *Chief Justice* Renquist sugeriu ser preferível uma vinculação ao precedente mais fraca em casos constitucionais.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 1373. O exemplo citado pelos autores é o da utilização de critério de raça para a formação dos distritos eleitorais. Neste caso, mesmo um método indesejável é preferível a não existir a determinação dos critérios para a formação dos distritos, o que inviabilizaria a eleição.

⁵⁴⁶ Id., ibid. Aqui o exemplo utilizado refere-se à imprecisão de regras sobre liberdade de expressão, que pode levar a uma repressão excessiva da comunicação constitucionalmente protegida. Assim, é preferível ter padrões imperfeitos, mas bem determinados, que deem confiança aos agentes de que o seu discurso é realmente livre, a ter um padrão melhor, mas mais indeterminado, que causará incerteza quanto a esta questão.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 1374.

linha de raciocínio jurídico com a questão da autoridade para a interpretação constitucional porque determinar imperativamente o que deve ser feito e coordenar na direção do bem comum o comportamento auto-interessado e estratégico dos agentes públicos é uma função tanto do direito constitucional como do direito em geral. Assim como a vinculação ao precedente reconhece o valor da determinação pelo propósito de determinar, também a constituição existe em parte por causa do valor de uniformizar decisões de matérias sobre as quais o povo tenha visões substantivas diferentes e prioridades pessoais. A decisão de criar uma única constituição escrita, e assim se afastar do modelo de supremacia parlamentar, é baseado na possibilidade de haver várias visões sobre questões fundamentais e ao perigo de deixar a resolução delas à variação dos destinos políticos.⁵⁴⁸

Mas se não existe um único órgão autorizado a interpretar a constituição, com primazia sobre os demais, a função de reduzir o desacordo existente não será satisfatoriamente cumprida, já que qualquer decisão ou interpretação oferecida poderia ser contestada. Por isso, os autores veem como inescapável a necessidade de haver uma norma pré-constitucional que determine o que deve ser feito, atribuindo a algum órgão a função de interpretar o texto constitucional em última instância.⁵⁴⁹

Uma das possíveis normas de determinação é a que confere este papel à Suprema Corte. Apesar de existirem outras possibilidades, esta é a que parece mais adequada para os autores, por três razões principais: (i) a Suprema Corte é menos suscetível aos excessos das forças majoritárias do que o Legislativo e o Executivo; (ii) os poderes políticos não são os mais indicados para definir os limites das suas próprias funções; e (iii) a determinação das questões deve ser feita não só entre as instituições (que devem respeitar a mesma regra), como também ao longo do tempo, o que se garante com mais eficácia por meio da vinculação ao precedente, própria do poder judiciário.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", p. 1376, tradução livre. No original: *"Our goal is not to reply arguments about the settlement and coordination functions of law or the obligations they generate. Yet we connect this line of jurisprudential thinking with the question of constitutional interpretive authority because it is as much a function of a constitution as of law in general to settle authoritatively what ought to be done, and to coordinate for the common good the self-interested and strategic behavior of individual officials. Just as a rule of precedent recognizes the value of settlement for settlement's sake, so too does a constitution exist partly because of the value of uniform decisions in issues as to which people have divergent substantive views and personal agendas. The decision to create a single written constitution, and thus depart from a model of parliamentary supremacy, is based on the possibility of varying views about fundamental questions, and the undesirability of leaving their resolution to shifting political fortunes".*

⁵⁴⁹ Ibid, p. 1376-1377.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 1.377-1378 e nota de rodapé 80. Os mesmos autores, poucos anos após a publicação do artigo aqui analisado, reafirmaram seus argumentos em ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. "Defending Judicial Review: A Reply". Para uma resposta às principais teses expostas por

Tais argumentos, embora não encerrem o debate, demonstram, juntamente com o posicionamento da Suprema Corte, que a visão predominante nos Estados Unidos continua sendo a que atribui ao judiciário a primazia na interpretação constitucional. Teorias como o departamentalismo, portanto, seguem como propostas para combater o que é visto por alguns como uma ditadura de juízes, mas ainda sem lograr êxito completo na sua empreitada.

6.1.2

Interpretação extrajudicial para Peter Häberle e sua influência no Brasil

Em nossa doutrina, a discussão sobre interpretação constitucional não-judicial, quando existente, passa, obrigatoriamente, pelo estudo da obra de Peter Häberle, constitucionalista alemão de grande prestígio mundial. Mas a abordagem feita em geral é parcial, dando ênfase a determinados aspectos de seu pensamento que corroboram as práticas estabelecidas, mas negligenciado outros aspectos relevantes que poderiam levar a conclusões distintas daquela tradicionalmente apresentadas.

Evidente que, pela grande extensão de sua obra e pela variedade de temas tratados por Häberle, torna-se praticamente impossível sistematizar em poucas linhas os pontos principais de sua teoria jurídico-constitucional. Apenas para que se tenha uma ideia da árdua tarefa, o mexicano Diego Valadés, ao escrever o estudo introdutório que precede a versão mexicana de “El Estado Constitucional”, propõe-se a destacar algumas das contribuições mais relevantes do professor de Bayreuth. São nada menos do que treze os pontos abordados.⁵⁵¹

Para nossos propósitos, parece suficiente reduzir o âmbito de análise da elaboração científica de Häberle à forma como ele trata da interpretação constitucional. Não apenas por causa do objeto, mas também pela sua influência

Alexander e Schauer, ver WHITTINGTON, K. "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses".

⁵⁵¹ VALADÉS, D. “Peter Häberle: Un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio”, p. XXI-LXXXIV. Os pontos tratados pelo autor são os seguintes: (i) a teoria da Constituição como ciência da cultura; (ii) a interpretação constitucional; (iii) o direito europeu; (iv) a Constituição alemã; (v) o novo direito na Europa oriental; (vi) federalismo e regionalismo; (vii) os direitos fundamentais; (viii) o problema da verdade; (ix) o ideia de dignidade; (x) o problema do fundamentalismo; (xi) o direito cultural; (xii) a evolução constitucional; e (xiii) o Estado constitucional.

sobre o processo interpretativo desenvolvido no Brasil. Para tanto, oportuno analisar o que diz o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, responsável não só pela citação do autor em diversos votos por ele proferidos, mas também pela tradução para o português de uma de suas principais obras.⁵⁵²

Em artigo escrito com a colaboração de André Rufino do Vale,⁵⁵³ Gilmar Mendes sinaliza quatro pontos de convergência entre o pensamento häberiano e a jurisprudência do STF. Em primeiro lugar, aponta para a institucionalização dos *amici curiae* e das audiências públicas, a partir da promulgação da Lei nº 9.868/99, como um “eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição”. Em seguida, analisa como o “pensamento de possibilidades” aparece expressamente em algumas decisões importantes do STF.⁵⁵⁴ O terceiro ponto trata da difícil temática da mutação constitucional⁵⁵⁵ e, por fim, fala-se do estado constitucional cooperativo,⁵⁵⁶ que influenciou especificamente a mudança de entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil.

A primeira relação, entre os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas e a interpretação plural defendida por Häberle, é a que nos interessa especificamente, e já fora assinalada anteriormente por Gustavo Binenbojm⁵⁵⁷ e por Inocêncio Mártires Coelho.⁵⁵⁸ À primeira vista, parece bastante claro que os dispositivos legais que introduziram os dois institutos no direito brasileiro (respectivamente, art. 7º, § 2º, e art. 9º, § 1º, ambos da Lei nº 9.868/99), fortalecem o tipo de interpretação constitucional defendido por Peter Häberle: pluralista e proceduralista, tal como sugere o título de uma de suas principais obras.⁵⁵⁹

A teoria interpretativa de Häberle é de simples compreensão, como demonstra a seguinte passagem:

⁵⁵² HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*.

⁵⁵³ MENDES, G. F. “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

⁵⁵⁴ Sobre o pensamento possibilista na obra de Häberle, consultar HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, cap. I.

⁵⁵⁵ Ver HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*, p. 61-65.

⁵⁵⁶ Ver HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*.

⁵⁵⁷ BINENBOJM, G. A *Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*.

⁵⁵⁸ COELHO, I. M. “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”.

⁵⁵⁹ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*.

(..) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.⁵⁶⁰

Para que a interpretação constitucional deixe, assim, de ser “coisa de uma sociedade fechada”,⁵⁶¹ é preciso reconhecer que o papel de intérprete cabe a todos, e não apenas a uma pequena elite judicial. Em parágrafo seminal de sua obra, afirma Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.⁵⁶²

Uma vez que o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas no Brasil, realizado principalmente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (mas também através da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), é descrito geralmente como um processo objetivo, que só pode ser deflagrado pelos nove legitimados previstos no art. 103 da Constituição de 1988⁵⁶³ e é julgado exclusivamente pelo STF, tem-se uma configuração próxima daquilo que Häberle chamou de sociedade fechada de intérpretes.

A aplicação de suas ideias, portanto, deveria levar à ampliação dessa configuração, a fim de incorporar novos atores no processo de atribuição de sentido das normas constitucionais. Como assinalado por Gilmar Mendes, os *amici curiae* e as audiências públicas caminhariam justamente neste sentido.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 13.

⁵⁶¹ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, p. 13.

⁵⁶² Ibid., p. 15

⁵⁶³ CRFB/1988, art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A participação do *amicus curiae*, como destaca Binenbojm, é uma incorporação de um instituto tradicional do direito constitucional estadunidense, onde a Suprema Corte, de longa data, admite a manifestação de terceiros que não sejam partes em um determinado processo que ali será julgado.⁵⁶⁴ Esses interessados têm a responsabilidade de complementar o rol de informações de que a Suprema Corte dispõe para julgar uma determinada matéria, reconhecendo-se, assim, que os juízes não possuem inteiramente o conhecimento necessário sobre todos os assuntos sobre os quais são provocados a decidir. A participação dos *amici curiae* destina-se, portanto, a fornecer esclarecimentos adicionais que poderão ser úteis para aquele julgamento.⁵⁶⁵

Ao lado do *amicus curiae*, a previsão de realização de audiências públicas nas hipóteses em que se fizer necessário esclarecimento sobre matéria ou circunstância de fato, prevista no art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99, também seria uma forma de “abertura procedural” do STF, como afirma Gilmar Mendes.⁵⁶⁶

Até agora, foram convocadas audiências públicas para debater a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), a importação de pneus usados e seu impacto ambiental (ADPF 101), a possibilidade de interrupção da gestação em caso de o feto ser portador de anencefalia (ADPF 54), questões relacionadas à saúde pública no Brasil (Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nº 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nº 2361, 2944, 3345 e 3355) e para discutir a questão das ações afirmativas (ADPF 106 e RE 597.285/RS).

Nas audiências públicas, diferente do que ocorre com os *amici curiae*, o objetivo seria ouvir aqueles que detêm conhecimento técnico sobre a matéria posta em discussão. Ao menos esta é a indicação do dispositivo legal que as preveem (art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99).⁵⁶⁷ Com isso, o dogma da

⁵⁶⁴ BINENBOJM, G. A *Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, p. 158. No mesmo sentido, COELHO, I. M. “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”, p. 162-163. Sobre as regras de admissão dos *amici curiae* no direito norte-americano, consultar COLLINS Jr., P. M. “Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U. S. Supreme Court Litigation”.

⁵⁶⁵ COLLINS Jr., ob. cit., p. 809-810.

⁵⁶⁶ MENDES, G. F. “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, p. 4.

⁵⁶⁷ Lei nº 9.868/99, art. 9º, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá

impossibilidade de dilação probatória em processos de índole objetiva restaria mitigado.⁵⁶⁸

Ocorre, no entanto, que a curta experiência do STF com a utilização deste mecanismo parece fugir à regra legal, e as audiências públicas vêm se aproximando do *amicus curiae* como uma tentativa de atribuir legitimidade democrática às decisões do STF, por implicarem uma abertura dos processos abstratos de fiscalização de constitucionalidade das normas à sociedade.⁵⁶⁹

Pelo exposto até aqui, é possível concluir que as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 9.868/99, que disciplinou a ADI e a ADC, são louvadas pela doutrina como uma forma de incorporação da tese häberiana de ampliação da comunidade de intérpretes das normas constitucionais. Há, entretanto, algumas objeções que podem ser levantadas a essa suposta democratização decorrente do processo de transformação do controle de constitucionalidade brasileiro.

A primeira delas consiste em um exame mais cuidadoso das mudanças pelas quais passou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o que permite questionar se o processo a que assistimos é realmente um de democratização da jurisdição constitucional. A resposta, infelizmente, não parece ser afirmativa. Como conclui o grupo de pesquisa Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional, em obra coletiva coordenada por Vanice Lírio do Valle sobre um dos principais mecanismos da suposta democratização do controle de constitucionalidade brasileiro (audiências públicas),

Nesse contexto, em que pese a indicação da presença normativa densa como fonte desse diálogo social, o que a análise de cada qual das audiências públicas evidencia é uma diversidade de práticas e orientação de trabalhos, decorrente do papel predominante – e incensurável – do Ministro Relator, que parece incompatível com um ideal de diálogo, quando menos daquele orientado à deliberação.⁵⁷⁰

Outras alterações também não cumprem com a prometida democratização. Afinal, uma vez que o que se deseja é ampliar a participação popular nos

o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

⁵⁶⁸ BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, ob. cit., p. 166-167.

⁵⁶⁹ Neste sentido, ver MARTINS, T. A. “Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF: Breves Considerações”, de onde se destaca, na p. 11: “A audiência pública na ADI 3.510/DF foi um marco na abertura da Suprema Corte brasileira à participação da sociedade no processo constitucional e demonstrou a importância conferida pelo STF à amplitude hermenêutica na solução de problemas jurídico-políticos que afetam o Estado brasileiro”.

⁵⁷⁰ VALLE, V. R. L. (coord.). *Audiências Públicas e Ativismo*, p. 126.

processos que tramitam perante o STF, por que a participação de atores cuja representatividade social é verificada exclusivamente pelo relator do caso (art. 7º, § 2º, Lei 9.868/99) é preferível ao acesso direto dos cidadãos à corte? Por que não reforçar o controle difuso-concreto provocado pelo próprio titular do direito lesado – notadamente quando exercido na proteção aos direitos fundamentais – em vez de atribuir legitimidade extraordinária apenas a alguns eleitos pelo poder constituinte? Se o problema é alcançar uma legitimidade democrática para o controle de constitucionalidade exercido no Brasil, será que o nosso sistema tradicional (difuso-concreto) não seria uma alternativa mais sedutora do que a sua objetivação, fortemente defendida no próprio STF? Esta é a conclusão, por exemplo, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, para quem se faz necessário um “retorno/reforço do modelo difuso/concreto do controle de constitucionalidade das leis”.⁵⁷¹

O tema não é estranho à teoria constitucional de Peter Häberle, pelo contrário. Basta ver o que ele escreveu sobre o recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), previsto no direito constitucional alemão, para que se possa tirar as devidas conclusões.

Primeiramente, cabe destacar que o recurso constitucional foi responsável por uma grande transformação no controle de constitucionalidade alemão (e europeu em geral), pois, com sua introdução, o sistema deixou de ser inteiramente abstrato e passou a admitir que os cidadãos, quando tivessem um direito fundamental violado, pudessem provocar diretamente o Tribunal Constitucional.⁵⁷² O entusiasmo de Häberle por este recurso é tão grande que ele chega a afirmar expressamente que “esta competência transforma o Tribunal Constitucional em um ‘Tribunal Cidadão’”.⁵⁷³

Outro ponto que merece uma análise mais detida trata da questão da deferência, ou seja, do respeito que se deve ter por interpretações realizadas fora do judiciário. Isto significa admitir que a interpretação judicial da Constituição não é a única possível e que muitas vezes a atribuição de sentido à norma feita por

⁵⁷¹ SOUZA CRUZ, A. R. *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 447.

⁵⁷² Ver BERMAN, J. G. “O Controle Concreto de Constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado”.

⁵⁷³ HÄBERLE, P. “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”.

outros atores deverá, ao menos, ser levada em consideração pelos magistrados responsáveis pela última palavra.

Häberle, mais uma vez, é bastante claro ao indicar que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição não se manifesta apenas nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas. Os debates legislativos, por exemplo, são por ele chamados de “interpretações constitucionais antecipadas”.⁵⁷⁴ O processo político, nas palavras de Häberle,

(...) é apontado como uma sub-espécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Este processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo.⁵⁷⁵

Também a ciência do direito constitucional (doutrina) merece um reconhecimento especial como intérprete das normas fundamentais, afirmando o autor citado que a jurisdição constitucional funcionaria como um catalisador da ciência como fonte de interpretação constitucional.⁵⁷⁶ Esta postura parece exatamente o inverso daquilo que recentemente foi defendido por um então ministro do STF, Eros Grau, para quem

[nós, ministros do STF] não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina (= discurso sobre o direito) é caudatório do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.⁵⁷⁷

Outro ponto a ser destacado – e que não vem merecendo maior consideração pela atual composição do STF – é a especial atenção que Häberle demanda para interpretações feitas por outros atores sociais. A consideração ao que pensam esses atores deveria levar a uma postura de autocontenção do Judiciário no momento de analisar a constitucionalidade de uma lei que tenha sido objeto de consideração cuidadosa por parte de outros intérpretes.

⁵⁷⁴ HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*, p. 25.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 26.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 28.

⁵⁷⁷ Voto-vista proferido pelo ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação 4.335/AC, disponível em <http://www.esdc.com.br/decisoes/RCL4335eg.pdf>, acesso em 16 dez 2009.

Assim, naqueles casos em que haja intensa controvérsia social e que a aprovação das leis tenha sido precedida de intenso debate público, “a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional”.⁵⁷⁸ Logo, quanto maior a participação popular, menor deve ser a intensidade do controle exercido pelo Judiciário, e vice-versa.⁵⁷⁹

Mais uma vez, a prática do STF mostra-se bastante distanciada do pensamento exposto por Peter Häberle. No julgamento da ADI 3.510/DF travou-se uma discussão exemplar do que aqui se afirma, entre o advogado Luís Roberto Barroso, que sustentava por um dos *amici curiae* habilitados na causa, e a ministra Cármem Lúcia. Em sua sustentação oral, Barroso chamou a atenção para os intensos debates que precederam a aprovação da lei pelo Congresso Nacional, o que a conferiria justamente aquele *pedigree* democrático mencionado por Häberle, e que, portanto, deveria levar a uma postura mais contida dos julgadores. Mas, como destaca Oscar Vilhena Vieira, a ministra Cármem Lúcia (acompanhada pelo ministro Marco Aurélio) fez questão de refutar expressamente qualquer possibilidade de deferência por parte dos julgadores às escolhas feitas democraticamente pela sociedade.⁵⁸⁰

O equilíbrio quanto a esse ponto parece difícil de alcançar. Afinal, se a defesa mais extremada da supremacia judicial – que parece ignorar indevidamente a opinião pública sobre matérias sujeitas a intenso desacordo – não parece adequada, tampouco se afigura correto substituir a opinião dos juízes por aquela manifestada por órgãos eletivos. A interpretação extrajudicial da constituição, embora deva ser levada em conta de forma séria pelo seu intérprete último, não deve ser vista como final.

6.1.3

Por que refutar a primazia da interpretação extrajudicial

A interpretação constitucional extrajudicial é um tema ainda pouco explorado e, por vezes, intensamente problemático. E isso não apenas em países

⁵⁷⁸ HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*, p. 45.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 46.

⁵⁸⁰ VIEIRA, O. V. “Supremocracia”, p. 452.

ligados ao controle forte de constitucionalidade, como Estados Unidos e Brasil. Mesmo quando se adota um sistema fraco de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis, que pressupõe o compartilhamento da tarefa de interpretar a constituição entre autoridades eleitas e juízes, surgem problemas sérios em seu tratamento.

A discussão em torno dos julgamentos *R. v. Mills* e *R. v. O'Connor* (ver item 5.1.1.3, supra) ilustra bem essa dificuldade. No momento em que a Suprema Corte decidiu curvar-se à interpretação constitucional feita pelo legislador, sofreu diversos ataques, especialmente por não estar cumprindo de forma adequada seu papel de guardião da constituição e por permitir que o legislativo superasse um direito fundamental sem precisar sequer ter o ônus de invocar a cláusula não-obstante.

Além disso, o tipo de diálogo que se consegue estabelecer entre juízes e legisladores nem sempre é o que se espera quando o objetivo é enriquecer a proteção a direitos fundamentais. Muito disso se dá por conta da própria função institucional inerente ao judiciário, como alerta Luc Tremblay:

A primeira limitação à teoria do diálogo institucional deliberativo deriva do que eu chamo de doutrina da “responsabilidade judicial”. De acordo com esta doutrina, os juízes devem estar inteiramente comprometidos com as decisões que eles mesmos alcançaram em casos particulares. Eles devem se ver como autores dessas decisões e devem ser capazes de justificá-las com base em razões que eles sinceramente creem ser boas e suficientes de acordo com sua melhor compreensão do direito. Neste sentido, decisões judiciais de acordo com o direito devem ser verdadeiramente atribuíveis aos juízes que as assinam. Em uma palavra, juízes devem ser “responsáveis”. A doutrina da responsabilidade judicial está no coração da *rule of law* e constitui parte central dos padrões, normas e virtudes que constituem a ética judicial. Disso deriva que os juízes não devem subordinar suas convicções e julgamentos práticos à vontade ou ao julgamento de outros.⁵⁸¹

Esperar que os juízes afastem suas convicções pessoais – em matéria propriamente jurídica, e não política – no julgamento de casos constitucionais

⁵⁸¹ TREMBLAY, L. “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, p. 634, tradução livre. No original: “*The first limitation to the theory of deliberative institutional dialogue derives from what I will call the doctrine of ‘judicial responsibility.’ According to this doctrine, judges should be totally committed to the decisions they reach in particular cases. They must regard themselves as the authors of their decisions and should be capable of justifying them on the basis of reasons they sincerely believe are good and sufficient according to their best understanding of the law. In this sense, judicial decisions according to law should be truly attributable to the judges who sign them. In a word, judges must be “responsible.” The doctrine of judicial responsibility goes to the heart of the rule of law and constitutes a central part of the standards, norms, and virtues that constitute judicial ethics. It follows from the foregoing that judges must not subordinate their own convictions and practical judgments to the will or judgment of others.*”

seria, portanto, contrário à lógica do funcionamento do próprio poder judiciário. De fato, é complicado pensar em um juiz que deixaria de aplicar seu entendimento sobre determinada questão simplesmente porque outra pessoa ou órgão – que não o judiciário, por meio de um ou mais de seus integrantes – defende ponto de vista diverso. Afinal de contas, juízes são acostumados a decidir e é exatamente isso que se espera deles.

Outro grave risco de se incentivar a interpretação extrajudicial da constituição é transformar o que deveria ser um debate político em um debate jurídico. Essa é uma transformação negativa, na medida em que as amarras que limitam o raciocínio jurídico não devem estar presentes no debate político – ao menos não *prima facie*. Mas, com a avocação para si do papel de intérprete constitucional, o que os órgãos representativos fazem, muitas vezes, é debater questões políticas de forma inapropriada, ou seja, como se estivessem lidando com questões jurídicas.

Um exemplo pode ajudar a compreender o ponto acima colocado: o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ao Projeto de Lei nº 1.135/1991, de autoria do deputado Eduardo Cunha. Nele analisava-se a constitucionalidade de uma proposta para suprimir o artigo 124 do Código Penal, que tipifica o crime de aborto.⁵⁸²

Dificilmente pode-se apontar uma questão mais sujeita a desacordo razoável (para usar as palavras de Jeremy Waldron) do que a prática do aborto. As soluções dadas pelos diferentes sistemas jurídicos são amplamente divergentes, assim como a opinião pública e a jurisprudência. No Brasil, o tratamento dado pelo Código Penal, de 1940, permite a prática apenas em casos de estupro ou de risco de vida para a gestante. E qualquer tentativa de descriminalização, evidentemente, terá de enfrentar o argumento de inconstitucionalidade, baseado no suposto direito à vida constitucionalmente assegurado ao feto.⁵⁸³

Independentemente da resposta que se dê a mérito da questão (se existe ou não um direito constitucionalmente assegurado à vida do feto), é indiscutível que

⁵⁸² Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/Parecer_PL_1135.pdf>, acesso em 10/11/2012.

⁵⁸³ Este argumento levou, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão a declarar a inconstitucionalidade de lei que descriminalizava o aborto, na primeira das oportunidades em que enfrentou o tema. Ver SCWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 266 e segs.

se trata, ao final, de uma discussão judicial. Como vivemos em um sistema de supremacia judicial, a última palavra sobre essa questão constitucional deveria ser dada pelo STF. No entanto, quando uma comissão integrante do legislativo se antecipa, realizando um exame da constitucionalidade da norma – e especialmente quando conclui pela sua inconstitucionalidade – o que ele faz é simplesmente impedir que o órgão representativo possa deliberar sobre a questão e, posteriormente, se for o caso, que o órgão de cúpula do judiciário ofereça a interpretação definitiva da matéria.

Foi exatamente o que aconteceu no caso mencionado. Diante do indigitado parecer do deputado Eduardo Cunha, que, baseando-se exclusivamente em argumentos jurídicos,⁵⁸⁴ concluiu pela inconstitucionalidade da proposta, o projeto foi arquivado, sem que tivesse sequer sido submetido à deliberação do Plenário. Com isso, o processo democrático sofreu sério abalo, pois os representantes do povo não puderam sequer deliberar sobre uma questão que interessa a toda a coletividade – e isso baseado numa opinião legal que sequer fora oferecida por autoridade reconhecida para emitir juízo definitivo sobre a constitucionalidade de projeto de lei.

Este caso parece ser um daqueles em que é difícil saber se se está diante de uma questão política ou de uma questão jurídica. Quando assim for, o ideal é que cada um dos poderes cumpra apenas com o seu próprio papel: o legislativo e o executivo devem debater o mérito da questão e deixar para o judiciário responder, definitivamente, sobre o argumento jurídico envolvido. Agir de forma diferente pode levar à interrupção prematura do processo deliberativo, suprimindo-se do legislativo a possibilidade de enfrentar uma questão eminentemente política e do judiciário a palavra final quanto à juridicidade da proposta.

A título de comparação, veja-se o que ocorreu durante discussão parlamentar sobre projeto de emenda constitucional (Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993) que visava a reduzir a maioridade penal para dezesseis anos. A Comissão de Constituição e Justiça, nesta oportunidade, optou por consultar dois juristas para saber se o artigo 228 da Constituição, que estabelece a maioridade penal aos dezoito anos, seria ou não uma cláusula pétrea: Luis

⁵⁸⁴ Para que se tenha noção da natureza dos argumentos levantados no parecer, basta analisar as referências em que sua opinião é baseada: Fernando Capez, Pedro Lenza, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Cezar Peluso, entre outros. Todos juristas.

Roberto Barroso e Miguel Reale Jr. Ambos manifestaram-se pela possibilidade de modificação do dispositivo em questão.

Neste caso, a CCJ não impediu que a proposta fosse levada à arena política para discussão. Mas é evidente que, se viesse a ser aprovada, ainda teria de passar pelo crivo do STF, a quem caberia proferir a última palavra a respeito da compatibilidade da emenda com o núcleo duro da Constituição de 1988. Se isso tivesse ocorrido, cada um dos poderes teria cumprido com sua tarefa institucional: o legislativo deliberaria sobre o mérito de uma questão controversa e o judiciário diria se aquela era realmente uma questão política ou se, ao contrário, a decisão dos representantes do povo interferia com direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos brasileiros. Do ponto de vista da democracia, esta parece uma saída mais conveniente.

6.2

Rigidez constitucional e controle fraco de constitucionalidade

Uma última reflexão a ser feita sobre o controle fraco de constitucionalidade e sua possível implantação como forma de suprir a suposta falta de legitimidade do judiciário para proferir a última palavra em matéria de interpretação constitucional trata da relação entre o grau de rigidez constitucional adotado em cada sistema e a legitimidade do judiciário para exercer a fiscalização dos atos legislativos.

Não se pode afirmar que a legitimidade do controle de constitucionalidade seja um tema estranho à doutrina jurídica brasileira. No entanto, parece que apenas recentemente as críticas democráticas ao controle de constitucionalidade realizado em nosso país, por inspiração no direito estadunidense, por todos os juízes e, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, começaram a ganhar algum espaço no meio acadêmico.⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ Dentre os trabalhos que abordam a temática da legitimidade do controle de constitucionalidade, destacam-se: MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como Democracia*; BINENBOJM, G. A *Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*; SOUZA CRUZ, A. R. *Jurisdição Constitucional Democrática*; SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*; VIEIRA, O. V. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*; LIMA, M. M. B.

Em que pese a preocupação de nossos autores em legitimar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, são raros os trabalhos que questionam de maneira séria a possibilidade de exercício ou a primazia de tal controle. As propostas, em geral, sugerem determinados comportamentos ligados à forma como o controle é exercido, como demonstram alguns dos trabalhos recentes sobre o tema.

O juiz federal Sergio Fernando Moro, por exemplo, sugere que o controle de constitucionalidade pode e deve ser exercido, desde que os juízes adotem em regra uma postura de “autocontenção”, em oposição ao ativismo judicial, que seria reservado para situações excepcionais, descritas da seguinte maneira:

Sem a pretensão de ser exaustivo, sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: a) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial dos direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.⁵⁸⁶

Ao definir o que seria uma postura de autocontenção, Moro faz referência às “virtudes passivas” da jurisdição constitucional, amparado na obra de Alexander Bickel.⁵⁸⁷ Os juízes, nestes casos, ou devem adotar estratégias como a interpretação tradicional, mais apegada ao texto, ou aplicar uma técnica minimalista de decisão, que limita os efeitos apenas para o caso concreto sob análise.⁵⁸⁸ E, especialmente, devem ser evitadas as decisões de mérito sobre controvérsia constitucional.⁵⁸⁹

No entanto, evitar o julgamento de mérito em questões constitucionais não é tarefa simples no Brasil. O modelo típico de seleção de casos por um tribunal ao qual se reconhece o poder de escolher o que irá julgar é o *writ of certiorari* norte-americano, que vem a ser a principal via de acesso dos cidadãos à Suprema Corte. A decisão sobre a admissibilidade ou não de um caso é tomada

⁵⁸⁶ “Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política”; BONAVIDES, P. “Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”.

⁵⁸⁷ MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 315.

⁵⁸⁸ Ibid., nota 13.

⁵⁸⁹ SUNSTEIN, C. *One Case at a Time*.

⁵⁸⁹ MORO, S. F., op. cit., p. 206.

discretoriariamente, sem necessidade de fundamentação, o que torna simples a opção por não decidir alguma questão.

No Brasil, por outro lado, o *certiorari* serviu de inspiração ao poder constituinte derivado, que introduziu a “repercussão geral” como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários a partir da Emenda Constitucional nº 45. Entretanto, não se pode afirmar que o STF tem um poder semelhante ao da Suprema Corte, na medida em que só pode recusar um recurso extraordinário mediante manifestação expressa de 2/3 dos terços de seus membros e a decisão, por força do art. 93, IX da Constituição, deve ser obrigatoriamente fundamentada.⁵⁹⁰

Ademais, o recurso extraordinário, embora seja quantitativamente a principal forma de provocação do STF, convive com as ações de controle abstrato de constitucionalidade, em relação às quais o STF não possui qualquer mecanismo para deixar de analisar o mérito, o que compromete a eficiência de uma postura de auto contenção baseada na “arte de não decidir”.

Outra dificuldade com a proposta de Moro é que afirmar a necessidade de uma postura ativista em determinados casos e uma postura de auto contenção em outros casos não exclui a necessidade de se definir quem determinará a conduta a ser adotada. Parece inevitável que seja o próprio judiciário o responsável por esta escolha, já que qualquer outra postura implicaria uma grave violação à separação dos poderes. Assim, fica comprometida a segurança deste parâmetro, pois a autoridade responsável por adotá-lo não fica se submetendo a qualquer espécie de controle. Em outras palavras, se o STF adotar uma postura ativista quando deveria adotar uma postura de auto contenção, os efeitos práticos de sua decisão serão idênticos, pois não haverá qualquer mecanismo de correção. Esta proposta depende de uma confiança exagerada nos próprios juízes e, portanto, não possui qualquer garantia de sucesso.

A influência da obra de John Hart Ely,⁵⁹¹ para quem o *judicial review* somente é legítimo quando praticado na defesa dos mecanismos democráticos, é notada não só em Moro, mas também na obra de Oscar Vilhena Vieira. O

⁵⁹⁰ Sobre o tema, conferir BERMAN, J. G. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas*.

⁵⁹¹ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*.

professor da PUC-SP, no entanto, refuta a teoria de Ely por considerá-la baseada em um “conceito extremamente abstrato de democracia, assumindo diversas qualidades que provavelmente não poderão ser encontradas nas democracias existentes”.⁵⁹²

Vieira adota uma perspectiva mais desconfiada da democracia, que poderia levar à perpetuação das elites no poder, e crê na jurisdição constitucional como um eficiente mecanismo de equilíbrio, capaz de atribuir ao STF “o papel de árbitro último da política nacional, neutralizando conflitos desagregadores e garantindo a continuidade e harmonia do sistema político”⁵⁹³. Vieira ressalva que os ministros do STF não devem substituir a vontade da Constituição pela sua, mas reconhece a supremacia judicial na seguinte passagem:

Ao assegurar a vontade da Constituição o Supremo Tribunal Federal realiza o ideal do governo das leis. Caso se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo ilegitimamente, pois afinal não foram eleitos para assumir esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao tribunal tais atribuições. *Ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, cabe a última palavra.* Daí a sua enorme responsabilidade.⁵⁹⁴ (grifou-se)

Percebe-se, assim, que a posição de Vieira também depende, em último grau, de uma confiança na atuação dos componentes do STF, uma vez que não haverá qualquer controle sobre suas decisões. Como afirmado, a sua palavra será definitiva, logo, se a jurisdição constitucional for exercida de maneira equivocada, nada poderá ser feito para corrigir os seus rumos.

Outro constitucionalista que declara sua fé no judiciário como o guardião último do texto constitucional é Gustavo Binenbojm. O professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro defende a legitimidade da jurisdição constitucional de maneira ampla, sendo ela apta a atuar tanto na defesa dos direitos fundamentais (Dworkin) quanto do procedimento democrático (Habermas). As decisões dos tribunais, além de serem finais, seriam uma forma de contribuir para a racionalização do debate político e para que algumas questões tradicionalmente

⁵⁹² VIEIRA, O. V. “A moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”, p. 247.

⁵⁹³ VIEIRA, O. V. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, p. 233.

⁵⁹⁴ Id., ibid.

resolvidas no campo das disputas de poder fossem tratadas, enfim, como questões de justiça.⁵⁹⁵

Sua proposta não questiona a supremacia judicial, apenas defende a democratização dos próprios mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis, o que teria sido satisfatoriamente alcançado com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura das ações constitucionais, e com a lei 9.868/99, especialmente pela possibilidade de o STF recorrer a peritos e *amici curiae* para ajudar a formar seu convencimento.⁵⁹⁶

O grande constitucionalista Paulo Bonavides também dedicou estudo à legitimidade da jurisdição constitucional brasileira.⁵⁹⁷ Sua crítica à atuação do STF igualmente não passa pela questão da supremacia judicial, dirigindo-se mais à atuação concreta do principal tribunal do país do que aos pressupostos legitimadores de sua atuação. De fato, o mestre cearense faz referência a uma “queda qualitativa”,⁵⁹⁸ no controle de constitucionalidade exercido de maneira concentrada no STF, que estaria a exercer mais um papel de guardião da governabilidade do que de efetivo protetor dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, notadamente aqueles denominados direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais. Bonavides sugere também mecanismos de democratização da jurisdição constitucional, especialmente por meio da recuperação do controle difuso de constitucionalidade, que vem perdendo espaço para o controle concentrado, por natureza menos democrático.

O fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, registrado inclusive em recentes decisões do próprio STF,⁵⁹⁹ também é alvo das críticas de Álvaro Ricardo de Souza Cruz.⁶⁰⁰ O autor, como já mencionado, defende o

⁵⁹⁵ BINENBOJM, G., *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, p. 119, fazendo referência a Dworkin.

⁵⁹⁶ BINENBOJM, G., *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, p. 247-248.

⁵⁹⁷ BONAVIDES, P. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 130.

⁵⁹⁹ Fala-se mesmo em uma objetivação (ou abstrativização) do controle difuso de constitucionalidade. Consultar DIDIER JR., F. “O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”.

⁶⁰⁰ SOUZA CRUZ, A. R. *Jurisdição Constitucional Brasileira*.

reforço do modelo difuso/concreto do controle da constitucionalidade das leis⁶⁰¹, de modo a permitir que haja uma aproximação entre a sociedade civil e o STF. Note-se que Souza Cruz afirma que o reforço do modelo concreto se dá por meio do aperfeiçoamento da via concentrada, ou seja, sua tese central não ataca a jurisdição constitucional ordinária exercida por todos os juízes brasileiros, mas sim a atuação do STF. É neste sentido que o autor defende a comprovação de dúvida ou controvérsia como condição de ações de fiscalização abstrata (inclusive ADI e ADPF), equipara o efeito vinculante ao efeito *erga omnes*, rejeita a ponderação de valores, assim como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, restringe a aceitabilidade da “interpretação conforme” e recusa a existência de ADPF na modalidade incidental.

A proposta de Souza Cruz esbarra certamente em um dado empírico: o STF, cada vez mais, procura mecanismos para centralizar as decisões acerca da constitucionalidade das leis, e o legislador parece acompanhar esta posição, como demonstram modificações como a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em 1993, a previsão legal e constitucional do efeito vinculante das decisões proferidas em ADC e ADI (art. 102, § 2º, a partir da EC 45/04 e Lei 9.868/99) e em ADPF (Lei 9.882/99), a introdução de mecanismos como a repercussão geral do recurso extraordinário e a súmula vinculante (EC 45/04) e a ampliação da utilização da Reclamação, ligada à aceitação da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de fiscalização abstrata.⁶⁰² Como as alterações propostas por Souza Cruz também dependem de aceitação espontânea pelo STF, não parece crível que isso venha a acontecer em um espaço curto de tempo.

Percebe-se que os autores analisados refletem uma crescente preocupação com a legitimidade da jurisdição constitucional, sugerindo alternativas para a superação da “dificuldade contramajoritária” enfrentada especialmente pelo STF no exercício de sua função de guardião da constituição. Como visto anteriormente, no entanto, este argumento já foi dado como superado pela

⁶⁰¹ Ibid., p. 447.

⁶⁰² BERNARDES, J. T. “Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?”.

doutrina estadunidense contemporânea, sendo substituído pela discussão em torno da supremacia judicial.

É importante notar, ainda, que, enquanto nos Estados Unidos a questão da legitimidade do *judicial review* desperta especial interesse por conta da falta de previsão expressa na Constituição da Filadélfia que confira tal poder para os juízes, enquanto a nossa Constituição de 1988, repetindo expressamente a fórmula adotada desde nossa primeira constituição republicana (1891), prevê expressamente a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade. Evidentemente, o simples fato de haver previsão no texto constitucional não significa que tal prática seja boa ou ruim, ou de alguma forma infensa a críticas; o argumento de que seria antidemocrática, todavia, é fortemente esvaziado, uma vez que foi opção do povo, manifestada por meio do poder constituinte originário, incumbir o STF da guarda da constituição.

Mas é possível que o problema da legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil não seja tão acentuado como nos Estados Unidos. Isso porque, não se deve perder de vista que a estrutura constitucional brasileira já permite alguma forma de diálogo entre o STF e os demais poderes políticos na tarefa de atribuir significado aos enunciados de nossa norma fundamental. Esta constatação pode trazer novos elementos para a discussão sobre a supremacia judicial no Brasil, e é exatamente sobre este ponto que se deseja fazer algumas reflexões.⁶⁰³

Ao se falar em supremacia judicial, não entra em questão a possibilidade de os juízes deixarem de aplicar normas em consequência da interpretação que fazem do texto constitucional, fazendo valer, assim, a maior hierarquia da norma fundamental. O que se discute é a existência de monopólio na interpretação da constituição por parte do poder judiciário e se a opinião dos juízes (especialmente do STF) será definitiva, ou seja, se terá primazia em relação àquela exposta pelos demais poderes políticos.

⁶⁰³ Entre os autores que procuram justificar a atuação do judiciário brasileiro no exercício do controle de constitucionalidade com base em uma perspectiva dialógica, vale citar MENDES, C. H. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* e BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Sobre a superação legislativa de precedentes judiciais*, ver, ainda, SENGÈS, Gustavo A. *O Fenômeno da Correção Legislativa de Decisão Judicial*.

Que os demais poderes da República podem (e devem) interpretar a Constituição é questão colocada fora de dúvidas. Por exemplo, reconhece-se a possibilidade de o Estado deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, mesmo após a Constituição de 1988, como bem salienta Luís Roberto Barroso.⁶⁰⁴ O que entra em discussão é se a interpretação judicial prevalecerá sobre a interpretação política, como também afirma o titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.⁶⁰⁵ Ainda que reconheça a inexpugnável imbricação entre direito e política, o autor parece confiar na habilidade do judiciário para exercer sua função de forma adequada, sem invadir o terreno da política, e garantindo de forma efetiva os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.⁶⁰⁶

Mas antes de se condenar o sistema brasileiro, por confiar excessivamente na supremacia judicial na interpretação da constituição, é preciso analisar o ponto levantado no início desta seção: a relação entre o grau de rigidez constitucional e a legitimidade da garantia jurisdicional da constituição.

O Brasil, sem sombra de dúvidas, integra o bloco do constitucionalismo jurídico e possui um sistema forte de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis. Isso não significa, no entanto, que a supremacia judicial tenha entre nós o mesmo peso que tem, por exemplo, nos Estados Unidos, dadas as diferenças quanto ao processo exigido para se alterar o texto constitucional.

A relação entre controle de constitucionalidade e o processo de emendas ao texto constitucional é destacada com precisão por Mark Tushnet, que assim descreve as diferenças entre controle forte e fraco de constitucionalidade:

(...) hoje temos disponíveis duas versões de controle de constitucionalidade, forte e fraco. No controle forte, uma decisão do judiciário sobre o conteúdo das leis sobre processo legislativo não é formalmente passível de revisão, exceto pela própria corte ou pelo difícil processo de emenda constitucional. Os sistemas de controle fraco permitem revisão formal de decisões judiciais por meio de um

⁶⁰⁴ BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 69-72.

⁶⁰⁵ BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Destaca-se, na p. 69: “Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição”.

⁶⁰⁶ BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”.

processo que é de alguma forma mais difícil de empregar do que aquele exigido para a elaboração da legislação ordinária.⁶⁰⁷

É em uma nota de rodapé ao texto acima transcrito que Tushnet faz a observação que nos parece central para o caso brasileiro: o controle forte de constitucionalidade pode ser significativamente abrandado quando existe a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais através de um processo relativamente simples.⁶⁰⁸ Mais do que isso, ele considera que o grau de rigidez constitucional deva ser determinante na escolha do modelo de controle de constitucionalidade mais apropriado: “a facilidade ou dificuldade pra emendar uma constituição deve afetar a escolha entre controle forte ou fraco de constitucionalidade”.⁶⁰⁹ Naturalmente, quanto menor a rigidez constitucional, mais forte poderá ser o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, sem que isso represente uma ameaça ao princípio democrático.

Quando se afirma que o controle fraco de constitucionalidade é mais vantajoso do que o controle forte, geralmente a afirmação baseia-se justamente na possibilidade de diálogo entre os poderes responsáveis pela interpretação da constituição, não se colocando a opinião do Judiciário como definitiva. Mas deve-se levar em consideração que a possibilidade de aprovação de uma emenda à Constituição é uma das formas pelas quais este diálogo pode ocorrer, desde que o seu procedimento não seja demasiadamente rigoroso.

⁶⁰⁷ TUSHNET, M. “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, p. 361, notas de rodapé omitidas, tradução livre. No original: *“today we have available two versions of judicial review, strong-form and weak-form. In strong-form judicial review, a court’s decision about the content of the laws of law-making is not formally revisable except by the court itself or by a difficult process of constitutional amendment. Weak-form systems allow formal revision of judicial decisions through a process that is somewhat more difficult to employ than the process by which ordinary legislation is enacted.”*

⁶⁰⁸ TUSHNET, M. “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, nota de rodapé nº 25, em tradução livre: *“Deixo de lado aqui o papel das emendas constitucionais na arquitetura institucional. Em tese, o controle forte pode ser significativamente enfraquecido por processos que facilitem sua aprovação”*. No original: *“I put aside here the role of constitutional amendment in the institutional architecture. Putatively, strong-form review can be significantly weakened by processes that allow for easy constitutional amendment.”*

⁶⁰⁹ TUSHNET, M. “The rise of weak-form judicial review”, p. 322, tradução livre. No original: *“The ease or difficulty of amending a constitution should affect the choice between strong-form and weak-form constitutional review”*.

O controle fraco de constitucionalidade em um país como o Canadá, no qual é bastante difícil conseguir a aprovação de uma emenda à constituição⁶¹⁰, permite que o poder legislativo (federal ou provincial) aplique uma lei inconstitucional (superando, assim, a opinião do judiciário) de maneira rápida, o que seria impossível se fosse necessário emendar a Constituição. O mesmo acontece nos Estados Unidos, onde se exige, para aprovação de uma emenda constitucional, os votos de dois terços dos membros das duas casas do Congresso Nacional, além da ratificação por três quartos das Assembleias Legislativas dos Estados ou de Convenções especialmente convocadas para tanto (art. V, Constituição norte-americana).

No Brasil, entretanto, a situação é diferente, como refletem as sete dezenas de emendas à Constituição aprovadas em pouco mais de 20 anos de vigência. Entre nós, a reforma do texto constitucional depende apenas do poder legislativo federal, que deve se manifestar através dos votos de três quintos dos membros de ambas as casas, em dois turnos de votação (art. 60, § 2º, CRFB/1988). Este procedimento relativamente simples abre caminho para respostas rápidas do legislativo ao judiciário, ou seja, permite que, declarada a inconstitucionalidade de uma determinada lei, o legislativo supere esta decisão não por meio de uma nova lei, mas através da alteração do texto da própria constituição. E, em diversas ocasiões, isso já foi feito.⁶¹¹

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu com relação às coligações eleitorais. Até 2002, os partidos políticos realizavam coligações para as eleições nos planos federal, estadual e municipal livremente, ou seja, as coligações estabelecidas no pleito federal não precisariam se reproduzir nos pleitos estaduais. Naquele ano, entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.002, que determinava que os partidos políticos que ajustassem uma coligação nas eleições presidenciais não poderiam formar coligações com outros partidos nas eleições para os cargos de governador, senador, deputado federal e deputado estadual ou

⁶¹⁰ A aprovação de emendas constitucionais depende de aprovação do Legislativo, formado pelo Senado e pela Câmara dos Comuns, aliada à ratificação pelas assembleias legislativas de, pelo menos, dois terços das províncias, conforme disposto na Seção V do *Constitution Act, 1982*.

⁶¹¹ Fenômeno semelhante ocorre na Índia, que possui uma constituição com grau de rigidez ainda menor do que a nossa. Ver, a respeito, DIXON, R. “Constitutional amendment rules: a comparative perspective”.

distrital. O STF, em seguida, corroborou a interpretação feita pelo TSE, criando, assim, a regra da “verticalização” das coligações eleitorais.

No mesmo ano de 2002, foi proposta uma emenda à Constituição, que terminou promulgada em 08 de março de 2006, ou seja, cerca de quatro anos após a decisão do STF, e que modificou substancialmente o art. 17, § 1º, da Constituição. Este passou a prever expressamente a inexistência de obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.⁶¹² Diante da modificação no texto constitucional, a regra da verticalização, imposta pelo judiciário, foi definitivamente enterrada por vontade do legislativo.⁶¹³

Outro exemplo de superação das decisões judiciais por meio de emendas à Constituição ocorreu no caso da cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos. A Lei 9.783/1999 estabeleceu a referida cobrança, no entanto, ela foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.010, realizado em 30 de setembro daquele mesmo ano. Novamente, a resposta política não tardou: em 19 de dezembro de 2003 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 41, que, modificando o art. 40 da CRFB, restabeleceu a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas. E, mais uma vez, o Judiciário curvou-se à vontade manifestada pelo Poder Legislativo.⁶¹⁴

Um terceiro exemplo de resposta dada pelo Legislativo a uma decisão judicial que lhe tenha desagradado acabou resultando na aprovação da Emenda Constitucional nº 58/2009. A questão em discussão referia-se ao número de vereadores que os municípios deveriam ter, em relação à sua população. A redação anterior do artigo 29, inciso IV, da Constituição era tradicionalmente

⁶¹² Art. 17, § 1º, CRFB/1988, com a redação dada pela EC 52/2006: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina fidelidade e disciplina partidárias”.

⁶¹³ O STF, ao julgar a ADI nº 3.685-8, proposta contra a Emenda 52/2006, limitou-se a afirmar que a regra nova não se aplicaria às eleições de 2006, por desrespeito ao art. 16 da CRFB, que estabelece o prazo de um ano para a entrada em vigor de leis que alterem o processo eleitoral. Isso não significa dizer que sua interpretação anterior não tenha sido superada, apenas que ela permaneceu válida por mais um pleito.

⁶¹⁴ ADI 3.105, julgada improcedente em 18/08/2004.

interpretada no sentido de oferecer aos municípios apenas os limites mínimo e máximo quanto ao número de vereadores, de acordo com a sua população, havendo absoluta discricionariedade para a fixação do número exato pela municipalidade dentro de tais parâmetros.⁶¹⁵ Com o julgamento, pelo STF, do RE 197.917-8, houve uma mudança na interpretação dada pela corte máxima do país, que passou a entender que o *caput* do artigo 29 estabeleceria uma regra de proporcionalidade entre a população do município e o número de vereadores. Com base nesse entendimento, foi estabelecido um critério matemático para o cálculo do número de cadeiras em disputa para as Câmaras de Vereadores, o que levou à extinção de milhares de cargos eletivos (aproximadamente 8.000).

A decisão do STF foi tomada em 05/06/2002, e as propostas de emendas tendentes a alterar o parâmetro constitucional não tardaram a surgir. Já em 2004 havia três PECs em tramitação nas casas do Congresso Nacional e, em 23/09/2009, foi aprovada a Emenda Constitucional 58/2009, que, ao conferir nova redação ao artigo 29, IV, da Constituição Federal, restabeleceu mais de 7.000 das vagas perdidas com a decisão do STF.⁶¹⁶

⁶¹⁵ A redação do artigo 29, IV, da CF, era a seguinte:

Art. 29. O Município reger-se-à por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um Milhão de habitantes;
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

⁶¹⁶ A nova redação do art. 29, IV, CF, é a seguinte:

IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;

Nos casos examinados, o lapso entre a decisão judicial e a sua superação pelo Legislativo através de emendas à Constituição foi de, no máximo, sete anos, o que não pode ser considerado um período de tempo longo para a modificação do diploma normativo de mais elevada hierarquia no ordenamento jurídico.⁶¹⁷ Parece, portanto, que o arranjo constitucional brasileiro não consagra categoricamente a supremacia judicial. Talvez seja possível falar em uma supremacia judicial moderada, na medida em que há controle jurisdicional forte de constitucionalidade das leis, mas mitigado por um procedimento relativamente simples de alteração do texto constitucional.

- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;
- q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;
- r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
- s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;
- t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;
- u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;
- v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;
- w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e
- x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

⁶¹⁷ Aqui foram escolhidos apenas três casos significativos que demonstram como é possível ao Congresso ultrapassar entendimentos do judiciário. Há outros, contudo. Podem ser citadas como respostas ao STF em emendas constitucionais de nº 12 (criou a CPMF, em resposta à ADI 939-DF, que declarara inconstitucional o IPMF), 39 (instituiu a contribuição de iluminação pública, diante de decisões recorrentes do STF que julgavam inconstitucional a cobrança de taxa com a mesma finalidade) e 57 (convalidou municípios criados de forma inconstitucional, conforme julgado pelo STF nas ADIs 2240/BA, 3216/MT, 3489/SC e 3689/PA).

O tema ganha contornos mais complexos, no entanto, quando se leva em consideração que a nossa Constituição possui determinados dispositivos que simplesmente não podem ser suprimidos, conhecidos como cláusulas pétreas⁶¹⁸. Nestes casos, até mesmo uma emenda à constituição poderá ser declarada inconstitucional se entrar em conflito com um dos dispositivos que compõem esse núcleo intangível do texto constitucional. Aí sim teríamos uma supremacia judicial absoluta no Brasil, já que o legislativo e o executivo não terão à disposição mecanismos razoavelmente simples para superar a interpretação fornecida pelo judiciário.

Mas, se, por um lado, a delimitação do conteúdo das cláusulas pétreas é bastante difícil, mesmo por conta da redação do art. 60 da Constituição (sem falar nas cláusulas pétreas implícitas, aceitas pela doutrina, mas de conteúdo incerto), por outro a experiência prática mostra que não é comum a declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição, o que parece indicar em tais casos uma postura de maior autocontenção do Judiciário. Veja-se, por exemplo, o que aconteceu no já mencionado caso da contribuição dos inativos: a lei que inicialmente a criou foi declarada inconstitucional; no entanto, o STF recusou-se a afirmar a ofensa a direito adquirido quando a mesma taxação foi estabelecida por meio de emenda constitucional, afirmando não haver violação à garantia fundamental do respeito ao direito adquirido.⁶¹⁹

Um alerta, contudo, deve ser feito.⁶²⁰ Constituições são feitas para durar, afinal, são normas dotadas de um grau de estabilidade maior do que o geralmente reconhecido à legislação ordinária. Se for editada uma emenda sempre que o Congresso discorde de uma decisão do STF, tal estabilidade restará comprometida, com sérios riscos à segurança jurídica e à confiança que a comunidade deposita em sua norma fundamental. Cautelas à parte, é inegável que a rigidez relativamente pequena de nossa constituição torna o modelo fraco de controle de constitucionalidade menos atraente para nossa realidade do que poderia parecer à primeira vista.

⁶¹⁸ Ver LEITE, F. C. “Revisão da doutrina dos limites ao poder de reforma na constituição de 1988 (reflexões a partir do estudo de dois casos)”.

⁶¹⁹ Comparar as decisões proferidas pelo STF nos julgamentos das ADIs nº 2.010-DF e nº 3.105-DF.

⁶²⁰ Devo essa observação a Kent Roach que, em conversa sobre o tema, chamou minha atenção para o ponto. A gravação da conversa está disponível com o autor.