



Mario Antônio Manhães de Andrade e Oliveira

**À Imagem e Semelhança de Quem?
Supremacia judicial, dificuldade
contramajoritária e diálogos institucionais
no Brasil**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentação ao Programa de Pós-graduação
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro
Abril de 2016



Mario Antonio Manhães de Andrade e Oliveira

À imagem e semelhança de quem?

Supremacia judicial, dificuldade contramajoritária e diálogos institucionais no Brasil

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Gisele Guimarães Cittadino

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Diego Werneck Arguelhes

FGV-RJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2016.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Mario Antônio Manhães de Andrade e Oliveira

Graduou-se em Direito pela Universidade Federal Fluminense em 2012. Ingressou no Mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2014 e desde então tem se dedicado a estudos envolvendo a jurisdição constitucional.

Ficha Catalográfica

Oliveira, Mario Antônio Manhães de Andrade e

À imagem e semelhança de quem?: supremacia judicial, dificuldade contramajoritária e diálogos institucionais no Brasil/ Mario Antônio Manhães de Andrade e Oliveira; Orientador: Fábio Carvalho Leite – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

137 f; 29,7 cm

Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – teses. 2. Dificuldade contramajoritária. 3. Supremacia judicial. 4. Diálogos institucionais. I. Leite, Fábio Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Vovó Éda, o ser humano mais iluminado que já passou pela Terra.

Agradecimentos

O processo que envolveu a elaboração desta dissertação contou com a participação estratégica de diversas pessoas. O momento da minha vida é de muitas mudanças: estou de casamento marcado, prestes a ir morar sozinho, iniciei há pouco tempo meu primeiro trabalho pós-formatura. Todas essas novidades são motivo de uma imensa alegria, mas um tanto quanto difíceis de compatibilizar com o fôlego necessário à produção de um trabalho acadêmico. A dificuldade, no entanto, só aumenta a sensação do dever cumprido, certo de que, na vida, sempre haverá uma oportunidade nova para o aperfeiçoamento.

Meu primeiro agradecimento é a minha mãe, Marta Nair Manhães de Andrade, que é a força propulsora de todas as minhas conquistas na vida. Sem o esforço descomunal que fez e ainda faz para despertar em mim as coisas que me engrandecem como ser humano, filho e intelectual, não seria possível concluir o Mestrado na PUC, aliás, sequer seria possível chegar nele. Dedico a ela todas as vitórias da minha vida, pois sempre tem um dedo seu, quando não a mão inteira, por detrás de uma conquista. Minha mãe me trouxe da Suécia, da Hantverkargatan nº 44, para ser Manhães de Andrade, neto de Vovó Éda, e me fez entender Grussaí, o melhor lugar do mundo. Por essas e outras realizações, o grande herói da minha vida é uma mulher de menos de um metro e sessenta, mas cujas dimensões nunca couberam em qualquer medida.

O segundo agradecimento é a Débora. Débora é a pessoa mais importante da minha vida. O amor que cultivamos é um monumento, arquitetado milimetricamente de modo a comportar todo o necessário (e muito mais!) para tornar a existência um prazer inenarrável. Débora é muitas coisas na minha vida, aliás, sempre foi. Desde que nos encontramos, aos oito ou nove anos de idade na AEN, Débora tem sido o grande amor da minha vida, a minha melhor amiga, a minha parceira intelectual, a pessoa que entende meus medos e aflições, a pessoa que me faz ver o mundo de forma melhor ... Débora é muitas coisas boas. Mas, uma coisa ela é, fundamentalmente, e não há prazer maior em dizer isso: para sempre, a minha namorada.

Agradeço também a Tio Luciano, Tia Juju e Tia Paula, por não terem limitado o seu amor de pais aos seus próprios filhos e me amarem como tal. São, hoje, o centro de gravidade da nossa família, responsáveis, junto com a minha mãe, por tudo que nos une enquanto Manhães de Andrade (eu, Pedro, Lucianinho, Elê, Juliana, e todas as pessoas importantes que se ligam a nós e abraçam a nossa causa!).

Meu pai também merece meus agradecimentos. É pessoa de quem me orgulho muito pela sua história de luta e de humildade. Meu pai foi um menino brasileiro excluído, como tanto outros que existem por aí. Passou pelas privações da infância, trabalhando duro, e na juventude sofreu com a truculência do governo militar (com minúscula). Se esse trabalho defende pretensões para a democracia brasileira, antes o faz porque hoje temos uma. Meu pai é um dos responsáveis por isso.

Agradeço ao meu orientador Fábio, por ter dedicado tantas horas da sua vida para me atender e debater ideias em torno do tema que me propus a analisar. Fábio nunca sumiu, não orientou de fachada e esteve presente em todos os passos que me permitiram concluir a dissertação. Obrigado, também, por ter me apresentado caminhos e possibilidades para a conclusão do Mestrado na PUC.

Meus agradecimentos se estendem também a Leticia, pessoa que viabilizou a realização deste trabalho com toda a sua compreensão. Leticia é minha chefe, a quem chamo, no Tribunal, de “Dra.”. Mas, o título engana. Leticia (gosto de pensar em Let, como se autointitula no nosso grupo do WhatsApp) é uma pessoa horizontal, aberta ao diálogo e sempre disponível para ouvir um bom argumento. É alguém por quem nutro profundo carinho, admiração e amizade e que vem influenciando muito o meu amadurecimento nos últimos dois anos.

Por fim, agradeço aos pais de Débora, Carlos e Cássia, por terem sempre me recebido na família de vocês.

Aos meus amigos queridos, não vou dizer nada, pois sexta-feira sempre tem cerveja gelada. Não pode haver oportunidade melhor para lhes falar o que precisa ser dito.

Resumo

Oliveira, Mario Antônio Manhães de Andrade; Leite, Fábio Carvalho. **À imagem e semelhança de quem? – Supremacia judicial, dificuldade contramajoritária e diálogos institucionais no Brasil**. Rio de Janeiro, 2016. 137p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Este trabalho dedica-se a criticar a suposta relação, presente numa certa concepção dominante acerca da jurisdição constitucional no Brasil, entre supremacia judicial e interpretação constitucional. A crítica parte de uma investigação histórica. No primeiro capítulo, procuro demonstrar que ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, não foi atribuída uma posição de destaque capaz de influenciar significativamente os rumos da política nacional na história constitucional brasileira. A ascensão da jurisdição constitucional no Brasil não é produto de uma tradição, mas um fenômeno recente, cujas bases fundamentais ainda estão em construção. O segundo capítulo é dedicado a problematizar a premissa, fruto de uma tradição fundada na crença no papel contramajoritário das cortes no sistema democrático, de que ao judiciário cabe dar a última palavra sobre o sentido da constituição. Procuro demonstrar que a forma como teorias importantes, mesmo as críticas, tratam o problema da última palavra deixa à margem o potencial deliberativo do sistema democrático, precisamente por engendram modelos de supremacia, judicial ou não. Alternativamente, um modelo de relação interinstitucional baseado no diálogo se capitaliza da deliberação e da interação interinstitucional, trazendo novas virtudes para o sistema democrático e potencializando as já existentes, precisamente por negar modelos de supremacia institucional. No terceiro capítulo, trago a discussão de volta à realidade brasileira. Procuro identificar, a partir de elementos empíricos, que as nossas instituições estão dispostas ao diálogo. Sobretudo, que o Supremo Tribunal Federal não é essencialmente uma instituição contramajoritária, pois, na média, sua atuação é pautada mais pela deferência do que pela agressividade.

Palavras-chave

Dificuldade contramajoritária; supremacia judicial; diálogos institucionais.

Abstract

Oliveira, Mario Antônio Manhães de Andrade; Leite, Fábio Carvalho. (advisor). **In the image and likeness of whom? - judicial supremacy, countermajoritarian difficulty and institutional dialogues in Brazil.** Rio de Janeiro, 2016. 137p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This essay formulates a critic about the supposed connection, regarding judicial review in Brazil, between judicial supremacy and constitutional interpretation. The starting point is history of Brazilian constitutionalism. In the first chapter, I try to show that historically the judicial branch, notably the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), has not been able to influence the course of political decisions in Brazil. The rise of judicial review is not the outcome of a tradition, but a recent phenomenon with many features still not yet developed. The second chapter is entitled to discuss the premises of the *countermajoritarian difficulty* tradition, especially the assumption that the judiciary has the last word about the meaning of the constitution. I try to demonstrate that the way in which influential theories, even the critical ones, have been addressing the question regarding the last word in constitutional interpretation diminish the roll of deliberation in a democracy, precisely because they lead to some sort of supremacy, judicial or not. Alternatively, dialogical theories of judicial review capitalize from institutional deliberation and interaction, enforcing the democratic framework. In the third chapter, I manage the discussion back to the Brazilian reality. I try to identify, based on empirical foundations, the dialogic bias of our political system. Mostly, by bringing evidence that the Federal Supreme Court is not, essentially, a *countermajoritarian* institution, giving the fact that its performance, in general, is more deferential than aggressive.

Keywords

Countermajoritarian difficulty; judicial supremacy; institutional dialogues.

Sumário

1. Introdução	12
2. A Supremacia Judicial e a sua Relação (Não Gloriosa) Com a História Constitucional Brasileira	19
2.1. O conceito de supremacia judicial e sua relação com uma tipologia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis	19
2.2 A supremacia judicial e a história constitucional brasileira pré-1988	28
2.2.1 A Constituição de 1824	29
2.2.2 A Constituição Republicana de 1891	32
2.2.3 O Brasil governado na primeira Era Vargas: as Constituições de 1934 e 1937	38
2.2.4 A Constituição de 1946	43
2.2.5 As Constituições da Ditadura Militar	47
2.3 O constitucionalismo brasileiro com a Constituição de 1988 e as bases para a ascensão do Poder Judiciário no cenário político	52
2.3.1 O Neoconstitucionalismo	53
2.3.2 O Neoconstitucionalismo e a Constituição de 1988: a ascensão do Supremo Tribunal Federal	57
2.4. Síntese conclusiva	64
3. A Supremacia Judicial Sob a Perspectiva Crítica dos Diálogos Institucionais	67
3.1 O ponto de partida: a dificuldade contramajoritária	67
3.2 A exaltação das virtudes das cortes	69
3.3 A exaltação das virtudes dos representantes eleitos	72
3.4 Nem isto, nem aquilo: as virtudes da deliberação interinstitucional	77
3.5 Os diálogos institucionais	90
3.5.1 O diálogo institucional sob o enfoque positivo	95
3.6 Síntese Conclusiva	101

4. A Jurisdição Constitucional Brasileira sob um Enfoque Positivo	106
4.1. A juridicização do discurso político como mecanismo de ampliação do universo de intérpretes da constituição	106
4.2. Papel representativo e problematização do rótulo da “Corte contramajoritária”	109
4.3 O que faz então o Supremo Tribunal Federal?: a Corte como propulsora do diálogo institucional	118
4.4 Síntese conclusiva	125
5. Conclusão: Objetivo e Contribuição do Trabalho	129
6. Referências bibliográficas	132

“As opiniões não são verdades, pois não resistem ao diálogo crítico” - Sócrates

1.

Introdução

Este trabalho irá apresentar o processo envolvido na interpretação da Constituição como o produto de um diálogo do qual participam diversos atores políticos. Neste diálogo, o Supremo Tribunal Federal aparecerá como um ator que exerce certo protagonismo, sem, no entanto, atuar como um fator de inibição das capacidades interpretativas e do espaço de conformação política baseados na Constituição de outras instituições.

Por isso, uma premissa-chave desta dissertação é a recusa em aceitar a supremacia judicial como um aspecto definidor da jurisdição constitucional brasileira. Refuta-se, essencialmente, o argumento de autoridade contido na afirmação de que ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabe a última palavra definitiva sobre o sentido da nossa Constituição. Esta, como se verá, parece ser uma visão míope do que *é* e do que *faz* a Corte Constitucional brasileira ao se manifestar sobre questões constitucionais sensíveis.

O Brasil, em menos de 200 anos desde a promulgação da primeira constituição em 1824, já teve sete constituições¹, inseridas, quase sempre, em cenários políticos conturbados, marcados por doses consideráveis de autoritarismo. O Supremo Tribunal Federal esteve presente, como órgão de cúpula do Judiciário e com poder de exercer o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos², em todas as cartas que se seguiram à criação da Corte pela Constituição de 1891. Mas, a despeito das prerrogativas formalmente atribuídas ao Tribunal nas sucessivas Constituições brasileiras, qual era a sua real capacidade de atuar como um Poder detentor da última palavra sobre o sentido do texto constitucional, determinando, em caráter final, cursos de ação estratégicos no cenário político nacional?

¹ Oito para aqueles que consideram a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que incorporou Atos Institucionais editados pelo Governo Militar (1964 a 1985) ao texto da Constituição de 1967, uma constituição em sentido material.

² O controle pela via abstrata e direta foi instituído no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965 à Constituição de 1946, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar *representação contra a inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Tribunal. O controle de constitucionalidade até 1965, portanto, era exercido de forma concreta.

Considerando a supremacia judicial em sentido amplo um agregado de três fatores de um determinado sistema de controle de constitucionalidade - judicialização da política, ativismo judicial e, propriamente, última palavra -, o primeiro capítulo do trabalho, inicialmente, pretende investigar a forma como se dava a interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes sob a égide das Constituições brasileiras anteriores à de 1988. O objetivo é verificar, com base em obras dedicadas à historiografia da Corte, se o papel atual de destaque do Supremo Tribunal Federal no cenário político possui raízes na trajetória do Poder Judiciário ao longo da história do nosso constitucionalismo. É possível adiantar desde logo que a relação da supremacia judicial com o constitucionalismo brasileiro não é gloriosa.

A segunda parte do primeiro capítulo dedica-se à análise da relação entre supremacia judicial e a Constituição de 1988. É no pós-1988 que a supremacia judicial aparecerá efetivamente como uma inquietação no cenário político brasileiro, tendo em vista a transformação das relações sociais iniciada com o processo de constitucionalização do Direito. Fenômenos como a judicialização da política e o crescimento do ativismo judicial serão analisados na qualidade de elementos que integram o conceito amplo de supremacia judicial, por criarem um terreno fértil ao desenvolvimento de um arranjo institucional em que há última palavra judicial na interpretação da Constituição, a que se chamará de supremacia em sentido estrito.

Pretende-se demonstrar que, embora a judicialização e o ativismo tenham influenciado a ascensão do Supremo Tribunal Federal no cenário político, a relação entre supremacia e estes elementos não é necessária. Outros modelos são possíveis num ambiente político judicializado com uma corte constitucional atuante. Quer dizer: judicialização e ativismo não bastam para tornar uma Corte Constitucional *suprema*. A esse respeito, será analisado o comportamento da Corte nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, período no qual, apesar da ampliação dos poderes do Tribunal por força das prerrogativas que lhe foram atribuídas no texto constitucional e da existência de um ambiente político favorável ao ativismo judicial, o avanço da jurisdição sobre questões políticas foi bastante tímido.

Ao fim, visa-se a demonstrar que a supremacia judicial não é um elemento estrutural da relação travada entre a Corte e outros atores políticos sob a égide da Constituição de 1988, embora, em tese, seja possível defendê-la como uma alternativa compatível com o nosso arranjo institucional.

O segundo capítulo interrompe a análise da realidade institucional brasileira, que só será retomada no capítulo subsequente, com o objetivo de demonstrar como teorias sobre o papel das instituições democráticas que induzem algum tipo de supremacia, judicial ou não, subestimam a importância da deliberação e do diálogo para a solução de questões constitucionais sensíveis.

Será formulada uma crítica a duas abordagens antagônicas a respeito da legitimidade para a tomada de decisões sobre questões envolvendo direitos e valores fundamentais numa democracia. Ambas as teorias, entretanto, são influenciadas por uma premissa comum: a ideia, tributária à obra de Alexander Bickel, de que o poder judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, atua como uma instituição *contramajoritária* no sistema político, opondo a vontade de juízes não submetidos regularmente ao processo eleitoral a dos representantes eleitos do povo.

A primeira teoria não concebe o papel *contramajoritário* como um problema. Trata-se da concepção de democracia substancial de Ronald Dworkin. O autor assume a democracia a partir de um postulado fundamental de igual respeito e consideração entre as pessoas, afastando do seu núcleo essencial o princípio majoritário. Por essa razão, aceita que a última palavra em conflitos envolvendo direitos fique a cargo do judiciário, que parece, segundo o autor, reunir as melhores condições para maximizar o valor fundamental substantivo da democracia.

A segunda teoria, contrariamente, identifica a função *contramajoritária* das cortes como uma dificuldade no sistema democrático. Será apresentada a defesa da legitimidade democrática do parlamento segundo as ideias de Jeremy Waldron. O autor baseia-se fortemente na vinculação entre processo eleitoral e representatividade, fatores estes concebidos como elementos necessários à legitimação da atuação política. Waldron, contrapondo-se a Dworkin, procura demonstrar que não há garantia do alcance de bons resultados para conflitos

envolvendo direitos quando o poder de decidir por último está a cargo de juízes. Ao revés, comparativamente, há fundadas razões para crer que resultados melhores e legítimos para tais conflitos, salvo raras exceções, serão alcançados no âmbito legislativo.

A crítica subsequente à apresentação das teorias de Dworkin e Waldron procura ressaltar nuances e possibilidades do sistema democrático, em princípio, subestimadas nas obras destes autores. Mas, além disso, fundamentalmente dedica-se a demonstrar que o aspecto mais frágil de ambas as concepções está precisamente na premissa por eles compartilhada: a crença de que o poder judiciário atua, para o bem ou para o mal, como uma instituição *contramajoritária* no sistema democrático.

Como alternativa à visão de cortes como instituições *contramajoritárias*, será apresentado um modelo dialógico de interpretação constitucional. Teorias dos diálogos interinstitucionais são, à primeira vista, formas de desmistificar uma visão comum de que há uma oposição necessária entre instituições majoritárias e *contramajoritárias* no sistema político. O ponto de partida é a desconstrução de perfis pré-concebidos para os atores envolvidos no processo de interpretação da constituição. Segue-se a isso a valorização da deliberação e a identificação da representatividade democrática com a capacidade de formular argumentos com os quais pessoas e instituições se identifiquem.

Embora haja diferentes arranjos institucionais que facilitam a adoção de uma postura dialógica e deliberativa pelas instituições, veremos que a abertura destas para o diálogo é menos o produto de um arranjo abstrato pré-concebido e mais o resultado da combinação de elementos empíricos e características do desenho institucional, que tornam a interação entre os atores políticos inevitável.

Por isso, este trabalho irá destacar uma abordagem positiva do diálogo institucional, voltada à descrição dos elementos concretos do sistema de separação de poderes de uma sociedade democrática que inserem as instituições num processo dinâmico de construção do significado da Constituição. Trata-se, efetivamente, de se investigar, a partir de elementos empíricos, o que as instituições, sobretudo cortes constitucionais, *fazem*, sem a ambição de buscar modelos ideais adequados ao que se imagina que elas *deveriam fazer*. O objetivo é

verificar se há mecanismos presentes em determinado arranjo institucional que constroem os atores políticos a adotarem uma postura aberta ao diálogo na interpretação constitucional.

Nessa parte, recorreremos à teoria positiva do diálogo interinstitucional desenvolvida por Barry Friedman. Embora Friedman seja um autor que apresenta suas percepções tendo a realidade norte-americana como pano de fundo, sua visão não é inteiramente enraizada. O autor descreve elementos indutores do diálogo e narra uma dinâmica de funcionamento das instituições compatível, evidentemente dentro de certos limites, com outras realidades políticas.

Friedman refuta, levando em conta traços essenciais da dinâmica de funcionamento das instituições políticas e da relação destas com a opinião pública, leituras abalizadas na lógica adversarial presente na tradição do pensamento político orientada pela premissa da *dificuldade contramajoritária*. O esforço descritivo do autor revela uma Suprema Corte engajada num processo cíclico de construção coordenada do sentido da Constituição, no qual não há, o que se verá com base em uma incompatibilidade estrutural, uma instituição detentora da última palavra na interpretação constitucional.

Iluminado pelas premissas levantadas no capítulo anterior, o terceiro capítulo volta-se novamente para a realidade brasileira. O objetivo é verificar, sob um enfoque positivo, se a interação das nossas instituições aproxima nosso arranjo institucional de um modelo dialógico. Dito de outro modo, procura-se investigar se o Supremo Tribunal Federal vem se tornando uma instituição de perfil essencialmente *contramajoritário*, dotado da última palavra definitiva sobre o sentido da Constituição Federal.

O primeiro elemento a ser considerado é a *juridicização do discurso político*, fenômeno atrelado à constitucionalização do Direito e à judicialização da política, entendido como uma apropriação do discurso jurídico por atores não judiciais. Esse processo será mencionado para demarcar, no cenário brasileiro, que a ampliação do universo de intérpretes da Constituição, forçada pela constitucionalização do Direito e pela judicialização da política no pós-1988, criou um certo tipo de linguagem comum compartilhada pelos atores políticos, judiciais e não judiciais, sobre o sentido da Constituição, indicando que a

interpretação constitucional se desenvolve em um processo coletivo do qual participam diversos atores.

O segundo aspecto ressaltado refere-se ao caráter não estático da representatividade política. Pretende-se demonstrar que o alinhamento das instituições democráticas, sobretudo corte constitucional e parlamento, com a opinião pública é contingente, não havendo, *ex ante*, um ator institucional mais representativo que o outro. O que se verá é um quadro no qual todas as instituições, inclusive o Judiciário, possuem incentivos, ou mesmo constrangimentos, para buscar, cada qual em uma temporalidade própria, um alinhamento com a opinião pública. Por outro lado, serão apresentados dados coletados por Thamy Pogrebinski, em pesquisa que cruzou informações relacionadas às decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade em face de leis editadas entre 1988 e 2009, comprovando que o Supremo Tribunal Federal adota, no plano geral, uma postura deferente à interpretação da Constituição formuladas no âmbito de outras instituições políticas. Se a relação das instituições com os anseios da opinião pública é contingente e se, ao menos em face do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo a jurisdição constitucional de forma cautelosa, talvez seja possível refutar leituras da realidade institucional brasileira que enxergam no Tribunal uma instituição de perfil *contramajoritário*.

O terceiro, e último, tópico do capítulo procurará demonstrar que, no Brasil, o diálogo é uma constante na interpretação constitucional. Serão, mais uma vez, utilizados dados coletados por Pogrebinski apontando uma média significativa de reação legislativa, anterior e posterior, às decisões do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucionalidade de alguma lei ou ato normativo emanado do Congresso Nacional. O objetivo é demonstrar, positivamente, que há uma interação entre essas instituições políticas, na qual o pronunciamento de uma não tem o condão de calar a outra, de modo que, na dinâmica do sistema democrático, questões importantes podem ser, e são de fato, reinseridas no cenário político para ser objeto de novos pronunciamentos. A esse respeito, será analisada decisão emblemática recente do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.105, na qual o voto do relator, Ministro Luiz Fux, acolhido pela maioria do Tribunal, expressamente refutou, com base na Constituição de 1988, a supremacia judicial e

considerou o diálogo institucional um elemento importante para o desenvolvimento democrático da interpretação constitucional na democracia brasileira.

Por fim, ainda no terceiro tópico, introduzir-se-á a ideia de que a interpretação constitucional, no Brasil, desenvolve-se no que Conrado Hübner Mendes identificou como *rodadas procedimentais*. Tendo isto em mente, será possível explicar o porquê intuitivamente enxergamos o Supremo Tribunal Federal como uma instituição detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição. Tal percepção está de acordo com o que de fato ocorre quando olhamos para um caso concreto decidido pelo Tribunal. Por outro lado, observada a questão constitucional controvertida fora da visão de túnel provocada pelo processo da vez, que constitui apenas uma *rodada procedimental*, dados como os que foram cotejados neste trabalho revelam que, se o desacordo persistir, essa última palavra será apenas provisória.

2.

A Supremacia Judicial e a sua relação (Não Gloriosa) com a História Constitucional Brasileira

O presente capítulo é dedicado à investigação das origens do fenômeno da supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro. O estudo a ser desenvolvido nesta etapa do trabalho busca traçar um perfil do Supremo Tribunal Federal ao longo da sua história sob as lentes da ideia de supremacia judicial, considerando o exercício do poder de interpretar a constituição e de dar efetividade às suas normas.

A questão central a ser esclarecida nesse primeiro momento está em saber, considerados aspectos relevantes da história do nosso constitucionalismo, por que nossas instituições aparentemente convivem com uma noção (ou talvez uma realidade) inspirada no paradigma da supremacia judicial.

Antes de empreender na busca de respostas para esse questionamento, é preciso atribuir sentido à expressão “supremacia judicial” empregada ao longo deste trabalho.

2.1.

O conceito de supremacia judicial e sua relação com uma tipologia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis

Referindo-se a trecho do voto trazido pelo *Chef Justice* John Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*³, decidido em 1803 pela Suprema Corte Norte-Americana, Mark Tushnet⁴ indicou dois sentidos possíveis para a frase “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law*

³ 5 U.S. 137 (1803); O caso teve origem em ação mandamental proposta por William Marbury, nomeado para o cargo de juiz de paz durante o governo do presidente democrata John Adams, mas não empossado a tempo da transição para o sucessor republicano do presidente, Thomas Jefferson. O writ foi denegado ao argumento de que o § 13º da Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act*) não poderia atribuir à Suprema Corte uma competência não prevista no art. 3º da Constituição dos Estados Unidos, pelo que seria inconstitucional. O caso, considerado um marco para o controle jurisdicional de constitucionalidade, é lembrado pelos fundamentos invocados pelo *Chef Justice* John Marshall para afastar a aplicação da lei declarada inconstitucional, são eles: (i) a supremacia da constituição; (ii) a nulidade de lei contrária à constituição; e (iii) a afirmação de que o poder judiciário é o intérprete final da constituição. (v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva. São Paulo, 2012. pp. 25-31

⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press. New Jersey, 1999. pp. 6-7

is.”⁵. O primeiro, com o qual o autor, crítico da proeminência interpretativa das cortes sobre o sentido da constituição, certamente concorda, seria posto em termos pelos quais, uma vez levada uma questão ao judiciário, este não poderia furtar-se a assinalar o significado da lei no caso concreto⁶. Em uma segunda compreensão, certamente a mais proeminente na teoria constitucional, seria possível extrair da frase de Marshall que, após o pronunciamento da Suprema Corte sobre o sentido da lei, ninguém comprometido com a efetividade da constituição poderia honestamente defender um sentido diferente para a norma já interpretada pelo judiciário⁷.

É precisamente nessa segunda acepção da frase de Marshall que está o núcleo do significado da expressão *supremacia judicial*. De modo mais analítico, a ideia de supremacia judicial em matéria de interpretação constitucional decorre do fato de que às cortes, por força do *design* institucional de determinado regime político, caberia a última palavra no processo de atribuição de significado ao texto constitucional, devendo os demais atores políticos, a administração pública e os cidadãos em geral prestarem deferência à orientação anunciada pelo poder judiciário⁸.

A presença de certas condições relacionadas às práticas das instituições políticas e à posição ocupada pelo poder judiciário no desenho institucional concebido a partir de uma determinada constituição criam um terreno fértil para a defesa da supremacia judicial. Para compreensão de quais seriam essas condições, didaticamente, é possível conceber a supremacia em dois sentidos.

Do ponto de vista estrito, supremacia judicial equivale à última palavra no processo de atribuição de significado à constituição. A última palavra decorre da atribuição de um caráter final e vinculante ao precedente judicial, com o que o judiciário deteria a prerrogativa de pôr fim ao processo interpretativo da constituição, sobrepondo o seu pronunciamento às manifestações dos demais

⁵ Tradução livre: “É enfaticamente a competência e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é”.

⁶ *Ibid.* p. 7

⁷ *Ibid.* p. 7

⁸ KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. Oxford, 2004. p. 125

poderes instituídos⁹. Importante ressaltar, nesse ponto, uma contraposição entre supremacia e monopólio judicial, pois enquanto, na primeira, todos os atores políticos são intérpretes genuínos da constituição, embora apenas um deles (o judiciário) detenha o poder da última palavra, no segundo, somente é dado às cortes dizer sobre o sentido do texto constitucional¹⁰.

A ideia de *última palavra*, ligada à concepção estrita de supremacia judicial, está vinculada à dificuldade que os demais poderes instituídos têm de desfiar a interpretação da constituição proveniente de certa decisão judicial. Com base nessa dificuldade, é possível conceber a supremacia judicial em sentido estrito de duas formas. Do ponto de vista formal, a supremacia judicial significa que as decisões da corte constitucional só poderão, em tese, ser revertidas por meio de emendas à constituição¹¹. Materialmente, por outro lado, a identificação da supremacia decorre do fato de que, via de regra, dificuldades enfrentadas pelos atores políticos para mobilizarem instrumentos voltados à superação da interpretação anunciada pelo judiciário fazem com que esta prevaleça¹². A propósito, estas dificuldades não precisam necessariamente ser formais (*e.g.*, quórum excessivamente qualificado para a aprovação de emenda), podendo advir de uma compreensão compartilhada por instituições políticas acerca do papel das cortes em um sistema democrático¹³.

Do ponto de vista amplo, por sua vez, a supremacia judicial pode ser concebida como um conjunto de fenômenos que, reunidos, transformam o poder judiciário em um ator político proeminente e com grande poder de influência sobre as decisões importantes tomadas em um Estado de Direito. Os fenômenos que contribuem para essa proeminência, seguindo combinação proposta por

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva. São Paulo, 2009. pp. 121 - 122

¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2012. pp. 14 - 15

¹¹ *Ibid.* pp. 15; A questão relativa aos limites ao poder constituinte derivado serão tratadas mais à frente.

¹² *Ibid.* p. 16

¹³ Rosalind Dixon possui estudo baseado na experiência dos países da *Commonwealth* demonstrando que, mesmo sob a égide de constituições e cartas de direitos que, em tese, disponibilizam ao parlamento mecanismos formais para superar na política ordinária a interpretação das leis conferida pelo judiciário, o seu uso vem sendo tímido e percebe-se certa deferência aos pronunciamentos das cortes, ainda que as decisões judiciais possam adotar uma postura mais moderada por força desses instrumentos de superação. (v. DIXON, Rosalind. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPER NO. 348. The University of Chicago. 2011)

Rodrigo Brandão, são: (i) a supremacia judicial em sentido estrito - já tratada; (ii) a judicialização das questões políticas; e (iii) o ativismo judicial¹⁴.

Os fatores que ensejam, no Brasil, uma *judicialização da política* e um *ativismo judicial* serão retomados quando, mais a frente, se tratar das razões pelas quais após a Constituição de 1988 tais fenômenos contribuíram para a defesa de um paradigma de supremacia judicial. Por ora, cumpre apenas trazer um esclarecimento simples acerca do sentido em que os dois termos serão empregados, demarcando o que os diferencia. A *judicialização da política* é um fato do desenho institucional, evidenciando que grande parte das questões políticas, de conteúdo moral, social ou econômico, são levadas ao poder judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal. O *ativismo judicial*, por sua vez, constitui uma atitude proativa da atividade judicial, pela qual o alcance da jurisdição se expande, interferindo, em maior ou menor escala, nas atividades típicas dos demais poderes instituídos¹⁵.

O conceito de supremacia judicial apresentado é refletido em uma determinada concepção do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, proeminente na jurisdição constitucional dos Estados Unidos da América, classificada, na tipologia tradicional do *judicial review*¹⁶ da teoria constitucional norte-americana, como um sistema de controle de constitucionalidade forte (*strong-form judicial review*). O sistema forte de revisão judicial é aquele no qual a interpretação conferida à constituição pelas cortes prevalecerá sobre as demais manifestadas por outros atores políticos, revestindo-se de um caráter final e, a priori, irreversível¹⁷.

Em caso paradigmático julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1997, envolvendo *City of Boerne v. Flores*¹⁸, discutiu-se a possibilidade de o

¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op cit. p. 18

¹⁵ v. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013

¹⁶ Optei, preferencialmente, pela tradução do termo *judicial review* empregando a expressão *controle jurisdicional de constitucionalidade*, sem prejuízo de me valer eventualmente da sua tradução literal (*revisão judicial*).

¹⁷ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton University Press. New Jersey, 2008. p. 21

¹⁸ 521 US 507 (1997)

Congresso editar lei com o objetivo de superar interpretação da Constituição concebida pela Corte Constitucional em precedente anterior.

A controvérsia que deu origem ao precedente em *City of Boerne v. Flores* deriva da decisão proferida em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*¹⁹, na qual, a Suprema Corte reverteu, por maioria, decisão da Justiça de Oregon que havia concedido seguro desemprego a trabalhadores demitidos pelo uso de determinada droga em cerimônia religiosa. Na ocasião, o voto condutor, proferido pelo conservador Justice Antonin Scalia, assinalou para a inviabilidade de normas gerais editadas pelo legislativo, como a que proibia genericamente o uso de drogas, se sujeitarem a uma interpretação restritiva e de acordo com o que estabelece cada crença religiosa, especialmente em um país com ampla diversidade de credos como os Estados Unidos. Criar-se-ia, segundo o voto condutor, uma inviabilidade prática para a aplicação da lei geral no cotidiano.

Reagindo ao que foi decidido no caso *Smith*, o Congresso Norte-Americano aprovou o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), determinando que leis gerais restritivas à liberdade de religião passariam pelo teste do escrutínio estrito²⁰, de maneira que a sua validade em concreto dependeria da apresentação de razões contundentes para autorizar restrições ao direito fundamental à liberdade religiosa. O RFRA foi examinado em 1997 pela Suprema Corte em *City of Boerne v. Flores*, caso originado de ação proposta por um líder religioso que teve autorização para reformar um templo indeferida por órgão de uma prefeitura, com base em uma norma local de preservação do patrimônio histórico e cultural.

Ao decidir *City of Boerne v. Flores*, a Corte, baseada nas premissas do caso *Marbury v. Madison*, reafirmou a prerrogativa e o dever de o judiciário dizer o que é a lei, decorrência lógica da forma de *judicial review* delineada na Constituição dos Estados Unidos. Foi reconhecido que a interpretação constitucional não é uma prerrogativa exercida exclusivamente pelo poder judiciário, pois inerente também à atividade legislativa. Não obstante, a Corte

¹⁹ 494 US 872 (1990)

²⁰ O *strict scrutiny*, na teoria constitucional norte-americana, constitui técnica de interpretação que exige, no caso concreto, uma ponderação mais rigorosa entre os interesses do Estado em aparente confronto com um direito fundamental, de maneira a investigar a possibilidade concreta de se adotar medida menos restritiva para alcançar o fim colimado pelo ato ou norma impugnada.

assentou que, uma vez que ela tenha estabelecido o significado do texto constitucional, a interpretação por ela proclamada formaria precedente último e final, portanto, supremo²¹, ensejando uma obrigação de deferência a esse pronunciamento em face do poder legislativo²².

Esse precedente revela claramente a afirmação dos elementos que integram a supremacia judicial em sentido estrito, denotando a adesão recente da Suprema Corte Norte-Americana ao modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade (*strong-form review*).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou de forma parecida. Baseado em determinada leitura das prerrogativas que lhe foram conferidas pelo texto constitucional, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.860/DF e 2.797/DF²³, a Corte afirmou que não caberia ao legislador editar lei interpretativa do texto constitucional que contrariasse posição antes assumida pelo Tribunal. Vejamos o histórico desse precedente.

Ao julgar questão de ordem no Inquérito nº 687-4/SP²⁴, relativa ao foro por prerrogativa de função para ex-ocupantes de cargo público, o Supremo Tribunal Federal determinou, por maioria, o cancelamento do Enunciado nº 394 da Súmula de sua Jurisprudência, verbete este editado sob a égide da Constituição de 1946, com o seguinte teor: “*cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*”. Em síntese, concluiu que este enunciado não teria esteio em qualquer norma da

²¹ Ver, para uma leitura crítica da decisão confrontada com o paradigma da supremacia judicial, NAGEL, Robert. F. *Judicial Supremacy and The Settlement Function*. William and Mary Law Review. 1998

²² Na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, a doutrina remete à decisão em *Cooper v. Aron* (358 US 1 1958), no qual determinou-se que uma escola no Arkansas adotasse imediatamente medidas de dessegregação racial impostas pelo precedente firmado em *Brown v. Board of Education* (374 US 483 1954), como paradigmática na afirmação da supremacia judicial, consequentemente, do *strong judicial review* (v. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Op. Cit.). Optei, no entanto, por não aludir ao precedente, pois, embora a Corte tenha se valido da ideia de supremacia judicial para afirmar a sua autoridade sobre ato do poder executivo estadual, naquele caso, não houve uma tentativa de superação da decisão em *Brown* por outro poder instituído, configurando-se mais um caso de desobediência do que de disputa por espaço no processo de atribuição de significado ao texto constitucional.

²³ DJ 19.12.2006

²⁴ DJ 09.11.2001

Constituição de 1988. Vencida, na ocasião, a divergência capitaneada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Claramente contrário ao resultado do julgamento, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628/2008, alterando o disposto no art. 84 do Código de Processo Penal, para assegurar a manutenção da competência por prerrogativa de foro para *atos administrativos* do agente, mesmo quando o inquérito ou a ação penal se iniciarem após a cessação do exercício da função pública. Ao fim e ao cabo, o Congresso pretendeu restaurar a validade do Enunciado nº 394, antes cancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Contra essa lei foram propostas as referidas ADIs, distribuídas à relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, responsável por abrir divergência pela manutenção do Enunciado nº 394 nos autos do Inquérito nº 687-4/SP. Em que pese à ressalva feita pelo então relator neste caso, no voto condutor das Ações Diretas, proferido em 15.09.2005, o Ministro assentou que o cancelamento do enunciado derivou de interpretação da Constituição realizada pelo Tribunal. Por essa razão, apesar de não haver vinculação do legislador à interpretação constitucional emanada das decisões do Supremo, foi consignado que a aprovação de lei frontalmente contrária à jurisprudência da Corte colocaria em xeque a supremacia da Constituição, supostamente materializada, do ponto de vista hermenêutico, através dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal²⁵. Para elucidar com mais clareza os argumentos acolhidos pelo Plenário, transcrevo trecho do voto condutor:

De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional.

Tanto pior se, de sobra, contraria jurisprudência do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte.

O ponto vale uma reflexão.

O Supremo Tribunal – escusado é dizê-lo – também não está vinculado à sua precedente compreensão da Constituição.

Por isso, é do jogo, por exemplo, que possa o legislativo reeditar lei de conteúdo similar à de outra, declarada inconstitucional e, assim, provocar a rediscussão do tema pela jurisdição constitucional: aí, a questão será de constitucionalidade ou inconstitucionalidade material, conforme a Corte nele perseverar ou reveja o seu entendimento anterior.

²⁵ Tal concepção decorreu de interpretação do termo *guardião* empregado pelo constituinte no *caput* do art. 102 da Constituição, em cuja redação se lê: “*competem ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”.

Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade **formal**, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.

Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisdição constitucional, às razões dogmáticas acentuadas se impõe ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.

(...)

Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

Em que pese alguma impropriedade que eventualmente se pudesse imputar aos fundamentos que, nesse pronunciamento, diferenciaram a inconstitucionalidade formal e material, atendo-me ao que ora se analisa, fica claro que o Supremo Tribunal Federal rogou para si uma posição de proeminência interpretativa e manifestou o caráter final da sua palavra sobre o sentido da Constituição, ambos como decorrências lógicas do primado da supremacia da Carta. Consequentemente, a Corte pretendeu afastar a possibilidade de o legislador tentar superar a interpretação do Tribunal pelas vias ordinárias do processo legislativo, afirmando, portanto, uma crença no paradigma da supremacia judicial.

Contrapõe-se ao modelo do controle jurisdicional de constitucionalidade forte, naturalmente, o modelo fraco (*weak-form judicial review*). O controle de constitucionalidade fraco refuta a ideia de supremacia judicial. Neste caso, embora o poder judiciário detenha o poder de invalidar normas editadas pelo poder legislativo em aparente confronto com a constituição, as cortes não necessariamente detêm a última palavra na interpretação judicial²⁶.

Concebido a partir de uma crítica à supremacia judicial, o modelo fraco de *judicial review* comporta gradações no que se refere ao poder das cortes de invalidarem normas editadas pelo legislativo ao interpretar a constituição. Modelos mais radicais, como o da Inglaterra e da Nova Zelândia, não admitem a

²⁶ GARDBAUM, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism : theory and practice*. Cambridge University Press. New York, 2013. p. 55-56

invalidação de leis pela corte, mas tão somente uma declaração da sua incompatibilidade com o *Bill of Rights*, permanecendo a norma impugnada válida e eficaz. O pronunciamento judicial serve como estímulo ao legislador para que este altere a norma incompatível com direitos fundamentais, sem, contudo, inibir ou impor restrições à sua atividade legislativa futura²⁷. O modelo intermediário Canadense, por sua vez, a ser estudado de forma mais aprofundada ao longo deste trabalho, autoriza a Corte Constitucional a invalidar normas editadas pelo legislativo, não obstante haja disposição expressa no texto constitucional, a chamada *notwithstanding clause* da Seção 33 do texto constitucional Constituição Canadense, autorizando o Parlamento a manter eficaz a norma *não obstante* a sua declaração de incompatibilidade com os direitos fundamentais²⁸.

Vê-se que os elementos básicos que caracterizam os modelos forte e fraco do controle jurisdicional de constitucionalidade foram erigidos acessando o conceito de *supremacia judicial* como referencial, seja para afirmá-lo seja para superá-lo. Não obstante, veremos que uma confiança no paradigma da supremacia, propagada por determinada corte constitucional a partir de uma reflexão sobre as suas próprias competências sob a égide determinado arranjo institucional, como a feita pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADIs nº 2.860/DF e 2.797/DF, não é o fator determinante para que se possa afirmar, de fato, que é a corte suprema a detentora da última palavra sobre o significado da constituição e, ainda, que suas decisões são finais e irreversíveis nos moldes do modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade forte.

No próximo tópico, pretendo tratar da relação da supremacia judicial com a história constitucional brasileira, buscando esclarecer algumas questões

²⁷ WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. 2006. pp. 1355-1356

²⁸ O inteiro teor da Seção 33 do *Canadian Charter of Rights and Freedom* possui a seguinte redação:

Section 33

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

relevantes. É possível falar em uma tradição de supremacia judicial no Brasil? A partir de quando e por quais razões uma ideia de supremacia passou a ser compartilhada pelas instituições do país?

2.2

A supremacia judicial e a história constitucional brasileira pré-1988

Não parece exagerado dizer que o constitucionalismo no Brasil pré-1988 “não era para valer”²⁹. Se considerarmos que o escopo do constitucionalismo de matriz liberal no qual nos inspiramos é a limitação do poder do Estado em favor do direito dos governados, teremos dificuldade de identificar no desempenhado das instituições políticas antes da Constituição de 1988 um compromisso com esse objetivo.

No mundo pós-Segunda Guerra Mundial, enquanto assistia-se à eclosão de um constitucionalismo voltado à estabilização das relações políticas e a formação de uma cultura jurídica de respeito aos direitos e garantias fundamentais³⁰, o Brasil passava por governos tormentosos e por uma sucessão de constituições editadas sob um quadro de instabilidade política e descrédito para os poderes instituídos.

A ideia da *força normativa da constituição* desenvolvida na Alemanha por Konrad Hesse, segundo a qual a normatividade do texto constitucional deveria reciprocamente influenciar e ser influenciada pela realidade sob a qual ela foi erigida³¹, distanciava-se do quadro social brasileiro na maior parte do Século XX. Como se verá, embora as constituições brasileiras estivessem na sua maioria inspiradas no constitucionalismo liberal, suas garantias básicas e a estrutura de organização do poder do estado por elas desenhada eram, na prática, pouco respeitadas.

Observadas as prerrogativas dos poderes instituídos à luz do princípio da separação de poderes, a tradição brasileira é de asfixia do poder judiciário perante um poder executivo proeminente, a despeito do desenho institucional traçado

²⁹cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo democrático no Brasil: cânones de um sucesso imprevisto*. 2012. Disponível em <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em 08.12.2015

³⁰ V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013. Capítulos 2 e 5

³¹ V. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998

pelas constituições anteriores a de 1988. O Executivo parece ser, antes de 1988, a verdadeira *força ativa e eficaz que informa as leis e instituições jurídicas*³², sendo diminuto o poder de influência dos demais poderes, especialmente do judiciário, sobre os rumos da política nacional. Nesse contexto, ao analisar a trajetória das Constituições brasileiras à luz das prerrogativas conferidas ao poder judiciário (especialmente o Supremo Tribunal Federal), pretendo demonstrar que a incapacidade de construção de consenso sobre as bases do Estado de Direito, aliada à falta de uma cultura de respeito a direitos fundamentais, produziu ao longo da nossa História um judiciário tímido e acanhado, criando um terreno, certamente, infértil para o surgimento de uma tradição jurídica apegada ao paradigma da supremacia judicial.

2.2.1

A Constituição de 1824

A feição marcadamente liberal do projeto de constituição de 1823, elaborado no mesmo ano por uma Assembleia Constituinte eleita, desagradava os planos do Imperador Dom Pedro I para o Brasil no pós-Independência. Havia certa contradição na deflagração do processo constituinte naquele momento, pois Dom Pedro I, a princípio, aparentava aceitar a limitação do poder do Estado, e conseqüentemente do seu próprio, por uma constituição, embora, simultaneamente, não escondesse o seu anseio de manter uma estrutura de poder centralizada na figura de um monarca absolutista³³.

A contradição aparente desses interesses deixou de existir quando, ainda em 1823, Dom Pedro I determinou a dissolução da Assembleia Constituinte. O terreno para o sucesso do projeto político de D. Pedro não poderia ser mais fértil, já que havia uma grande instabilidade na política brasileira um ano após a Independência, marcada por um estado embrionário da cidadania e pela inexistência de uma consciência cívica ativa na sociedade brasileira. Esse quadro, criou uma dificuldade muito grande para, com a legitimidade necessária, se

³² Utilizo a expressão *força ativa* tal qual empregada por Ferdinand Lassalle ao descrever os *fatores reais de poder* determinantes para estabelecer o que é a constituição – v. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4ª edição. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 1988. p. 26

³³ SARMENTO, Daniel. *Trajétoria Constitucional Brasileira*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010. pp. 6-8

levar à frente um compromisso efetivo com os preceitos básicos do constitucionalismo liberal³⁴.

Tanto foi assim que, aproveitando-se da fragilidade das instituições políticas no momento, Dom Pedro I, após dissolver a Constituinte, determinou a elaboração de um projeto de constituição por uma comissão por ele nomeada, a qual cabia conservar o poder soberano do Imperador, mas, ainda assim, manter algum nível de compromisso com o liberalismo conservador da época.

No dia 25 de março de 1824 foi outorgada pelo Imperador a primeira Constituição Brasileira. O seu conteúdo agregava elementos de um liberalismo conservador, prevendo um rol de direito civis e políticos no seu Título 8º, embora o critério para o exercício da cidadania (como, por exemplo, o voto) fosse censitário, bem como previa uma separação entre os poderes.

Não obstante os seus traços liberais, o viés absolutista da Carta de 1824 fica evidenciado na forma como particionou os poderes instituídos, divididos em Executivo, Legislativo, Judicial e *Moderador*, este último inspirado na teoria constitucional de Benjamin Constant³⁵. Sem dúvidas, o traço marcante dessa Constituição, sobretudo pela sua influência sobre todo o arquétipo de separação e organização dos poderes, é o poder moderador caracterizado no art. 98 como “*a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos*”.

É importante enfatizar que, conforme disposição expressa do art. 99 da Constituição de 1824, a pessoa do Imperador não estava sujeita a responsabilidade alguma no exercício, dentre outras, das seguintes prerrogativas elencadas no art. 101:

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1991. pp. 37-38

³⁵ Daniel Sarmento, com propriedade, adverte que a figura do poder moderador tal qual prevista nos arts. 98 e ss. da Constituição de 1824 não correspondia fielmente ao tipo ideal deste poder traçado por Benjamin Constant. Segundo Sarmento, o poder moderador na obra de Constant era concebido como um poder neutro, destinado a manutenção do equilíbrio entre os demais poderes, proposta esta desvirtuada na Carta de 1824, na qual o Imperador acumulava o seu exercício com o da chefia do poder executivo (v. SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. p. 11).

- I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.
- II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.
- III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
- IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832)
- V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.
- VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
- VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.**
- VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
- IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Embora os poderes conferidos ao Imperador para o exercício do Poder Moderador sejam notadamente incompatíveis com a ideia liberal de independência entre os poderes instituídos, para os fins a que se dedica o presente trabalho, destaca-se o disposto no inciso VII, que o autorizava a suspender magistrados quando contra eles fossem formuladas queixas (art. 154).

Em relação às prerrogativas do poder judiciário, verifica-se que o próprio arranjo institucional dificulta o surgimento de tensões entre este e os demais poderes, sobretudo com o executivo e o próprio poder moderador. Embora fosse prevista a independência do Poder Judicial no art. 151, a garantia institucional restava consideravelmente esvaziada por força das prerrogativas do Imperador.

Por outro lado, a mais alta cúpula do poder judiciário corporificava o “Supremo Tribunal de Justiça” (art. 163). Todavia, o Tribunal funcionara somente como instância revisora das instâncias ordinárias, não lhe sendo outorgada qualquer competência relacionada ao exercício do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos emanados dos demais poderes.

A despeito de uma leitura formal baseada no próprio texto constitucional, também deve-se considerar que a forma como se organizava o aparato estatal relegava um papel subsidiário aos demais poderes instituídos frente ao Poder Moderador. O sistema, segundo Adriano Pilatti, *ultraoligarquizado* e dependente de estruturas conservadoras como o clero e os proprietários rurais, faziam do

Imperador um “*ponto de apoio que reinava, governava e administrava*” para manter articulados os interesses estratégicos para a sobrevivência do modelo de sociedade estamental³⁶.

Vê-se, pois, nessa breve análise, que a Constituição de 1824 não distribuía poder, ao revés, o arranjo institucional por ela concebido o concentrava nas mãos do soberano detentor do Poder Moderador, cabendo aos demais poderes instituídos um papel tímido na vida política do Brasil imperial. Notadamente, sob a vigência dessa Carta, não havia a mais remota possibilidade de se criarem condições ao surgimento da ideia de supremacia judicial.

2.2.2

A Constituição Republicana de 1891

Em vias de transição do Império para a já proclamada República, o Governo Provisório, sob o comando de Deodoro da Fonseca, editou o Decreto nº 510 em 22.06.1890 para, simultaneamente, vigorar como Constituição provisória e apresentar-se como anteprojeto do texto a ser elaborado com a convocação da constituinte, marcada, conforme o art. 1º, para 15 de novembro de 1890.

O texto do Decreto nº 510 foi elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Governo Provisório³⁷, ficando a sua revisão, no entanto, a cargo de Rui Barbosa, a quem coube, de certo modo, controlar a tônica do Projeto de Constituição, assegurando a sua aproximação do desenho institucional traçado na Constituição Norte-Americana, notadamente no que se refere ao federalismo dual, separando as esferas federal e estadual, ao presidencialismo e, sobretudo, ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis³⁸.

A Constituição efetivamente aprovada em 24 de fevereiro de 1891 pelo Congresso inovou muito pouco em relação ao texto do Projeto do Governo Provisório, sendo poucas, inclusive, as questões sensíveis objeto de controvérsia nos trabalhos da constituinte. A ressalva ficou a cargo da organização da

³⁶ PILATTI, Adriano. *Constituintes, Golpes e Constituições: Os caminhos e descaminhos da formação constitucional do Brasil desde o período colonial*. In: GOMES, Marcos Emílio (org.). *A Constituição de 1988, 25 anos: A Construção da Democracia & Liberdade de Expressão – O Brasil Antes, Durante e Depois da Constituinte*. Editora Instituto Vladimir Herzog. São Paulo, 2013. p. 45

³⁷ Compunham a comissão por força do Decreto nº 29 de 3 de dezembro de 1889: Saldanha Marinho, Américo Brasiliense, Santos Werneck, Rangel Pestana e Magalhães de Castro.

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira. Op. Cit.* p. 19

federação, tema que, suscitando intensos debates entre *unionistas* e *federalistas*, culminou na opção por um modelo assegurando mais autonomia política aos Estados³⁹.

Além da forma republicana e do federalismo, a Constituição de 1891 estabeleceu um rol de direitos políticos e direitos individuais (art. 69 e ss.), aboliu toda sorte de privilégios decorrentes do regime monarquista anterior e estabeleceu a liberdade religiosa, o casamento civil e a laicidade do Estado (art. 72).

O ponto alto do processo constituinte, ao menos para o objeto do presente estudo, foi a criação do Supremo Tribunal Federal pelo Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, posteriormente mantido na Constituição de 1891. O Tribunal seria integrado por 15 juízes nomeados pelo Presidente, sujeitos à aprovação do Senado. Ao Tribunal competia, dentre outras competências, decidir, em grau de recurso, sobre a vigência e a validade de leis contestadas em face da Constituição (art. 59, § 1º). A competência para decidir de forma incidental as questões constitucionais levadas à Corte a partir de casos concretos denotava a aproximação com o modelo de controle de constitucionalidade das leis do direito norte-americano, embora não houve uma cultura de vinculação de precedentes como a do *stare decisis*.

A previsão do *judicial review* no Brasil demarcava um compromisso com o modelo clássico liberal de separação de poderes, atribuindo-se ao Judiciário o dever de controlar a atividade legislativa dos demais Poderes, especialmente a do Legislativo. O papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal desde a sua criação até a promulgação da Constituição em 1891 sinalizava para o aparecimento das bases do Estado de Direito e, ao menos no plano teórico, do primado essencial ao controle de constitucionalidade de supremacia da constituição sobre as leis. Nesse sentido, é interessante transcrever trecho da exposição de motivos do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, assinada pelo conservador Campos Salles, em que as premissas acima suscitadas aparecem de forma bastante contundente:

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.

³⁹ V. LEITE, Fábio Carvalho. *1891: a matriz político-institucional da República no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2002. Capítulo 3

Não se trata de tribunales ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.⁴⁰

A despeito das aspirações dos constitucionalistas da época e do aparente compromisso da Constituição de 1891 com a afirmação do Poder Judiciário como um poder independente e insubmisso, a vida sob a sua égide não fazia jus à grande parte das aspirações liberais presentes no texto constitucional.

Durante a República Velha, ao invés da colocação em prática das promessas do republicanismo de mote liberal, o que se viu foi a manipulação desse discurso apenas como forma de legitimar um rompimento com o arranjo institucional da Constituição de 1824, notadamente com o Poder Moderador.

Não inadvertidamente, as práticas políticas durante a Primeira República brasileira foram marcadas pela centralização do poder de fato nas mãos de um Executivo integrado por forças políticas de matriz autoritária e conservadora (militares e aristocracia rural), do que se seguiu, com a Política dos Governadores, uma alternância política de fachada, que visava tão somente a manutenção do poder político em favor das oligarquias da situação⁴¹.

É interessante notar que sob a vigência da Constituição de 1891, o estado de sítio foi decretado 11 vezes, ampliando vertiginosamente os poderes do Presidente da República, o que era possível graças a uma interpretação extensiva que o Executivo fazia da prerrogativa de declarar tal estado estabelecida na Constituição⁴². O primeiro estado de sítio foi decretado em 10 de abril de 1892 por Floriano Peixoto, visando ao combate do que o então Chefe do Executivo

⁴⁰ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em 28.12.2015

⁴¹ LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativo do estado de sítio*. Revista Quaestio Iuris, vol.05, nº 01. pp. 117-120

⁴² v. *Ibid.* pp. 124-129

chamara de “comoção interna”, dele resultando a prisão de diversas figuras ligadas à oposição, dentre eles militares, jornalistas e políticos.

Preocupado com a degeneração do poder político pelo autoritarismo que se apresentava nas prisões efetuadas pelo Governo Floriano Peixoto, Rui Barbosa levou uma série de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, até então pouco experimentados na revisão de atos advindos do Poder Executivo, casos estes decididos em sessões tumultuadas e acompanhadas de perto por diversos setores da sociedade e do Governo⁴³.

Os primeiros deles foram interpostos no contexto da Revolução Federalista do Rio Grande do Sul de 1893, na qual Floriano Peixoto decidiu apoiar Júlio de Castilho na disputa contra facção liderada por Silveira Martins pelo governo do Rio Grande do Sul. Na ocasião, o Almirante Wandenkolk, apoiando as tropas da oposição, armou o navio de guerra Júpiter e o enviou para combate no Sul. Repellido por tropas governistas, a tripulação foi presa em Santa Catarina. Contra as prisões, Rui Barbosa impetrara *habeas corpus*, levados então a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Na sessão do dia 10 de agosto de 1893, o Tribunal concedeu a ordem em favor dos detidos ao argumento de que os pacientes não estariam sujeitos à jurisdição militar, fato este que desagradou o Governo. Na ocasião, foi endereçado Aviso ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministro da Guerra, manifestado o descontentamento com a decisão, embora comunicasse à Corte o cumprimento da ordem de soltura⁴⁴. Na sessão de 12 de agosto, o Supremo Tribunal Federal também concedeu ordem de *habeas corpus* ao imediato do Vapor, Mário Aurélio da Silveira⁴⁵.

Rui Barbosa, já tendo obtido duas vitórias em face do Governo e “desaconselhado” por pessoa ligada ao Governo a prosseguir com a impetração dos *writs*, entrou com novo *habeas corpus* para beneficiar o Almirante Wandenkolk. Dessa vez, no entanto, ameaçado de dissolução perante diversas autoridades da polícia que compareceram armadas à sessão, o Supremo Tribunal

⁴³ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Ieje. São Paulo, 2001. p. 21

⁴⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2ª edição. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1991. pp. 28-34

⁴⁵ *Ibid.* pp. 36-37

Federal denegou a ordem, ao fundamento de que o paciente estaria submetido à jurisdição militar pelos atos cometidos⁴⁶.

Ainda no episódio envolvendo o navio Júpiter, em 22 de setembro de 1984 o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* em favor do capitão-tenente Huet Bacelar, tendo em vista a sua não submissão à jurisdição militar após a sua reforma. O Governo, no entanto, no dia 25 do mesmo mês enviou ofício ao Tribunal no qual afirmou que iria descumprir a ordem de soltura, tendo em vista a sua contrariedade às leis e à memória militar⁴⁷.

Em outro episódio datado em 1894, o Supremo Tribunal Federal havia concedido diversas ordens em *habeas corpus* estabelecendo que o Executivo não poderia deportar estrangeiros presos em tempos de paz. Deliberadamente, no entanto, o Governo descumpriu as ordens.

As decisões contrárias aos interesses do governo de Floriano Peixoto não ficaram impunes. Descontente com a atuação do Supremo Tribunal Federal, o Chefe do Executivo deixou de nomear juízes para as vagas que iam se formando por força da aposentadoria dos seus membros. Com isso, inviabilizava o funcionamento Tribunal por ausência de quórum para as sessões. Além disso, o Governo retardava a marcação das cerimônias de nomeação e posse, nas quais deveria ser prestado juramento perante o Presidente da República, razão pela qual o Tribunal passou certo tempo com a presidência e a vice-presidência vagas⁴⁸.

As tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Executivo seguiram-se como uma constante durante a vigência da Constituição de 1891 e, nesses embates, o desrespeito às decisões do Tribunal não eram fenômenos raros⁴⁹. O descontentamento com decisões contrárias aos interesses políticos do Governo Federal era tão grande, que, a fim de minimizar a interferência da Corte na política ordinária – marcada pelas inúmeras intervenções federais e decretações de

⁴⁶ *Ibid.* p. 39

⁴⁷ *Ibid.* pp. 50-51

⁴⁸ v. COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania. Op. Cit.* pp. 26-27; RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. *Op. Cit.* pp. 42-50

⁴⁹ No governo Hermes da Fonseca (1910-1914), por exemplo, o Supremo Tribunal Federal concedeu em duas ocasiões *habeas corpus* em favor de parlamentares que desafiavam oligarquias regionais, ordens estas descumpridas pelo Presidente da República sob a alegação de que o Tribunal exorbitara de suas prerrogativas (v. COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania. Op. Cit.*).

estados de sítio –, aprovou-se, em 1926, Emenda Constitucional proibindo o controle judicial de diversos atos emanados do Poder Executivo, bem como restringindo as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, muito usado para questionar tais atos⁵⁰.

É preciso dizer que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no entanto, nem sempre se deu tencionando com os interesses dos governos oligárquicos de matriz autoritária que se seguiram na Primeira República. Episódio paradigmático de alinhamento do Tribunal com as forças do Executivo sobre a amplitude das liberdades individuais revelou-se quando instado a decidir uma série de *habeas corpus* impetrados em favor de operários presos em manifestações de inspiração comunista ou anarquista⁵¹. Em 1917, por exemplo, foi negado *habeas corpus* impetrado contra ato da polícia que havia proibido a reunião de trabalhadores, ao fundamento de que as manifestações estariam limitadas por um interesse coletivo de preservação da ordem e seriam criminosas por força da sua inclinação anarquista⁵². Nesse sentido, pode-se dizer que o Tribunal teve um importante papel para a manutenção do *status quo*.

O exame da trajetória do Tribunal sob a égide da Constituição de 1891 não aponta para uma Corte inerte, alheia ao seu papel institucional. Provavelmente, uma análise mais detida de casos emblemáticos decididos pelo Tribunal naquele período, exercendo ou não propriamente controle de constitucionalidade de leis e atos emanados de outros poderes, nos conduza à conclusão de que muitas vezes o Supremo funcionou bem como *guardião* da Constituição ou como instância final na hierarquia do Poder Judiciário⁵³.

Não obstante, parece claro o primado do Executivo no período. Assim, é possível afirmar que, sob a égide da Constituição de 1891, as questões sensíveis da política não estavam verdadeiramente sujeitas aos juízos do Supremo Tribunal Federal, salvo se a manifestação da Corte estivesse alinhada com os interesses estratégicos das oligarquias organizadas no Poder Executivo.

Não há, portanto, condições mínimas para afirmar uma proeminência do Poder Judiciário no ambiente político da Constituição de 1891. Falar em

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Trajatória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. pp. 26-27

⁵¹ *Ibid.* pp. 52-53

⁵² *Ibid.* p. 52

⁵³ v. LEITE, Fábio Carvalho. *1891: a matriz político-institucional da República no Brasil*. Op. Cit.

supremacia judicial, nesse contexto, é impossível, pois, na prática, o cumprimento às decisões judiciais ficava ao sabor da vontade do Poder Executivo. Embora o *design* institucional fosse compatível com a afirmação de um poder judiciário forte e independente, seria necessário muito mais do que o texto normativo, ainda que constitucional, para transformar o Estado brasileiro e submeter o poder político ao *rule of law*. Como bem anota Daniel Sarmento acerca da efetividade da Constituição de 1891, “*entre o país constitucional – liberal e democrático – e o país real – autoritário e oligárquico –, manteve-se sempre um intransponível abismo*”⁵⁴.

2.2.3

O Brasil governado na primeira Era Vargas: as Constituições de 1934 e 1937

A Revolução de 1930, capitaneada por Getúlio Vargas, marcou o fim da República Velha e, conseqüentemente, da influência da Constituição de 1891 na vida política do país.

Em novembro de 1930, Vargas editou o Decreto nº 19.398 instituindo um Governo Provisório, que duraria até a eleição da assembleia constituinte (art. 1º), ocorrida em 1933. Instituíam-se um verdadeiro estado de exceção até a promulgação da Constituição de 1934, pois ficavam reservadas ao Governo Provisório as funções típicas do Executivo e do Legislativo. O Poder Judiciário, por sua vez, não poderia exercer controle sobre os atos do Governo Provisório ou dos interventores dos Estados, mesmo porque expressamente suspensas pelo Decreto as garantias constitucionais, ressalvado apenas o *habeas corpus* para os processos criminais comuns (art. 5º)⁵⁵.

Os três anos que se seguiram até a convocação da assembleia constituinte foram marcados por um cenário de instabilidade política. Fora do país, os Estados Unidos e a Europa viviam uma crise das suas democracias liberais. No ambiente político norte-americano, iniciava-se um movimento de crítica do absentismo estatal que deu azo às políticas intervencionistas do *New Deal*. Na Europa, por sua

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira. Op. Cit.* p. 27

⁵⁵ “Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

Parágrafo único. É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais.”

vez, os anos 30 foram marcados pela emergência dos governos autoritários de extrema direita, especialmente, na Alemanha, Itália, Portugal e Espanha.

No Brasil, durante o Governo Provisório, setores ligados ao tenentismo, que pretendiam estender o estado de exceção, eram confrontados por segmentos mais liberais que ansiavam pela reconstitucionalização. Em 1932, São Paulo foi palco da Revolução Constitucionalista, cujo objetivo principal era a derrubada do Governo Provisório de Vargas e a proclamação de uma constituição. O movimento, certamente, contribuiu para aumentar a instabilidade política, embora Vargas, ao derrotar os insurgentes, tenha manejado com maestria esforços para evitar que efeitos colaterais inviabilizassem a manutenção do estado de exceção por mais algum tempo⁵⁶.

Convocada a Assembleia Constituinte pelo Decreto nº 23.102 de 19 de agosto de 1933, foi designado o dia 15 de novembro para que se iniciasse a apreciação do anteprojeto do texto constitucional que havia sido idealizado pela Comissão do Itamaraty⁵⁷. Com a aprovação do texto em 16 de julho de 1934, foram convocadas eleições e Vargas foi eleito Presidente para mandato de 4 anos.

A Constituição de 1934 firmou bases para a efetivação dos valores do constitucionalismo social no Brasil, ao estabelecer direitos sociais voltados à disciplina das relações de trabalho, da cultura, da família, dentre outros⁵⁸.

Na organização do Estado, foi mantido o federalismo, embora se tenha optado por uma feição cooperativa, com a previsão de matérias de competência concorrente para a União e os Estados (art. 10). O Legislativo permanecia composto por Câmara e Senado, embora este último tenha deixado de ter atividades típicas legislativas, passando a ter um papel de coordenação da relação entre os poderes instituídos. Para o Executivo, por sua vez, manteve-se o presidencialismo, mas foi suprimida a figura do Vice-Presidente, e vedou-se a reeleição após o cumprimento do mandato, este com prazo de 4 anos (arts. 51 e 52).

⁵⁶ v. LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. The Macmillan Company. New York, 1942. p. 23

⁵⁷ A comissão era composta por juristas de matriz ideológica bastante heterogênea, dentre eles Afrânio de Mello Franco, João Mangabeira, Carlos Maximiliano e Oliveira Viana.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Trajatória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. pp. 31-35

No âmbito do Poder Judiciário, algumas transformações foram importantes. O Supremo Tribunal Federal passou a funcionar com 11 ministros (art. 73). O seu nome foi alterado para *Corte Suprema*. A mudança não foi em vão, com isso visava-se, ao menos no momento da elaboração do anteprojeto, uma aproximação da prerrogativa ao exercício do controle de constitucionalidade outorgado à Corte com o que João Mangabeira chamou de “poder tremendo” de interpretar a constituição, remetendo ao papel desempenhado pela Suprema Corte Norte-Americana no sistema jurídico dos Estados Unidos⁵⁹.

Não obstante mantida a competência para exercer o controle de constitucionalidade pela via extraordinária, incidental, no texto constitucional (art. 76, III), esse “tremendo poder” não foi contemplado tal como aspiravam os idealizadores do anteprojeto de constituição na Comissão do Itamaraty, que haviam inserido no projeto do texto constitucional um artigo estabelecendo a competência da Corte Suprema para “*interpretar conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro*”. A retirada do dispositivo do texto constitucional pela Assembleia Constituinte denotava uma certa recalcitrância dos parlamentares em conferir à Corte a palavra final sobre o significado da Constituição em face dos demais Poderes. A perplexidade de João Mangabeira em relação a esse fato, certamente pela frustração das expectativas da Comissão do Itamaraty acerca do papel da Corte Suprema sob a égide da Constituição de 1934, ficou patente em trecho de sua obra, no qual afirma:

Esse “tremendo poder”, essa função oracular, esse papel de “master of the constitution”, essa situação de grande órgão político, tantas vezes rudemente contestada à Suprema Corte americana, que ante-projecto punha em relevo, como braço e título característico do nosso Tribunal. Nem se diga que, entre nós, essa dúvida não pode surgir, uma vez que expressamente se lhe confere o poder de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis. Sim, quanto a esse poder. Quanto, porém, à sua qualidade de *interprete máximo*, da nossa Constituição, capaz de impôr, por isto mesmo, em todos os casos, a observância dos seus arestos aos outros poderes, já o mesmo não acontece. E foi a falta de um texto definitivo, preciso e categórico, como o do ante-projecto, que, sob o governo Hermes, o Presidente da Republica, e com elle as duas casas do Congresso entenderam que lhes não obrigava accordam do Supremo Tribunal sobre o Conselho Municipal deste Districto. Raciocinavam, então, com Jefferson e Jackson, que qualquer dos Poderes é supremo no interpretar a Constituição, quando têm que desempenhar as atribuições que a Nação lhes confiou.

⁵⁹ MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Companhia Editora Nacional. São Paulo, 1934. p. 106

E' a isso que o ante-projecto obvia e corta cerce, declarando expressamente que ao Supremo Tribunal compete "*interpretar conclusivamente a Constituição, em todo o territorio brasileiro*". (...)

Este "tremendo poder" que o ante-projecto expressamente confiava ao Supremo Tribunal Federal, evitando possíveis conflitos e consagrando-lhe, num texto definitivo, a posição oracular de arbitro da Constituição em nosso regime. Não descobrimos, pois, os motivos com que se pretende expungir da Constituição aquelle artigo, quando, no fundo e na forma, todas as razões e todos os interesses bradam pela conservação do dispositivo eliminado.⁶⁰

É interessante notar da insatisfação expressa por João Mangabeira que, a bem da verdade, a recalcitrância dos parlamentares era a respeito da afirmação do paradigma da supremacia judicial. Provavelmente, tal preocupação não guardava vínculo com um compromisso ideológico democrático de ampliação do universo de intérpretes da constituição, mas sim com a manutenção de uma tradição política herdada do Império e da Primeira República de centralização do poder nas mãos, sobretudo, do Poder Executivo.

Esse debate, contudo, sequer pôde amadurecer à luz da Constituição de 1934, tendo em vista a sua curtíssima vigência, especialmente sob um regime de normalidade política. Em 1935, sob pressão de Vargas, o Congresso aprovou três emendas constitucionais autorizando o Presidente a declarar a "comoção intestina grave", equiparada ao estado de guerra, com o objetivo de combater de "movimentos subversivos", na qual permaneciam suspensas em todo o país as garantias constitucionais contra prisões arbitrárias e censura⁶¹. A *comoção*, de fato, foi declarada no ano seguinte, para combater uma suposta ameaça comunista. Esse foi o primeiro passo de Vargas, impossibilitado de se reeleger em 1938, para deflagrar o golpe em 1937⁶².

No mesmo dia em que deflagrou o golpe, 10 de setembro de 1937, Vargas outorgou a nova Constituição, que deveria ser submetida futuramente a um plebiscito (art. 187) que jamais ocorreu.

O seu texto foi redigido por Francisco Campos, jurista de traço marcadamente conservador e autoritário, demonstrando o rompimento escancarado da Constituição de 1937 com os referenciais do liberalismo republicano que inspiravam as Cartas anteriores. Nas palavras do próprio

⁶⁰ MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Op. Cit. pp. 106-107

⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. p. 36

⁶² *Ibid.* pp. 36-37

Francisco Campos, ao tratar desse novo regime, o Estado Novo, fica clara a matriz ditatorial que inspirou o texto de 1937:

Construída para a tempestade, a nau tem que ser forte, o seu comando há de ser concentrado nas mãos de um homem de tempera serena, firme, resoluto, e, principalmente, habituado às intimidades com o destino, a tripulação corajosa e amante do perigo, unida por um único pensamento e disciplinada por uma só vontade. Este, o único regime capaz de enfrentar os elementos, o regime que os povos que ainda não se deixaram conformar com o pensamento da escravidão ou da morte, pedem ao destino inexorável, na hora que pode ser a dos naufrágios ou dos acontecimentos funestos.⁶³

A Carta de 1937 estabeleceu um significativo rearranjo institucional do país com vistas a distanciá-lo dos valores do liberalismo⁶⁴. Não obstante, esse novo arranjo institucional não foi visto em funcionamento. Ao entrar em vigor, até que se submetesse o texto constitucional ao plebiscito, o Presidente permaneceria governando por decreto-lei, avocando para si a atividade típica do Legislativo (art. 180). Além disso, com base em dispositivo do ato das disposições transitórias, cuja vigência se tornou permanente, foi autorizada a decretação do estado de emergência, com a suspensão de garantias constitucionais, a extinção dos partidos políticos e a proibição de quaisquer manifestações políticas em público⁶⁵.

É de se esperar que se nos ambientes constitucionais anteriores inspirados nos valores tradicionais do liberalismo político, ao menos na ideia basilar de separação dos poderes, não foi possível o estabelecimento de um Estado de Direito, com respeito às leis e decisões judiciais, não seria na vigência do Estado Novo que isto ocorreria. Muito menos seria razoável supor que houvesse qualquer condição para a afirmação de um paradigma de supremacia judicial.

A título exemplificativo, de fato, em 1939, houve uma tentativa desavisada do Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional parte de um decreto presidencial que havia submetido os vencimentos dos juízes à tributação. Ato contínuo, Vargas editou o Decreto nº 1564 de 1939 expressamente superando a decisão da Corte, com o seguinte teor: *“Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes*

⁶³ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Ridendo Castigat Moraes. eBook. 2002. p. 326

⁶⁴ V. SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. pp. 39-43

⁶⁵ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. Cit. p. 87

que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.”. Para evitar maiores controvérsias sobre o episódio, Francisco Campos veio a público justificando a conduta de Vargas, argumentando que, como não havia Congresso eleito, o poder de emenda constitucional estaria nas mãos do Presidente, do que naturalmente decorreria a prerrogativa de superar decisões judiciais⁶⁶.

O episódio demonstra claramente a submissão dos poderes aos comandos do Presidente que governava o país com fundamento em um regime centralizador e autoritário de exceção.

2.2.4

A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 foi formulada basicamente como uma negativa ao regime autoritário instituído a partir de 1937. No contexto de crise do Estado Novo, eleições para o Parlamento foram convocadas pela Lei Constitucional nº 9, editada por Vargas. Foi-se, no entanto, além e, em novembro de 1945, o Congresso aprovou a Lei Constitucional nº 13, convocando, pela primeira vez, uma Assembleia Constituinte, com poderes ilimitados, para elaborar uma nova carta política.

O texto base sob o qual trabalhou a Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 2 de fevereiro de 1945, foi o da Constituição de 1934, com que se buscou restabelecer o compromisso com o Estado social (prevendo direito para os trabalhadores, a intervenção do Estado na economia e dedicando-se capítulos próprios para a tutela da família e da cultura), bem como reafirmar os valores do liberalismo democrático, como a separação de poderes e a livre associação para fins políticos⁶⁷.

No que se refere ao Poder Judiciário, a Constituição de 1946 vedou o acúmulo de funções entre os poderes, de modo que cada qual deveria permanecer realizando suas atividades típicas (art. 36). Evidentemente, não era mais dado ao Presidente o poder de contrariar frontalmente decisões judiciais.

⁶⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas. Op. Cit.* pp. 66-67

⁶⁷ v. PILATTI, Adriano. *Constituintes, Golpes e Constituições. Op. Cit.*; SARMENTO, Daniel. *Trajetoira Constitucional Brasileira. Op. Cit.* pp. 49-52

É possível dizer que sob a égide da Carta de 1946 o Brasil experimentou, pela primeira vez, um regime de estabilidade institucional em um contexto até certo ponto democrático, especialmente durante o governo do Presidente Dutra. Do ponto de vista das instituições políticas, o regime de normalidade permaneceu durante a maior parte do tempo, respeitando-se funções e prerrogativas.

Todavia, durante a vigência da Carta de 1946, o cenário político manteve-se tormentoso, pois, embora o senso comum político, a princípio, refutasse a centralização do poder vivida durante o Estado Novo, diversos setores da sociedade aspiravam projetos políticos de certo modo incompatíveis entre si, todos à luz do mesmo texto constitucional. Uma síntese das aspirações desses setores da sociedade pode ser encontrada em trecho da obra de Emilia Viottti da Costa:

“A Constituição de 46 apresentava uma continuidade notável, até certo ponto inesperada, com as de 1891, 1934 e 1937. O texto revelava, entretanto, as contradições, o choque de interesses e o compromisso entre os vários grupos representados, direta ou indiretamente, na Constituinte. Os industriais queriam se libertar da legislação fiscalizadora implantada pelo Estado Novo. Ao mesmo tempo, desejavam conservar os subsídios e as vantagens impostas aos operários. Estes, por sua vez, pressionavam para obter maior liberdade de organização e autonomia em relação ao Estado, pleiteando o reconhecimento do direito de greve, proibido pela Carta de 37. Ao mesmo tempo, procuravam manter as vantagens e garantias conquistadas desde a Constituição de 34, incorporadas e ampliadas durante o Estado Novo. Os fazendeiros de café, usineiros e fornecedores de cana queriam pôr fim às restrições à livre produção impostas pelo Departamento Nacional do Café e pelo Instituto do Açúcar e Alcool, respectivamente, enquanto os trabalhadores da terra almejavam uma reforma agrária e gostariam de ver estendidas ao campo as vantagens concedidas ao proletariado industrial. Setores industriais estavam interessados na liberação de importações, principalmente de máquinas ou matérias-primas não existentes no Brasil e necessárias à indústria, enquanto os representantes da lavoura pressionavam o governo para a adoção de uma política favorável às exportações. Intelectuais, artistas, estudantes, jornalistas e profissionais da classe média reclamavam a abolição da censura, o restabelecimento das garantias civis e a suspensão das medidas de exceção. As oligarquias estaduais desejavam restabelecer plenamente o princípio federativo e recuperar o poder perdido em favor da União. Nacionalistas, civis e militares, pretendiam manter o controle do capital estrangeiro e as medidas adotadas por Vargas em favor dos empresários brasileiros e da mão-de-obra nacional. Os grupos associados ao capital estrangeiros, por sua vez, queriam livrar-se das restrições à remessa de lucros e à livre circulação de capitais e gostariam de remover os obstáculos impostos por Vargas à sua participação em áreas reservadas ao empresariado nacional.”⁶⁸

⁶⁸ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. Cit. pp. 115-116

Nesse contexto, a frágil estabilidade das nossas instituições fez com que a mais vulnerável delas até o momento, qual seja o Poder Judiciário, adotasse uma postura de autocontenção quando instado a se manifestar sobre os embates políticos travados na determinação dos rumos do país, evitando assim imiscuir-se em temas quentes dos quais pudesse resultar uma tensão, sobretudo com os demais poderes.

Um caso paradigmático dessa conduta autocontida do Supremo Tribunal Federal, causador de certa perplexidade, ocorreu quando da eleição de Juscelino Kubitschek para a Presidência, ainda durante o governo de Café Filho, substituto de Vargas que havia se suicidado.

Ao final do seu mandato, Café Filho sofre um ataque cardíaco, o que o afasta da Presidência, assumida, por substituição, na forma do art. 79, § 1º, da Constituição de 1946, pelo Presidente da Câmara, Carlos Luz. Antevendo, contudo, que a oposição a Juscelino pretendia frustrar a sua posse, com o que aparentemente anuía o Presidente em exercício, o General Lott deflagrou um golpe contra Luz, de modo a preservar a posse do candidato eleito democraticamente. O Congresso, apoiando a manobra de Lott, declarou o impedimento de Luz e votou para que Nereu Ramos fosse o Presidente até a diplomação de Juscelino⁶⁹. Ao tentar retornar ao cargo, Café Filho foi surpreendido com a negativa de Lott e anuência do Congresso, que aprovou, no dia 22 de novembro, a decretação do estado de sítio por trinta dias⁷⁰.

Indignado, Café Filho impetrou mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal. A Corte, no entanto, curiosamente, decidiu, por maioria de votos, suspender o mandado de segurança até a cessação do estado de sítio, de modo a evitar imiscuir-se na controvérsia política, não obstante a patente questão constitucional envolvida⁷¹. As considerações que constam do voto proferido pelo Ministro Nelson Hungria na ocasião merecem destaque, pois expressamente atestavam, a despeito dos fundamentos jurídicos que poderiam ser apresentados a favor ou contra a causa do Impetrante, a impotência do Supremo Tribunal Federal

⁶⁹ *Ibid.* p. 137

⁷⁰ *Ibid.* p. 137

⁷¹ V. SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira. Op. Cit.* p. 54

para combater, ainda que entendesse inconstitucional, o ato impugnado, o que chamou de “insurreição pelas armas”⁷².

Outra estratégia de sobrevivência aparentemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição de 1946 foi o alinhamento dos pronunciamentos do Tribunal com as expectativas dos setores dominantes da política na sociedade brasileira. O trabalho da Corte no período, segundo Emilia Viotti da Costa, “*constituiu, em grande medida, em conciliar a linguagem liberal, politicamente conveniente e necessária, a interesses restritos das classes dominantes, com pressupostos estatizantes e principalmente corporativistas aplicados à classe operária*”⁷³.

Exemplo desse alinhamento ocorreu com os sucessivos julgamentos de improcedência das ações (mandado de segurança, *habeas corpus* e recurso extraordinário) propostas por Luís Carlos Prestes e outros políticos alinhados com a causa comunista, mesmo quando os atos do Estado restringiam bens e direitos não diretamente vinculados com a atividade partidária, a despeito da aparente violação às garantias constitucionais dos demandantes⁷⁴.

Seja pelo alinhamento ao discurso político majoritário ou pelo acanhamento como estratégia de autodefesa para a manutenção da autoridade da Corte, o razoável clima de estabilidade institucional não favoreceu o aparecimento de uma jurisdição firme ao ponto de ser determinante, em pé de igualdade com os demais poderes instituídos, na condução dos assuntos políticos nacionais. Mais uma vez na História das instituições brasileiras, a prática revelava a hipertrofia

⁷² RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2002. pp. 186-190. O voto do Ministro Hungria consta na íntegra desta obra. Confira-se trecho em que fica clara a mencionada limitação dos poderes da Corte aos olhos do Ministro: “Contra uma insurreição pelas armas, coroada com êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. / Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, dublê de exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono” (Aliomar Baleeiro, da UDN). / Jamais nos inculcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.”

⁷³ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. Cit. p. 127

⁷⁴ V. *Ibid.* 118-124

dos demais poderes, sobretudo do Executivo, frente ao papel mais burocrático e protocolar do Poder Judiciário, ainda que este não fosse, mais por cautela própria, desautorizado no exercício das suas atribuições.

A partir do golpe militar de 1964, todavia, o país assistiria a um novo retrocesso na relação do Judiciário com o Poder Executivo, desta vez com o emprego da truculência particular à ditadura militar que se instalaria até a transição para a atual Constituição de 1988.

2.2.5

As Constituições da Ditadura Militar

O golpe militar ocorrido em 31 de março de 1964 não inaugurou uma nova ordem constitucional. Ao invés de se editar uma nova Carta, os articuladores do golpe optaram por manter o texto de 1946 com a ressalva de outorgarem-se o poder, leia-se o poder de político de momento e o constituinte, através do Ato Institucional nº 1 – AI-1, cujo preâmbulo anunciava que “*Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o povo é o único titular.*”. A redação do AI-1 ficou a cargo de Francisco Campos, figura já conhecida no cenário nacional na idealização do regime constitucional autoritário do Estado Novo.

Além de ampliar significativamente os poderes do Presidente, o art. 7º do AI-1⁷⁵ determinou a suspensão das garantias de estabilidade de servidores públicos, com o que foi possível colocar em disponibilidade servidores públicos civis, dentre eles dezenas de magistrados e militares, sem a possibilidade revisão judicial⁷⁶. Some-se a isso a prerrogativa outorgada ao Chefe das Forças Armadas de suspender direitos políticos pelo prazo de 10 anos e, consequentemente, cassar mandatos eletivos quando necessário “*no interesse da paz e da honra nacional*”,

⁷⁵ Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira. Op. Cit.* p. 59

excluída a possibilidade de controle (art. 10)⁷⁷. Em síntese, governado pelas Forças Armadas, o Estado era gerido com truculência e repressão para asfixiar qualquer insurgência de oposição⁷⁸.

Fatalmente, o que se seguiu ao regime de exceção instaurado com o AI-1 foi uma absoluta proeminência do Executivo frente aos demais Poderes. É sintomático de uma submissão ao regime o discurso proferido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal ao receber Humberto Castelo Branco na Corte, logo após a sua posse. Nesse episódio, o Presidente do Tribunal assinalou que a sobrevivência da democracia no país dependeria do sacrifício momentâneo de direitos e garantias fundamentais, mas, contraditoriamente, afirmou que o Judiciário permaneceria firme na sua missão de promover a Justiça⁷⁹.

É provável que o tom do discurso do Ministro Ribeiro da Costa tenha sido dócil em razão da resposta dada pelos militares às críticas que este fizera em 1965 à interferência do Executivo nos assuntos do Legislativo e do Judiciário. Não tardou para que, após a entrevista concedida pelo Ministro em 20 de outubro, Castelo Branco editasse o Ato Institucional nº 2, aumentando o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de onze para dezesseis, nomeados para as novas vagas, evidentemente, magistrados alinhados com o regime militar⁸⁰.

De toda sorte, o AI-1 havia facilitado o processo de aprovação de propostas de emendas à Constituição apresentadas pelo Presidente. Como era de se esperar, no contexto pós-1964, diversas delas foram aprovadas por esse mecanismo facilitado, tornando a Constituição de 1946 um documento confuso⁸¹. Ressalta-se, nesse contexto, a aprovação da Emenda Constitucional nº 16/1965, que instituiu no país o controle de constitucionalidade abstrato a ser realizado através da *representação contra inconstitucionalidade*, da qual era legitimado à

⁷⁷ Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

⁷⁸ Um panorama completo sobre os métodos de repressão da ditadura militar, dentre os quais se sobressaiu a institucionalização da tortura, pode ser encontrado na Parte II de GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. Companhia das Letras. São Paulo, 2002

⁷⁹ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. Cit. pp. 167-168

⁸⁰ V. *Ibid.* pp. 172-174

⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. p. 61

propositura o Procurador-Geral da República e competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal.

O grande número de emendas à Constituição fez com que os militares optassem pela convocação de uma Assembleia Constituinte, o que de fato ocorreu com a edição do Ato Institucional nº 4 de 1966. A Nova Constituição foi aprovada em 24 de janeiro de 1967, entrando, contudo, em vigor em 15 de março de 1967, quando da posse do sucessor de Castelo Branco, o General Costa e Silva.

A Constituição de 1967 foi editada sob a supervisão da ala mais moderada das Forças Armadas. Disso resultou a consolidação de um texto que preservasse uma *fachada liberal*, de modo que, ao menos do ponto de vista estritamente formal, fosse mantido um catálogo de direitos fundamentais (art.150), a separação de poderes (art. 6º), o federalismo, etc⁸². Certamente, por ser editada na sequência dos Atos Institucionais que haviam ampliado significativamente as prerrogativas do Executivo, a Constituição de 1967 assegurou a manutenção desse estado de coisas.

A *fachada liberal* da Carta de 1967 era descortinada nos seus detalhes. Embora a estrutura básica fosse marcadamente liberal, a ditadura, instaurada a partir de um governo de exceção, não podia se dar ao luxo de limitar demasiadamente o seu poder. Por essa razão, o texto da Constituição de 1967 é entrecortado de cláusulas de exceção, revelando a grande preocupação com o que se definia como *segurança nacional*, um conceito aberto e indefinido que permeava o texto constitucional.

A propósito, ao Presidente era dado expedir decretos com força de lei nas questões envolvendo *segurança nacional* (art. 58), o que efetivamente ocorria com frequência. Ainda que houvesse um rol extenso de direitos e garantias individuais (art. 150), estes eram constantemente violados, ora de forma velada ora sob o pretexto de assegurar a dita *segurança nacional*⁸³. Além disso, embora fossem previstas garantias institucionais da magistratura no art. 108 (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), ficavam excluídos da apreciação judicial os atos do *Comando Supremo da Revolução de 31 de março*

⁸² V. *Ibid.* pp. 64-66

⁸³ v. COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. Cit. p. 176

de 1964, bem como outros diversos atos emanados do Poder Executivo no regime de exceção (art. 173).

A *fachada liberal* fora, no entanto, concretamente derrubada com a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. O AI-5, baixado durante o Governo Costa e Silva, mais alinhado com setores das Forças Armadas que queriam o recrudescimento do regime para estancar de vez qualquer forma possível de oposição, conferiu plenos poderes ao Executivo, permitindo ao Presidente decretar recesso do Legislativo em todos os âmbitos federativos, transferindo para si a atividade legislativa; decretar intervenção federal sem qualquer limitação; suspender direitos políticos e, conseqüentemente, cassar mandatos eletivos; demitir, aposentar ou mover magistrados e servidores públicos; suspender a liberdade de reunião; instituir a censura; etc⁸⁴.

O Supremo Tribunal Federal foi fortemente atingido com a edição do AI-5 quando, em 1969, o Presidente determinou a aposentadoria compulsória dos Ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal, do que se seguiu a renúncia ao cargo do Ministro Gonçalves de Oliveira em solidariedade aos colegas e a aposentadoria por tempo de serviço do Ministro Lafayette de Andrada. O preenchimento das vagas foi feito com juristas afinados com o regime militar, tendo sido reduzido novamente para 11 o número de ministros com o Ato Institucional nº 6. Assegurava-se, assim, a plena conformação do Supremo Tribunal Federal aos desejos do governo militar.

Do AI-5 resultou a outorga da Constituição de 1969, sob a forma da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, cujo fundamento era o poder conferido ao Poder Executivo pelo AI-5. A Carta basicamente institucionalizou os poderes conferidos aos militares que já advinham dos demais Atos Institucionais. Embora alguns ajustes tenham sido feitos, de fato, não houve alteração da estrutura de poder que até então estava estabelecida no país após a edição do AI-5.

Os vinte e um anos de ditadura militar representaram o clímax de uma história constitucional que já não vinha bem sob a égide das Constituições brasileiras anteriores. Os “anos de chumbo” desse regime ditatorial, iniciados com

⁸⁴ V. SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira. Op. Cit.* p. 67-68

o AI-5, talvez sejam a melhor expressão do que chamei, repetindo a expressão empregada por Barroso, de um “constitucionalismo que não era para valer”⁸⁵.

O constitucionalismo brasileiro até o final da ditadura militar não passou de folclore apegado a um liberalismo da moda, pois, sempre que ameaçado determinado projeto de poder dominante, o caminho foi o da subversão da separação de poderes e do funcionamento regular das instituições políticas. Em precisa síntese, Daniel Sarmento, com propriedade, afirmou:

Na acidentada história institucional do país, não faltaram constituições. Foram 8 até agora, editadas respectivamente em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Mas, se sobraram constituições, tem-nos faltado constitucionalismo. A maior parte das constituições que tivemos não logrou limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. Muitas delas foram pouco mais que fachadas, que visavam a emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, mas que não subordinaram efetivamente o exercício do poder, que se desenvolvia quase sempre às suas margens. No nosso conturbado processo político, abundam golpes e desvios múltiplos das prescrições das constituições vigentes, com ou sem rompimento formal com elas. O autoritarismo, a confusão entre o público e o privado, a exclusão social e a violação dos direitos mais básicos de amplos segmentos da população são patologias crônicas da trajetória nacional, que têm persistido renitentemente, a despeito da retórica das nossas constituições.⁸⁶

Evidentemente, nesse contexto, a história constitucional brasileira contada até aqui não poderia ter como protagonista o poder judiciário, cujo funcionamento sempre teve que ser tímido para evitar a desmoralização, seja pelo desrespeito das suas decisões seja pela retaliação dos magistrados.

Isso não significa que não houve avanços, especialmente no que se refere à jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade se afirmou como um elemento chave no sistema de separação de poderes, ainda que nos períodos ditatoriais fosse muito difícil exercê-lo contra atos emanados do poder executivo sem retaliação. De certo modo, herdamos instituições e institutos, mas permaneceu o desafio de torna-los efetivos e a vontade de testá-los em momentos de verdadeira normalidade institucional.

A dificuldade, contudo, em tornar o poder judiciário um protagonista na trajetória institucional brasileira se deve muito à seletividade com que, mesmo nos períodos mais republicanos das Constituições de 1891, 1934 e 1946, os direitos

⁸⁵cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo democrático no Brasil: cônicas de um sucesso imprevisto*. Op. Cit.

⁸⁶ V. SARMENTO, Daniel. *Trajatória Constitucional Brasileira*. Op. Cit. p. 3

fundamentais eram concretizados⁸⁷. Como o ambiente político sempre esteve conturbado, continuamente havia um inimigo de consenso a perseguir (comunistas, anarquistas, tenentes, entre outros), ao qual “menos direitos” eram assegurados, inclusive pelo próprio poder judiciário, muitas vezes ao fundamento da existência de uma suposta ameaça às instituições democráticas. Causa certo estranhamento na história constitucional brasileira que a democracia tenha sido utilizada diversas vezes como justificativa para condutas antidemocráticas.

De todo modo, no período pré-1988 não estiveram presentes condições mínimas para que se pudesse falar em supremacia judicial, amplamente concebida com a verificação simultânea de supremacia em sentido estrito (última palavra no processo de hermenêutica constitucional), judicialização da política e ativismo judicial. Este cenário muda radicalmente com a Constituição de 1988.

2.3

O constitucionalismo brasileiro com a Constituição de 1988 e as bases para a ascensão do Poder Judiciário no cenário político

A Constituição de 1988 representou, do ponto de vista histórico, uma ruptura com as bases autoritárias da política brasileira que contaminaram a realidade sobre a qual incidiram, em grande parte sem efetividade, as Constituições anteriores. O contexto social, de ampla participação popular e pressão para a superação do clímax do autoritarismo vivenciado no país durante os “anos de chumbo” da ditadura militar, fez do processo constituinte de 1987/88 um marco do compromisso da sociedade brasileira com os direitos fundamentais e profundas mudanças nas relações sociais, políticas e econômicas. As promessas encartadas no texto já aparecem nos seus primeiros artigos, sendo fundamento da República Federativa do Brasil o valor da dignidade da pessoa humana e um dos seus objetivos a construção de uma sociedade inclusiva⁸⁸.

Os limites do presente trabalho impedem uma incursão nas diversas nuances de caráter político, filosófico, ideológico e moral que influenciaram a

⁸⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op cit. p. 116

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 88*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010. p. 102

consolidação do texto compromissório promulgado em 1988⁸⁹. Por essa razão, passarei diretamente à análise de elementos relevantes para a expansão do Poder Judiciário no pós-1988, objeto deste tópico, ressaltando durante essa apresentação, todavia, as características do texto constitucional pertinentes. Iniciarei, no entanto, pelas referências externas que influenciaram o constitucionalismo brasileiro pós-1988, para, em seguida, apresentar as condições para a afirmação do Judiciário no cenário político nacional.

2.3.1

O Neoconstitucionalismo

É marca notável nos processos constituintes do Século XX ao redor do mundo que os novos regimes constitucionais busquem demarcar um rompimento com constituições antecedentes. Marcar a ruptura parece ser ainda mais importante em contextos de transição de regimes autoritários para democráticos, pois geralmente o rompimento é o produto de lutas efusivas e promessas de emancipação alimentadas no seio da sociedade civil. Na segunda metade do Século XX, uma saída inovadora para assegurar o sucesso de novos regimes constitucionais democráticos, nos quais a ruptura com o autoritarismo pretendia ir além da mera consolidação da democracia, para conduzir processos profundos de transformação social, foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais⁹⁰, com a missão de zelar pela efetiva implementação das promessas encartadas nessas novas *constituições dirigentes*⁹¹.

⁸⁹ Uma análise detalhada dos trabalhos da Constituinte de 1987/88 pode ser encontrada em PILATI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008; SARMENTO, Daniel. *Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 88*. Op. Cit.;

⁹⁰ V. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV. São Paulo, 2008 p. 444. O autor cita como exemplos recentes as Constituições Portuguesa de 1976, demarcatória da queda do regime autoritário salazarista e uma das principais influências externas, junto com a Constituição da Espanha de 1978, sobre o texto constitucional aprovado no Brasil em 1988; Sul-Africana de 1996, sancionada por Nelson Mandela no contexto pós-*apartheid*; e a Indiana de 1950, elaborada no período de descolonização do país.

⁹¹ O termo *constituição dirigente* remete à obra do constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho intitulada *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, designando, nas palavras do autor, uma ideia de “programa” no qual “a Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Editora Coimbra. Coimbra, 2002. p. 21).

O movimento inicia-se na Europa do Segundo pós-Guerra. Com o declínio paulatino dos regimes autoritários, especialmente na Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, a concepção de *constituição* aproximou-se daquela predominante no constitucionalismo norte-americano, que, como vimos ao analisar o caso *Marbury v. Madison*, já desde o início do Século XIX concebia a Constituição como documento dotado de força normativa e a partir do qual deveria ser aferida a validade das leis⁹².

A aproximação com a concepção de constituição predominante no constitucionalismo norte-americano, entretanto, não ocorreria sem particularidades. Dos processos constituintes ocorridos no Velho Continente, resultaram textos constitucionais analíticos e extensos, com maior capacidade de regular diretamente a vida cotidiana do que os poucos artigos da sintética constituição estadunidense⁹³.

Além disso, essas constituições, de regra, previam um amplo rol de direitos e garantias, com a preocupação desde logo, de modo a evitar o pronunciamento meramente retórico dessas garantias, com a sua efetividade, no que se destaca a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, cujo primeiro artigo, no item 3, já assegura força normativa e a eficácia plena dos direitos fundamentais (“*Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário*”)⁹⁴.

Muitos desses direitos e garantias fundamentais, entretanto, foram estabelecidos como normas de tipologia aberta, designadas como *valores* ou *princípios* para marcar a sua diferenciação às regras. De forma muito breve, essa distinção é bem colocada por Ronald Dworkin, entusiasta de um positivismo reestruturado⁹⁵ para assegurar a força normativa de princípios, com bastante

⁹² SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010. p. 237

⁹³ *Ibid.* p. 238

⁹⁴ Com redação menos enfática, mas ainda assim clara, confira-se o art. 2º da Constituição da Itália de 1947: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.”.

⁹⁵ Optei por não fazer alusão ao que grande parte da doutrina chama de “pós-positivismo”, haja a vista que essa nomenclatura comumente é empregada para demarcar um distanciamento do

influência sobre o pensamento constitucional brasileiro, em trecho de sua obra *Levando os Direitos a Sério*:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.(...)

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política não é particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.⁹⁶

Desse fenômeno surgiu uma necessidade de redimensionar as técnicas de interpretação constitucional, de modo a compatibilizá-las com essas novas estruturas normativas⁹⁷. No dia-a-dia, Cortes constitucionais passam a ter que participar da atribuição de significado a essas cláusulas abertas, muitas delas profundamente impregnadas por valores morais compartilhados. A interpretação constitucional passa, portanto, a ser também uma *leitura moral da constituição*⁹⁸, expondo-se, naturalmente, aos riscos da influência de preferências políticas, doutrinas morais abrangentes, pré-compreensões dos intérpretes, etc.

positivismo conceitual, no que acaba, em muito, atribuindo ao pensamento positivista um ceticismo ético ao qual os seus principais autores não aderiram. Ver, nesse sentido, STRUCHINER, Noel. *Algumas “Proposições Fudrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*. In: MAIA, Antônio Cavalcanti, CAMPOS MELLO, Carolina de, CITTADINO, Gisele, POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Martins Fontes. São Paulo, 2011. pp. 39-43

⁹⁷ Para uma breve síntese acerca do que chamou de “nova interpretação constitucional”, ver BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013. pp. 196-201

⁹⁸ Refiro-me aqui ao que Dworkin define como *leitura moral da constituição*, referindo-se ao processo de atribuição de significado às normas de tipologia aberta da Constituição Norte-Americana: “Muitas dessas cláusulas são redigidas em linguagem moral excessivamente abstrata. A Primeira Emenda refere-se ao “direito” à liberdade de expressão, por exemplo, a Quinta Emenda a um processo que é “devido” para os cidadãos, e a Décima Quarta Emenda a uma proteção que é “igual”. De acordo com a leitura moral, essas cláusulas devem ser compreendidas no sentido que a sua linguagem naturalmente sugere: elas referem-se a princípios morais abstratos e os incorporam por referência, como limites ao poder governamental.” (DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press. New York, 1996. p. 7)

O caráter analítico e abrangente das constituições, permeadas por princípios constitucionais com força normativa reconhecida, aliado ao fortalecimento da jurisdição constitucional como mecanismo destinado ao impedimento da usurpação do poder político por maiorias de ocasião e à consagração das transformações encampadas em constituições compromissórias, fez com que os ramos do Direito passassem por um profundo fenômeno de constitucionalização, tornando a constituição *ubíqua*⁹⁹. Dito de outro modo, a constitucionalização do direito fez com que a constituição, de documento jurídico destinado apenas a organizar a estrutura do poder do Estado, passasse a ser a tábua de salvação para resolver conflitos do dia-a-dia.

Nesse contexto, cresce a importância do poder judiciário na arena política, já que, munido da confiança que lhe outorgavam as constituições no pós- Segunda Guerra, passou a ser requisitado com maior frequência para intervir na solução de conflitos. Com os anseios da sociedade por estabilidade institucional, as bases do Estado de Direito e do *rule of law* puderam florescer, de modo que os juízes iam perdendo o medo da insurgência e das reações negativas, muitas vezes violentas, dos demais poderes instituídos contra as suas decisões. A esse fenômeno deu-se o nome de *neoconstitucionalismo*, cujas principais características foram bem sintetizadas por Daniel Sarmento:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.¹⁰⁰

⁹⁹ V. SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. 2ª tiragem. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. *Op. Cit.* pp. 240-241

2.3.2

O Neoconstitucionalismo e a Constituição de 1988: a ascensão do Supremo Tribunal Federal

No Brasil não foi diferente, a Constituição de 1988 criou bases sólidas para o aparecimento do Poder Judiciário como um partícipe ativo da política nacional. Algumas condições reunidas permitiram esse robustecimento da jurisdição constitucional.

Merece menção um antecedente teórico, defendido por constitucionalistas brasileiros antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, que teve bastante influência na entrada dos postulados do neoconstitucionalismo no país já sob a égide da Constituição Cidadã. Trata-se da chamada doutrina da efetividade das normas constitucionais, que tem como marcos, sem prejuízo de outras obras importantes, os trabalhos desenvolvidos por José Afonso da Silva, que sustentou pioneiramente (1967) a eficácia da constituição enquanto norma jurídica dotada de força normativa¹⁰¹, e, a posteriori, por Luís Roberto Barroso, a quem coube defender vigorosamente essa efetividade à luz das possibilidades apresentadas pelo texto constitucional de 1988¹⁰². Em apertada síntese, o constitucionalismo da efetividade propunha uma sistematização das normas constitucionais, de modo a resguardar, mesmo em relação às normais programáticas, a sua eficácia jurídica, ainda que somente como parâmetro de aferição da constitucionalidade das leis e dos atos de governo, atribuindo-se ao Poder Judiciário a função de, à luz da Constituição, assegurar a efetividade dessas normas. Nas palavras conclusivas de Barroso, aludindo ao disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, “*ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, cabe um papel mais destacado do que aquele até aqui desempenhado na tutela dos direitos constitucionais. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como remédios*

¹⁰¹ V. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª edição. Malheiros. São Paulo, 1999

¹⁰² V. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. 3ª edição. Renovar. Rio de Janeiro, 1996

como o mandado de injunção, servirão como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes”¹⁰³.

Do ponto de vista estrutural, a Constituição, a partir das influências mencionadas no tópico anterior, estabeleceu os valores que fundamentam a República Brasileira e a soberania popular (art. 1º); manteve a tripartição dos Poderes (art. 2º), firmou compromissos com transformações sociais para tornar a sociedade mais justa e igualitária (art. 3º); e estabeleceu um ambicioso rol de direitos e garantias fundamentais no seu Título II, consagrando, dentre outros, um extenso capítulo dedicado aos direitos sociais, assegurando a aplicabilidade imediata das normas garantidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º). Além disso, fora aprovada com 245 artigos no corpo principal e mais 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tratando-se de um texto extenso e analítico, estabelecendo, até de forma incomum, abrangência e detalhamento nos assuntos que se dispôs a regular¹⁰⁴.

Da abrangência do texto constitucional, adveio, como era de se esperar, a já mencionada constitucionalização dos diversos ramos do Direito¹⁰⁵, facilitando que questões jurídicas aparentemente prosaicas fossem discutidas com amparo na Constituição, e, portanto, levadas ao Poder Judiciário com uma nova roupagem argumentativa. O constitucionalismo brasileiro pós-1988, pela ampla possibilidade de recondução de temas à Constituição e aos direitos fundamentais, rogou ao Judiciário, para usar a expressão de Gisele Cittadino, o papel de *regente republicano das liberdades individuais*¹⁰⁶.

Ainda em relação à estrutura do texto, profundas mudanças foram operadas na jurisdição Constitucional. O controle de constitucionalidade manteve-se misto, tal qual definido a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965, ainda

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais – Por que não uma Constituição para valer?*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013. pp. 96-97

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 88*. Op. Cit. p. 102

¹⁰⁵ A propósito, ver, no âmbito do Direito Civil: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar. Rio de Janeiro, 1999; no Direito Administrativo, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2ª edição. Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

¹⁰⁶ V. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Editora UFMG. Belo Horizonte, 2002

sob a égide da Constituição de 1946. O rol de legitimados à propositura de ações de controle abstrato, contudo, foi ampliado significativamente¹⁰⁷. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal manteve a sua competência para julgar em última instância as questões constitucionais decorrentes do exercício do controle difuso de constitucionalidade (art. 102, III), bem como o *habeas corpus* em recurso ordinário decidido em única instância pelos Tribunais Superiores (art. 102, II). Some-se a isso, ainda, um rol extenso de competências originárias para o julgamento de autoridades com prerrogativa de foro, atos do alto escalão dos demais Poderes e o mandado de injunção em face de omissão legislativa do Congresso Nacional impeditiva ao exercício de direito ou garantia fundamental.

A atribuição de *competências superlativas* ao Supremo Tribunal Federal transformou a Corte, simultaneamente, em tribunal constitucional (para o exercício do controle abstrato), foro judicial especializado (por exemplo, para o julgamento de autoridades com prerrogativa de foro) e tribunal de última instância (por exemplo, e majoritariamente, ante a competência para julgar questões constitucionais em casos concretos)¹⁰⁸.

O quadro de agigantamento das competências do Supremo Tribunal Federal, o facilitado acesso à Corte e, ainda, a constitucionalização dos diversos ramos do Direito, evidentemente acarretaram uma intensa judicialização da vida pública. Segue-se a esses fenômenos a constatação precisa de Oscar Vilhena Vieira: “*a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento brusco dos administradores ou legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo*”¹⁰⁹.

A judicialização das questões políticas tornou-se uma constante na vida pública e, em menos de três décadas, o Supremo Tribunal Federal já foi chamado a decidir diversas questões relevantes no cenário sócio-político nacional. Cite-se,

¹⁰⁷ A redação atual do art. 103 confere legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a partido político com representação no Congresso Nacional; à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Op. Cit. pp. 447-450

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 447. A propósito, o autor apurou que em 1990 o número de processos distribuídos foi de 18.564. Dezessete anos depois, em 2007, esse número saltou para 119.324 processos.

exemplificativamente, a definição do rito dos processos de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor (1992) e da atual Presidente da República Dilma Rousseff (2015); a constitucionalidade da Lei de Anistia e da Lei de Biossegurança, que autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas; a declaração de inexigibilidade da prévia autorização de biografados para a publicação de obras biográficas; a definição de regras e condicionantes relacionadas à fidelidade partidária e ao exercício do direito de greve por servidores públicos; a declaração de um *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário, determinando a adoção de diversas medidas executivas ao Poder Executivo; a declaração de inconstitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas políticas; etc. Deve ser destacado, ainda, o julgamento da Ação Penal Originária nº 470 (2012), cujo objeto era o escândalo de corrupção intitulado de “mensalão”, resultando na condenação criminal de diversos políticos e empresários. Mais atualmente, o Supremo Tribunal Federal vem conduzindo inquéritos em novo escândalo de corrupção, chamado “Operação Lava Jato”, investigação esta envolvendo diversos parlamentares e pessoas ligadas ao Poder Executivo, na qual já houve pedido formulado pelo Procurador-Geral da República requerendo o afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados, cujo sigilo bancário e fiscal já foi quebrado por ordem da Corte, bem como a prisão de Senador da República, então líder de bancada do Governo.

Importa, ao mencionar exemplificativamente esses casos ilustrar que a judicialização das questões políticas tem instado o Supremo Tribunal Federal a decidir questões tormentosas e sensíveis da vida pública nacional, papel este que vem sendo desempenhado sem que, até o momento, a legitimidade da Corte tenha sido contestada e ameaçada de qualquer intervenção externa.

O quadro até aqui descrito, contudo, apresenta uma série de características que, na terminologia empregada por Diego Werneck Arguelhes, constituem *variáveis exógenas* do processo de expansão da jurisdição constitucional¹¹⁰. Tais variáveis, segundo definição do autor, são elementos cuja “*presença e seus efeitos*

¹¹⁰ ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Universitas Jus (UniCEUB Law Journal). v. 25, n. 1. 2014

parecem quase independender das atitudes, aspirações, das ideias e até mesmo das decisões de quem integra o tribunal em um dado momento”¹¹¹.

Se considerarmos apenas tais *variáveis exógenas*, estruturais nesse arranjo institucional que estabelece fartas condições à ascensão política do Poder Judiciário, ainda assim, descreveremos um quadro de judicialização limitada¹¹². De fato, as questões jurídicas relevantes da vida social poderão ser levadas ao Poder Judiciário, por exemplo, pelos perdedores de ocasião na arena política ou por setores da sociedade civil desconfiados dos resultados que eventualmente possam atingir através dos canais representativos ordinários. Nada disso, no entanto, garante que essas questões políticas serão efetivamente decididas pelo poder judiciário.

Um quadro de *judicialização plena* reclamaria uma preferência por uma postura ativista¹¹³. Em outras palavras, o grau de judicialização da política em determinado contexto social medir-se-á não apenas pela verificação das condições institucionais que lhe são favoráveis, mas também pelas preferências voluntariamente assumidas pelo poder judiciário no exercício, ou não, dos poderes que lhe foram conferidos por uma constituição.

No que se refere à postura do Supremo Tribunal Federal no pós-1988, é possível visualizar, nos primeiros anos após a redemocratização, a forte inclinação restritiva dos ministros, destinada a limitar a participação do Tribunal na tomada de decisões relevantes no cenário político. Note-se que os casos acima citados exemplificativamente foram, em sua grande maioria, decididos já após o ano 2000, muitos deles há menos de 5 anos atrás. Em razão dos limites do presente trabalho, valho-me aqui de algumas das hipóteses e justificativas levantadas por Diego Werneck para ilustrar essa postura mais autocontida da Corte: (i) opção por uma interpretação restritiva e limitadora do art. 103 da Constituição, de maneira a dificultar que legitimados à deflagração de ações de controle de constitucionalidade abstrato o fizessem¹¹⁴; (ii) a consagração de tese

¹¹¹ *Ibid.* p. 26

¹¹² O contraponto do conceito de judicialização limitada seria, seguindo tabela apresentada por Diego Werneck, o de *judicialização plena*, existente quando, presentes as variáveis exógenas, “juizes estão dispostos a participar da tomada de decisões políticas” (*Ibid.* p. 40)

¹¹³ Ver o conceito de *ativismo judicial* apresentado no item 2.1.

¹¹⁴ Merece destaque, dentre essas interpretações criativas, o estabelecimento jurisprudencial do requisito da *pertinência temática*, a ser observado por determinados legitimados do art. 103.

jurisprudencial, em decisão proferida por maioria no âmbito da ADI nº 2, no sentido de que o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade só serviria para controlar atos normativos posteriores à Constituição, o que, na prática, impediria questionar pela via abstrata a maior parte das leis vigentes aprovadas, na maioria, durante o regime anterior; e, (iii) justificando os itens anteriores, a adoção de uma postura de cautela dos ministros no exercício das suas funções em um ambiente político novo, especialmente para a jurisdição constitucional¹¹⁵.

A história recente do Supremo Tribunal Federal, no entanto, revela um extraordinário avanço do protagonismo da Corte no cenário político. Do ponto de vista normativo, o avanço se deve à ampliação das competências do Tribunal para o exercício do controle de constitucionalidade. Cite-se, por exemplo, a criação da ação declaratória de constitucionalidade - ADC e da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, a última franqueando à Corte o controle dos atos normativos municipais e os editados antes da Constituição, regulamentadas, respectivamente, pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99; a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade pelo art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, que, ao regulamentar a repercussão geral criada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, possibilitou a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões do Tribunal¹¹⁶; a superação da interpretação restritiva que equiparava o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, permitindo-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal concretizasse o direito constitucional invocado a despeito da omissão legislativa¹¹⁷. Os limites do presente trabalho impedem uma maior incursão nas condições institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que, além dos

¹¹⁵ Cada um desses pontos está analisado em ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Op. Cit.

¹¹⁶ A demonstração da presença de repercussão geral requer que a parte recorrente demonstre a relevância social, econômica ou política da questão constitucional que pretenda levar ao Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 11.418/2006).

¹¹⁷ O caso paradigmático foi o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, nos quais se requeria o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos apesar de ainda não ter sido editada a lei regulamentadora de que trata o art. 37, VII, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 2007, decidiu que, até a superação da inércia do legislador, aplicar-se-ia analogicamente, e no que coubesse, aos servidores a Lei nº 7.783/89, que disciplina o direito de greve dos empregados da iniciativa privada.

fatores apresentados nesse tópico, contribuíram para esse avanço do ativismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos¹¹⁸.

Acerca das características desse ativismo recente do Supremo Tribunal Federal, concordo com algumas características atribuídas por Rodrigo Brandão¹¹⁹. Seriam elas: a deliberada adesão às bases metodológicas do neoconstitucionalismo, sobretudo no incremento das técnicas de interpretação da Constituição; o modelo de decisão casuístico, ante a ausência de uma sólida cultura de vinculação dos precedentes judiciais¹²⁰; e a tendência a fundamentações maximalistas, que desbordam dos limites necessários à solução do caso concreto objeto de julgamento¹²¹. O autor cita, ainda, um viés juriscêntrico, que seria tendente à desconsideração da interpretação constitucional realizada fora das Cortes, especialmente no âmbito dos demais Poderes, proposição com a qual, no entanto, guardo reservas, por razões que serão objeto de estudo no capítulo seguinte¹²².

¹¹⁸ Um panorama detalhado de tais condições pode ser encontrado no minucioso estudo sobre as dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal realizado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, especialmente no Capítulo IV do seu recém publicado livro, em CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense. Rio de Janeiro, 2014.

¹¹⁹ RANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op cit. pp. 142-176

¹²⁰ Surpreendente, a propósito, decisão proferida em 18 de abril de 2013 na Reclamação nº 4.347, quando o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu possível superar precedente do próprio Tribunal firmado em ação direta de inconstitucionalidade (no caso, era a ADI nº 1.232) em sede de reclamação constitucional proposta por autor que não constava do rol de legitimados do art. 103 da Constituição. Um mês após a decisão, o Ministro Gilmar Mendes publicou artigo intitulado *O uso da reclamação para atualizar jurisprudência em controle abstrato*, no qual advogou a tese de que o Tribunal teria plenos poderes para superar seus precedentes, o que estaria de acordo “com a interpretação atual da Constituição”. Nas palavras do autor: “ajuizada a reclamação com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.” (v. MENDES, Gilmar Ferreira. *O uso da reclamação para atualizar jurisprudência em controle abstrato*. Observatório da Jurisdição Constitucional. vol. 1. Mai/2013. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/857/607>).

¹²¹ Um caso emblemático de fundamentação maximalista ocorreu no julgamento, encerrado em 19 de março de 2009, da Petição nº 3388, na qual questionava-se a demarcação de terra indígenas na Reserva Raposa Serra do Sol. Além de decidir a questão de fundo, a Corte fixou diversos critérios para futuras demarcações, a despeito do sem número de controvérsias entre antropólogos, cientistas sociais e outros especialistas acerca do que seriam os melhores critérios.

¹²² *Ibid.* pp. 169-176

2.4.

Síntese conclusiva

Retomando o conceito de supremacia judicial estabelecido no item 2.1 do presente capítulo, considere contido no sentido lato da expressão três elementos essenciais da realidade política na qual está inserida determinada corte constitucional. O primeiro é a supremacia judicial em sentido estrito, verificada em modelos fortes de controle de constitucionalidade, nos quais a última palavra sobre a interpretação constitucional cabe ao poder judiciário, a despeito da eventual participação de outros atores políticos no processo hermenêutico. O segundo e terceiro elementos, respectivamente um quadro de judicialização da política e o ativismo judicial, seriam as condições ideais sobre as quais seria possível a afirmação da supremacia judicial.

Da análise empreendida no presente capítulo, foi possível constatar que não há argumento histórico na trajetória do constitucionalismo brasileiro, no que este difere do norte-americano, capaz de amparar a ideia de supremacia. Procurei demonstrar que sob a égide das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 o quase sempre conturbado ambiente social e político impediu qualquer tipo de proeminência do Supremo Tribunal Federal nessa arena. Não se via no Poder Judiciário um ente capaz de limitar os excessos corriqueiramente perpetrados sobretudo pelo Poder Executivo, sendo este estado de coisas alardeado, inclusive, por integrante da própria Corte em determinado episódio.

As limitações impostas ao Tribunal, algumas vezes pela força, revelam o baixo grau de comprometimento das instituições políticas ao longo da nossa história com os valores do liberalismo. Em um ambiente político no qual o preço a pagar pela tentativa de impor limites aos atos dos Poderes instituídos é o descumprimento escancarado de decisões judiciais, a manipulação do número de integrantes do Tribunal para assegurar vitória nas suas deliberações, a criação de normas assegurando a impossibilidade de controle de determinados atos políticos, a aposentadoria compulsória de ministros, entre outros, falar de supremacia judicial é um devaneio.

A Constituição de 1988, contudo, é um marco da afirmação de um novo constitucionalismo no Brasil. O rompimento com uma concepção privatista do direito visando a trazer a Constituição para o centro da arena política e,

simultaneamente, para o topo da estrutura hierárquica da ordem jurídica, fez com que o Judiciário passasse a ser considerado um espaço fundamental de solução de conflitos. O Direito amplamente *constitucionalizado*, influenciado pelas bases metodológicas e doutrinárias do neoconstitucionalismo, e o facilitado acesso à jurisdição constitucional promoveram a judicialização da vida pública.

Embora em um primeiro momento do pós-1988 o Supremo Tribunal Federal tenha respondido de forma tímida às tentações de se afirmar no cenário político, aos poucos foi perdendo a modéstia, apresentando-se, cada vez mais, como um Tribunal ativista.

Apresentado um quadro de judicialização da política e um crescente ativismo judicial, verifica-se a presença na realidade brasileira de dois elementos estruturais da supremacia judicial. Não obstante, para que se afirme a existência de um paradigma de supremacia no Brasil, falta verificar, ainda, a presença do terceiro e mais importante componente desse conceito, qual seja a supremacia judicial em sentido estrito.

Essa análise, como a que se fez em relação à judicialização da política e ao ativismo, não prescinde do acesso a elementos da realidade e da atividade do Supremo Tribunal Federal, como uma investigação da autocompreensão que a própria Corte tem da sua função na interpretação constitucional.

Um indicativo a esse respeito já foi mencionado no item 2.1, quando da alusão à decisão nas ADI nº 2.860/DF e 2.797/DF, na qual a composição da Corte à época afirmou a impossibilidade de o legislador editar lei desafiando interpretação da Constituição já manifestada pelo Tribunal. Isso, no entanto, é suficiente para dizer que há supremacia judicial hoje no Brasil?

Embora uma manifestação como a ocorrida no julgamento das ADI nº 2.860/DF e 2.797/DF constitua um indicativo de que vivemos um paradigma de supremacia na jurisdição constitucional brasileira, é possível que a exaltação das capacidades interpretativas da Corte seja apenas um casuísmo e que a lógica de funcionamento das instituições políticas diga o contrário.

Talvez o fato de a judicialização da política e o ativismo serem fenômenos recentes na história do Supremo demonstre que a própria Corte pode ainda não ter definido, à guisa de conclusão, o seu papel na interpretação constitucional. É

possível que haja diferenças significativas entre aquilo que os ministros afirmam quando se sentem desafiados e aquilo que o Tribunal efetivamente faz no dia-a-dia ao exercer o controle de constitucionalidade. Algo mais precisa ser investigado e o capítulo seguinte procura estabelecer as bases metodológicas necessárias a essa investigação.

3.

A Supremacia Judicial sob a Perspectiva Crítica dos Diálogos Institucionais

Quando questões constitucionais são amplamente judicializadas e, por isso, cortes passam a participar do processo definidor do curso da política em uma democracia, antagonismos acerca do melhor sentido atribuído ao texto constitucional inauguram uma tensão entre instituições envolvidas na sua interpretação. Como já vimos, se, diante dessas diferentes visões sobre o sentido da constituição os juízes detêm o poder de dar a última palavra, temos supremacia judicial em sentido estrito, ainda que outros atores e instituições também sejam concebidos dentro do sistema político como intérpretes genuínos do texto constitucional.

A tensão interinstitucional resultante desses antagonismos, sobretudo entre representantes eleitos e juízes, dá origem a um intenso debate em torno da pergunta “*quem detém, se é que alguém detém, a última palavra sobre o sentido da Constituição?*”. O presente capítulo dedica-se a trazer algumas considerações para tentar responder a essa questão.

3.1

O ponto de partida: a dificuldade contramajoritária

No âmbito da Constituição norte-americana, que, tal qual a brasileira, atribui ao Judiciário a prerrogativa de invalidar atos normativos emanados dos demais Poderes, o debate em torno da *última palavra* e da tensão entre constitucionalismo e democracia foi em grande parte estabelecido, ao menos a partir da década de 1960, a partir de uma premissa comum: o chamado papel contramajoritário da Suprema Corte.

Uma referência importante acerca dos problemas relacionados à legitimidade do *judicial review* na democracia estadunidense foi estabelecida por Alexander Bickel, na obra clássica *The Least Dangerous Branch*, a partir da sua conhecida afirmação de que “*o cerne da dificuldade está no fato de que o judicial review é uma força contramajoritária no nosso sistema*”. E, aludindo à democracia norte-americana, segue Bickel identificando o problema:

“quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo de aqui e agora; ela exerce controle, não em nome da maioria de ocasião, mas contra ela. Isso, sem misticismo, é o que efetivamente acontece. (...) essa é a razão pela qual pode-se acusar o controle de constitucionalidade de não ser democrático”¹²³.

De acordo com Bickel, a estrutura básica da vida política nos Estados Unidos é o sistema de democracia representativa da *vontade do povo*. O processo democrático, de forma simplificada, operaria através de um governo eleito e de um processo legislativo majoritário. Embora Bickel reconheça que a democracia representativa é imperfeita, havendo outras maneiras de tornar instituições responsivas à vontade dos governados, a característica essencial do sistema, que consistiria na atribuição de poder às instituições representativas nascidas do processo eleitoral, não poderia ser negligenciada¹²⁴. Conclusivamente, como os juízes não estariam subordinados ao processo eleitoral que permitiria a representatividade, o *judicial review* seria uma “*instituição desviante*” na democracia norte-americana¹²⁵.

Bickel adverte, ainda, que, ao permitir que essa *instituição desviante* reiteradamente invalide atos emanados das instituições por ele consideradas representativas, fazendo prevalecer a sua interpretação acerca da compatibilidade destes atos com a Constituição, o *judicial review* alimenta, no longo prazo, a descrença no processo legislativo, enfraquecendo o próprio sistema democrático¹²⁶.

Embora o cenário patológico descrito por Bickel no Primeiro Capítulo de sua obra de 1962 tenha inspirado críticas endereçadas por diversos autores ao *judicial review*, é importante destacar que o autor não era um detrator do controle de constitucionalidade das leis. Para Bickel, a judicialização da política fazia com que o *judicial review* trouxesse os princípios para o debate público, o que considerava proveitoso¹²⁷. Para equacionar a tensão entre o *judicial review* e a democracia, contudo, a Suprema Corte deveria atuar pautada por uma

¹²³ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1962. pp. 16-17 (Tradução livre)

¹²⁴ *Ibid.* p. 19

¹²⁵ *Ibid.* pp. 17-18

¹²⁶ *Ibid.* p. 21

¹²⁷ *Ibid.* pp. 199-200

responsabilidade política, que, para Bickel, dependia do bom exercício do que chamou de *virtudes passivas*¹²⁸.

A leitura da obra de Bickel parece indicar que a *dificuldade contramajoritária* se assenta nas seguintes premissas. A primeira, a concepção de representatividade democrática estaria fortemente ligada ao processo eleitoral, através do qual se formam os quadros políticos do poder legislativo. A segunda, a vontade majoritária, na democracia, seria captada por esse sistema representativo. Com base nessas premissas, a *dificuldade contramajoritária* levaria ao seguinte silogismo: para não frustrar a democracia, entendida como governo da maioria, o *judicial review* deve adotar uma postura autocontida em face dos outros poderes de viés representativo.

Esse esquema deu origem a visões antagônicas acerca do papel a ser desempenhado pelo poder judiciário em uma democracia, e, por muito tempo, o debate acerca da legitimidade do *judicial review* dividiu seus detratores e entusiastas. Pretendo apresentar argumentos fortes manifestados por ambos e optei aqui por fazê-lo a partir do pensamento de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, sem a pretensão de exaurir as nuances de um debate que vai muito além das posições defendidas por esses autores e que, por isso, também não caberia dentro dos limites desse trabalho. O objetivo será apenas demarcar alguns argumentos importantes a favor e contra a legitimidade interpretativa das cortes baseados em uma visão do sistema político que contrapõe jurisdição constitucional e o governo da maioria, tal qual sustentado sob o prisma da *dificuldade contramajoritária*.

3.2

A exaltação das virtudes das cortes

Na célebre decisão da Suprema Corte Norte-Americana em *Marbury v. Madison*, a supremacia judicial foi sustentada como uma exigência do Estado de Direito, materializado na força normativa da constituição. De modo a assegurar a

¹²⁸ *Ibid.* p. 200. De forma simplificada, as *virtudes passivas* descritas por Bickel no Capítulo 4 de *The Least Dangerous Branch* constituem um exercício ponderado de autocontenção judicial, para evitar que a Corte se converta em instância revisora das decisões tomadas pelas instituições políticas representativas.

superioridade da constituição sobre as leis, caberia ao Poder Judiciário monitorar a atividade legislativa, submetendo-a ao controle de constitucionalidade.

Marshall enxergava um conflito eventual entre lei e Constituição a ser corrigido pelo Poder Judiciário. Não expressava uma preocupação em justificar democraticamente o *judicial review*, mesmo porque o controle de constitucionalidade era algo embrionário e incipiente nos Estados Unidos de 1803. O avanço do poder das cortes, sobretudo ao longo do Século XX, inseriu definitivamente o problema da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade na agenda dos juristas norte-americanos.

O argumento mais contundente a favor da supremacia foi formulado a partir da concepção substantiva de democracia sustentada por Ronald Dworkin. Para o autor, democracia significa governo sujeito a condições que, necessariamente, levem à consideração de todos os cidadãos como iguais¹²⁹. A igual estima de todas as pessoas é o postulado que deve regular o processo interpretativo das leis e da constituição no sistema democrático, para que se chegue a uma resposta correta diante dos conflitos envolvendo direitos. A resposta mais acertada será, segundo Dworkin, sempre aquela capaz de maximizar o postulado, no que não importará, a princípio, em que instituição ela foi formulada, porquanto não pode haver objeção democrática à solução de um conflito que maximize aquele postulado fundamental.

Dworkin não crê que o processo eleitoral comumente concebido como constitutivo da representatividade majoritária seja suficiente para assegurar a igualdade de posições políticas entre os cidadãos, pois os recursos disponíveis e necessários para alcançar um poder político substancial não são equitativamente distribuídos. Por essa razão, entende que devemos nos desapegar da ideia de que o princípio majoritário é a única regra capaz de articular um processo decisório justo¹³⁰.

Partindo dessa concepção de democracia, embora todas as instituições tenham o dever de maximizar o valor nuclear da democracia substantiva – a consideração de todos os cidadãos como iguais –, a instituição mais capaz de fazê-

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Op. Cit. p. 17

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton University Press. New Jersey, 2006. pp. 141-143

lo, segundo Dworkin, é a corte constitucional. A maior capacidade das cortes advém da ideia segundo a qual estas seriam *fóruns de princípios*, nos quais problemas envolvendo direitos são concebidos como questões de justiça, e não questões sobre os rumos da política, e, conseqüentemente, são resolvidas com o emprego de razões fundadas em argumentos de princípio:

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem profecia. Chamo isso de Direito.¹³¹

A virtude da interpretação baseada em princípios para a realização da democracia substantiva é o elemento determinante para atribuir à corte a prerrogativa de interpretar a constituição. O caráter final da interpretação judicial da constituição, por sua vez, é justificado pela necessidade de que a atividade dos representantes eleitos seja limitada por direitos, não sendo cabível que esse controle seja exercido justamente pelos atores políticos cujo poder se visa a restringir. Além disso, o simples fato de atribuir às cortes o controle da atividade política reforça, na consciência dos juízes, o caráter moral e não político da leitura da constituição que lhes cabe realizar¹³².

É possível oferecer, com base na premissa de que a função das cortes é controlar as maiorias legislativas, um outro argumento, forte no princípio da igualdade, que, em tese, justificaria a supremacia judicial. Trata-se da função precípua de evitar que minorias sem representatividade política sejam tiranizadas pelas maiorias de ocasião¹³³. Uma exaltação das prerrogativas interpretativas dos representantes eleitos pelo sistema eleitoral majoritário pode causar um estado de paralisação de demandas por direitos de determinadas minorias sem representatividade, razão pela qual a corte deve ter o poder de determinar, ainda que contra uma posição dominante, cursos de ação política baseados na

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes, São Paulo, 2011. p. 103

¹³² DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*. European Journal of Philosophy. v. 3. 1995. pp. 10-11

¹³³ A funcionalidade de cortes constitucionais para evitar o risco da “tirania da maioria” é reconhecida, ainda que em cenários não ideais de funcionamento das instituições democráticas, por Jeremy Waldron, crítico incisivo do *judicial review* nos Estados Unidos (v. WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Op. Cit.)

constituição em favor dos direitos daqueles que, ao menos momentaneamente, não teriam respostas imediatas para as suas demandas¹³⁴.

A obrigatoriedade de apresentar razões, aliada ao fato de que cortes deteriam uma vantagem para formular argumentos fundados em princípios para solucionar controvérsias sobre direitos, faz com que os próprios limites impostos ao exercício da atividade jurisdicional sejam um elemento que exalta as virtudes interpretativas das cortes. Além das vantagens sob o aspecto substancial, também do ponto de vista do procedimento, a supremacia judicial se justificaria, por força do próprio limite imposto à atividade dos juízes, identificado na obrigação de apresentarem publicamente razões em resposta aos argumentos que lhe foram endereçados, argumentos estes aos quais juízes não podem se furtar de considerar¹³⁵.

3.3

A exaltação das virtudes dos representantes eleitos

Uma das críticas mais contundentes à supremacia judicial foi formulada por Jeremy Waldron. Não desconheço a importância de autores como Mark Tushnet¹³⁶ e Larry Kramer¹³⁷, estes especialmente voltados para o cenário norte-

¹³⁴ v. CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. 2003. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship. pp. 683-685

¹³⁵ FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. Syracuse Law Review. vol. 57. 2007. p. 203

¹³⁶ Em *Taking the Constitution Away from The Courts*, Tushnet defende um constitucionalismo popular que “trata a Constituição não como algo nas mãos de advogados e juízes, mas nas mãos do povo”. Nas palavras de Tushnet, “Constituição constitui o povo dos Estados Unidos como um povo ao criar uma narrativa que nos conecta com todos aqueles que nos precederam” (p. 182 – Tradução livre).

Merece destaque, a crítica formulada por Tushnet à supremacia judicial e ao suposto arranjo institucional que, a partir dela, permite segurança e previsibilidade, inerente ao *rule of law*. O autor afirma: “*What, then, does “good institutional design” require in the way of institutions to ensure the degree of stability sufficient to guarantee that law’s settlement function will be performed acceptably across institutions and over time? It almost certainly does not require judicial supremacy in any strong form. (...) what reasons could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgment of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President? (...) Whether the Court actually is supreme will be determined by a complex and extended process of interbranch interaction, and that interaction constitutes the institution that is the single authoritative decision-maker that the rule of law requires (...) All that is needed is enough stability to allow the law’s settlement function to be performed. And, I believe, it would be impossible to establish that the complex system of interbranch interaction, in which members in each branch make their own decisions about what the Constitution requires, would be any more unstable than the system of judicial supremacy.*” (pp. 28-30 – Tradução Livre: “O que, então, um “bom desenho institucional” requer para que as instituições assegurem o nível de estabilidade suficiente à garantia de que o

americano, na crítica à supremacia judicial e ao próprio *judicial review*. Os limites deste trabalho, no entanto, me fizeram optar por trabalhar, neste tópico, detidamente o extenso artigo de Waldron intitulado *The core of the case against judicial review* (2006). Minha escolha se deve ao fato de que, nesse artigo, embora farto de exemplos do constitucionalismo estadunidense e inglês, Waldron formula argumentos abstratos, e, por isso, mais facilmente transponíveis para um comparativo com sistemas jurídicos fora desses países.

A bem da verdade, muito além de tecer uma crítica à ideia de supremacia, Waldron defende que, atendidas certas condições de funcionamento da democracia, o *judicial review* dos atos emanados do legislativo é politicamente ilegítimo para resolver conflitos envolvendo direitos. Formula, diante disso, uma teoria baseada na premissa de que os legisladores e a dinâmica inerente ao processo legislativo funcionam melhor como alternativa democrática para solucionar as profundas controvérsias envolvendo direitos e, em última análise, interpretar a constituição. O *judicial review* seria, para o autor, necessário apenas em sociedades com severas patologias institucionais e com um baixo grau de compromisso dos representantes eleitos com os direitos fundamentais do cidadão.

O argumento essencial de Waldron contra o *judicial review* se apoia em quatro pré-condições: (i) instituições democráticas em bom funcionamento eleitas

poder de conformação da lei seja aceitavelmente afirmado sobre as instituições ao longo do tempo? Certamente, ele não requer supremacia judicial em qualquer sentido forte. (...) que razões poderíamos ter para imaginar que uma regra impondo deferência ao julgamento de cinco pessoas, substituídas em intervalos aleatórios, produz mais estabilidade do que uma regra impondo deferência ao julgamento da maioria da Câmara dos Representantes e do Senado, normalmente com anuência do Presidente? (...) Se a Corte efetivamente é suprema será definido por um complexo e extenso processo de interação interinstitucional, e essa interação constitui a instituição que será instância decisória singular que o *rule of law* requer (...) É necessário apenas estabilidade em certo grau para permitir que a função conformadora da lei se afirme. E, creio eu, é impossível estabelecer que essa complexa interação interinstitucional, na qual membros de cada instituição tomam suas próprias decisões acerca do que a Constituição determina, será mais instável do que o sistema de supremacia judicial.”) – v. TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. *Op. Cit.*

¹³⁷ Em *The People By Themselves*, Kramer busca na história do constitucionalismo norte-americano fundamentos para demonstrar que não há elementos que indiquem uma opção do povo pelo princípio da supremacia judicial, embora reconheça que ele tenha sido defendido por partes interessadas em episódios da história dos Estados Unidos. Para Kramer, há atualmente uma história mal contada por entusiastas da supremacia judicial, que procurar enraizar o princípio como um elemento dominante na história do constitucionalismo americano. Embora a defesa da supremacia nunca tenha desaparecido, retornando à arena política de forma cíclica, sempre que os norte-americanos foram chamados a manifestar suas crenças mais profundas e, com base nelas, fazer escolhas, “eles consistentemente escolheram o constitucionalismo popular ao invés da visão de que a Constituição estaria sujeita ao controle dominante do judiciário” (p. 209 - Tradução Livre) - v. KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. *Op. Cit.*

por sufrágio universal; (ii) instituições judiciais, não representativas, em bom funcionamento, dedicadas a assegurar o cumprimento da lei¹³⁸; (iii) sério comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e das instituições oficiais com os direitos individuais e das minorias; e (iv) um persistente, substancial e bem intencionado desacordo sobre o significado dos direitos entre membros da sociedade verdadeiramente comprometidos com a sua efetividade¹³⁹.

Desde logo, destaco que a crítica fácil a Waldron situa-se na busca de falhas na dinâmica de funcionamento de instituições políticas de carne e osso, de modo a infirmar as condições ideais por ele propostas. O argumento do autor, entretanto, não é ingênuo. Waldron não concebe instituições perfeitas, mas tão somente instituições *em bom estado de funcionamento*, passíveis, todavia, de melhoramento contínuo¹⁴⁰. Além disso, a força do seu argumento está precisamente na abstração que propõe. Waldron quer demonstrar com o seu argumento que, em uma sociedade democrática, com uma cultura de respeito aos direitos bem difundida, na qual instituições funcionam regularmente e inspiradas nesta cultura, pensar no controle de constitucionalidade não faz sentido. Nessas condições, o *judicial review* será um instituto prescindível para a solução dos conflitos envolvendo esses direitos.

Waldron estabelece um comparativo entre os procedimentos de solução de conflitos envolvendo direitos adotados pelo judiciário e pelo legislativo, com o fito de saber se, tomada uma decisão pelo legislador, seria necessário submetê-la ao crivo do judiciário para um último teste de validade. A análise leva em consideração o processo de tomada de decisão a partir de duas perspectivas: uma relacionada aos aspectos puramente procedimentais que sustentam a decisão, independentes, por isso, do resultado alcançado, e outra adstrita à avaliação dos

¹³⁸ O autor não refuta a possibilidade de o Judiciário controlar, inclusive com base na Constituição, atos de natureza executiva: “*I assume that the society we are considering has courts – that is, a well-established and politically independent judiciary, again in reasonably good working order, set up to hear lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law. I assume that these institutions are already authorized to engage in judicial review of executive actions, testing it against statutory and constitutional law* (Tradução Livre: Assumo que a sociedade que estamos considerando possui cortes – isso é, um judiciário independente e bem estabelecido, novamente, em bom funcionamento, concebido para decidir processos judiciais, solucionar disputas e assegurar o Estado de Direito. Assumo que essas instituições estão autorizadas a realizar controle de atos executivos, confrontando-os contra a lei ordinária e constitucional.) – v. *Ibid.* p. 1363

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. *Op. Cit.* p. 1360

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 1361

resultados obtidos¹⁴¹. Em uma ou outra, o *judicial review*, para Waldron, parece ser, quando não a pior, no máximo uma escolha equivalente ao legislativo, consideradas as capacidades deste.

Do ponto de vista dos resultados, tanto juízes quanto legisladores seriam dotados de características que lhes são favoráveis. No entanto, mitos acerca do processo legislativo precisam ser desfeitos, para evitar conclusões precipitadas acerca de uma suposta predisposição das cortes para tomar melhores decisões.

Para Waldron, primeiramente, é importante desmistificar a percepção equivocada de que legisladores reforçam resultados majoritários sem maiores considerações sobre consequências. O legislativo, segundo o autor, é constituído de forma que diversos setores representados da sociedade participam do processo decisório. Além disso, as decisões são geralmente tomadas por instituições bicamerais com agendas políticas distintas, permitindo que consequências da decisão sejam consideradas a partir de perspectivas distintas nas instâncias representativas da população¹⁴².

Por outro lado, a ideia de que as cortes seriam capazes de dar melhores soluções aos conflitos pelo fato de se debruçarem sobre casos concretos não levaria em conta dois elementos empíricos. Primeiro, a maioria dos casos seriam apresentados aos tribunais constitucionais com amplo grau de abstrativização das condições fáticas que deram causa ao processo, sendo os argumentos veiculados pelas cortes comumente formulados em termos generalistas. Segundo, muitas leis seriam oriundas de episódios emblemáticos da vida pública e social, propulsores da iniciativa e da resposta legislativa para episódios envolvendo determinados direitos¹⁴³.

Por fim, por não ter uma preocupação de afirmar sua legitimidade democrática, legisladores tenderiam a ir direto ao ponto na elucidação de uma controvérsia sobre direitos, apresentando objetivamente as diversas posições morais envolvidas no conflito, ao invés de se perderem em preocupações com

¹⁴¹ *Ibid.* pp. 1372-1373

¹⁴² *Ibid.* pp. 1378

¹⁴³ No Brasil, um exemplo a ser mencionado seria a Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006), oriunda do caso envolvendo a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu durante anos violência doméstica, causadora de graves complicações físicas e psicológicas, tendo o seu caso sido o primeiro sobre violência doméstica aceito como denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso nº 12.051/OEA).

precedentes, doutrina e outros “legalismos” típicos da métrica usada na interpretação judicial, que, ao fim e ao cabo, pouco contribuem para a solução do caso¹⁴⁴.

Do ponto de vista procedimental, a legitimidade política para a tomada de decisões seria claramente superior no âmbito legislativo. Ela adviria do processo eleitoral, no qual os cidadãos, inclusive aqueles cujos interesses são afetados por determinada decisão política tomada no futuro, seriam tratados de forma igual, todos detentores de chances equivalentes de ter seu voto considerado para a escolha dos representantes que irão decidir as questões envolvendo seus direitos¹⁴⁵. Por outro lado, uma vez eleitos os representantes, através deles todos os cidadãos poderão ter suas considerações morais contempladas para a solução de determinado desacordo envolvendo direitos, sendo a forma mais justa para alcançar um resultado a adoção do princípio majoritário¹⁴⁶ de votação¹⁴⁷.

Transpondo comparativamente essas características para a dinâmica de funcionamento do poder judiciário, Waldron anota que a forma de votação na Suprema Corte também envolve a adoção do critério majoritário entre juízes que, contudo, não seriam responsivos a ninguém, como, de fato, seriam os legisladores em relação ao seu eleitorado. Se ambas as decisões são tomadas pelo mesmo critério procedimental, por que juízes não eleitos teriam uma proeminência interpretativa sobre os legisladores, cuja legitimidade decisória adveio do processo eleitoral?

O uso do princípio majoritário, segundo o autor, somente seria “apropriado para pessoas moralmente habilitadas a reivindicarem sua condição de iguais em determinado processo decisório”. Essa reivindicação não teria qualquer fundamento no ambiente judicial, já que juízes seriam destituídos de

¹⁴⁴ *Ibid.* pp. 1380-86

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 1387

¹⁴⁶ O princípio majoritário será considerado ao longo do texto apenas como a regra de maioria segundo a qual decisões políticas são tomadas.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 1388. Waldron ressalva que o princípio majoritário apenas não se aplica para a solução de questões principais de justiça. Usa como exemplo, a impossibilidade de se utilizar a regra de votação majoritária na escolha do indivíduo que deve deixar um bote superlotado após um naufrágio. Assinala, contudo, que se a votação for sobre o procedimento ou algum critério de escolha, o princípio majoritário seria a melhor alternativa.

representatividade. A sua participação nesse processo “seria meramente funcional, e não um direito”¹⁴⁸.

Mesmo no que se refere à função de prevenção de uma “tirania da maioria”, normalmente atribuída como uma característica virtuosa às cortes, Waldron adverte que o problema das minorias sem representatividade não possui qualquer garantia no processo judicial, que poderia, inclusive, agravar a situação do grupo vulnerável¹⁴⁹. A mesma ausência de garantias seria verificada no processo legislativo. Por essa razão, em relação às minorias, deveríamos mirar o problema “conscientes do fato de que não há um argumento geral convincente favorável ao *judicial review* demonstrando que este poderia ser tratado como algum tipo de vanguarda ideológica”¹⁵⁰. Teríamos, portanto, um problema grave, inerente ao sistema majoritário de tomada de decisões, sobre o qual devemos nos debruçar, o que não significa apostar todas as nossas fichas em uma instituição destituída de representatividade como o judiciário.

3.4

Nem isto, nem aquilo: as virtudes da deliberação interinstitucional

Ambas as posições apresentadas nos itens 3.2 e 3.3 são influenciadas pela premissa estabelecidas por Bickel ao formular o conceito de *difículdade contramajoritária*. As duas primeiras premissas (representatividade seria constituída através do processo eleitoral e captação da vontade majoritária se daria através dessa forma de representatividade) foram assumidas por Waldron como elementos-chave para exaltar as virtudes interpretativas do legislativo frente às limitações do judiciário. O autor, contudo, vai muito além de Bickel ao definir o papel a ser desempenhado pelo judiciário no sistema democrático. Para Waldron, juízes devem atuar apenas para assegurar o cumprimento das leis no território nacional.

Dworkin, por sua vez, dialoga com Bickel ao refutar a regra de maioria como um elemento fundamental de uma democracia. O autor não nega que a

¹⁴⁸ *Ibid.* pp. 1390-92.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 1405. Waldron cita, com exemplo, o famoso caso em que a Suprema Corte determinou o fim da segregação racial nas escolas (*Brown vs. Board of Education*). Com a profunda resistência à decisão da Corte, a segregação só foi definitivamente abolida a partir de uma intervenção legislativa forte, demarcada pela aprovação do *Civil Rights Act* em 1964.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 1406 (Tradução Livre)

vontade majoritária pode ser captada pelo processo eleitoral e se expressar através dos mandatos eletivos, mas ela não será um elemento relevante para saber se as instituições políticas atuam ou não de forma democrática. Lembre-se que o conceito de democracia de Dworkin é substancial. Nesse ponto, Dworkin avança sobre o silogismo de Bickel (a postura autocontida do judiciário compatibilizaria as funções dessa instituição com o sistema democrático) para negá-lo. Não há sentido em defender o exercício de *virtudes passivas* se a instituição adequada para analisar demandas de justiça na democracia, segundo Dworkin, é a corte constitucional (*fórum de princípio*).

Ambas as perspectivas merecem críticas e elogios, mas, desde logo, é preciso dizer que elas não são suficientemente capazes de equacionar a tensão entre constitucionalismo e democracia. Concretamente, falta a Waldron e a Dworkin a perspectiva de um arranjo institucional no qual as instituições são menos concebidas como rivais e mais como parceiras no processo de atribuição de significado à constituição. A crítica formulada a seguir tem o objetivo de demonstrar como a ausência dessa perspectiva engendra a supremacia e prejudica o alcance de melhores resultados para questões constitucionais controvertidas.

Democracia é um termo complexo e o presente trabalho não tem a pretensão de estabelecer um conceito preciso. Para dizer o mínimo, contudo, assumiremos a premissa de que o governo democrático é orientado pela ideia de soberania popular, manifestada pelo governo da maioria e exercida através do voto, assim como também por valores e princípios básicos capazes de restringir ocasionalmente a vontade de uma maioria, assegurando condições mínimas para que todos os indivíduos estejam em posição de igualdade no processo de tomada das decisões políticas¹⁵¹.

Dworkin não parece discordar inteiramente da primeira premissa, assumindo que a democracia demanda, em muitos aspectos, um arranjo institucional orientado pelo princípio majoritário e justificado pela representatividade advinda do processo eleitoral para legitimar a ação política do dia-a-dia¹⁵². Esse, no entanto, só é um critério válido para orientar os trabalhos da

¹⁵¹ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press. New York, 2006. pp. 23-24

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. *Op.Cit.* p. 17

política ordinária, não da política constitucional. Para o autor, a soberania popular exercida via representatividade não integra o conceito de democracia, caracterizada justamente pelas condições impostas às maiorias pelos princípios e valores estabelecidos em nome de um postulado fundamental. Por essa razão, o controle de constitucionalidade não promoveria uma tensão entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista que, segundo Dworkin, a obstrução da vontade majoritária não seria um elemento indicativo do comprometimento da governança democrática.

Parece de fato acertada a ideia contida no pensamento de Dworkin de que a democracia precisa reforçar valores e princípios para tornar a sociedade mais justa e igualitária. A democracia não pode ser pensada apenas à luz do princípio majoritário, embora, de fato, esse seja um valor importante que orienta o funcionamento de muitas das nossas instituições. O funcionamento do regime democrático depende de certas pré-condições mínimas para o pleno exercício da cidadania participativa.

Parece-me que a inadvertência no pensamento de Dworkin está na intensidade com a qual o autor subjugava a importância (pode-se dizer a essencialidade) do princípio majoritário na estrutura de um governo democrático. Para Dworkin, mesmo uma decisão cujo procedimento assegure poder equivalente de influência a todos os afetados pelas suas implicações será antidemocrática se o seu resultado não for capaz de oferecer a resposta correta à luz do postulado ético estabelecido pelo autor.

O erro pode, de fato, sob a perspectiva de um valor fundamental restringido, enfraquecer o viés democrático de uma decisão. Isso não significa, contudo, que ela necessariamente seja antidemocrática. Certamente, a decisão não pode eliminar abruptamente as condições mínimas (os valores fundamentais) que permitem a continuidade do funcionamento da própria democracia, mas isso não significa que em determinado caso uma tensão entre um princípio fundamental e o princípio majoritário (que também é um valor fundamental) não possa ser resolvida pela prevalência deste, já que o conflito entre valores não se resolve a partir de uma lógica do tudo ou nada.

Tem razão Aharon Barak ao defender tanto a essencialidade da soberania popular quanto dos valores e princípios fundamentais para a democracia, afirmando que “*o universo da democracia é rico e multifacetado. A democracia não deve ser vista de uma posição privilegiada unidimensional.*”¹⁵³. A meu ver, o conceito constitucional de democracia de Dworkin adota uma posição privilegiada unidimensional favorável a certos direitos, e mais, a certos direitos concebidos segundo a interpretação das instituições judiciárias, ao invés de procurar uma visão ponderada das limitações impostas por estes ao princípio majoritário. Não há ponderação entre direitos e a regra de maioria concebida como valor, pois, para Dworkin, direitos são *trunfos* destinados a resistir à implementação de metas coletivas que os limitem¹⁵⁴.

Existem boas razões democráticas para valorizar as instituições representativas, constituídas e operadas por regras de viés majoritário, como fontes capazes de produzir bons resultados diante de conflitos envolvendo direitos. Mas, ainda que os melhores resultados não sejam sempre alcançados, como também não são sempre alcançados perante as cortes, é possível considerar democrática uma decisão de resultado equivocado. O que vai variar a depender dos erros no resultado cometido, e isto parece escapar a Dworkin, é a qualidade da democracia de determinada sociedade, em determinado momento da sua história, como bem colocado por Barak:

A democracia, então, é baseada na simultânea existência tanto do governo da maioria quanto do governo dos valores que a caracterizam. Essa natureza dual não deve levar a premissa de que qualquer falha em algum desses aspectos nega o caráter democrático do regime. Estamos lidando com um espectro de situações que vai, desde a mera existência do coração da democracia – a mínima existência dos diferentes aspectos que definem o regime democrático – em uma ponta, até a máxima presença desses aspectos na outra. Assim, há “melhores” e “mais fortes” democracias e “piores” e “mais fracas” democracias.¹⁵⁵

Por outro lado, mesmo uma decisão equivocada tomada no âmbito do legislativo pode razoavelmente ser aceita pelos cidadãos, ainda que seus interesses sejam contrariados e, eventualmente, algum dos seus direitos restringido. O caráter coletivo dessa decisão questionável pelos seus resultados talvez seja o

¹⁵³ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Op. Cit. p. 25. “Democracy’s world is rich and multifaceted. Democracy should not be viewed from a one-dimensional vantage point.”

¹⁵⁴ v. DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford University Press. 1984

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 26 (Tradução Livre)

elemento que lhe empreste legitimidade, exatamente pelo fato de que o princípio majoritário também é um elemento importante para o conceito de democracia, embora não lhe empreste significado sozinho. É possível que, mesmo em face do erro, o processo decisório no âmbito de instituições majoritárias seja “*mais confiável epistemicamente do que a reflexão isolada de qualquer dos indivíduos*”¹⁵⁶.

O viés coletivo da decisão permite que a insatisfação com o resultado ou a restrição, em tese, equivocada a determinado direito seja colocada em discussão para evitar erros futuros. Pode haver casos em que isso não seja desejável, como, por exemplo, quando setores não representados são os únicos afetados pela decisão coletiva. Pode, no entanto, haver muitos outros casos nos quais o significado de certos direitos para uma determinada comunidade esteja em construção. Nesta hipótese, ainda que orientada por uma regra de maioria, a discussão coletiva passa a ser deliberativa, e o processo que dela resulta facilita o amadurecimento da própria cidadania, mesmo quando a maioria tropeça.

A visão constitucional de democracia de Dworkin limita de certa maneira esse amadurecimento das instituições através da discussão coletiva, pois a simples tensão dos resultados possíveis com determinado postulado fundamental a torna, de plano, não democrática. Parece passar despercebido nesta visão o fato de que a decisão considerada errada hoje pode amanhã, sob um novo olhar para a constituição, ser considerada correta. Sobretudo, uma sociedade democrática deve

¹⁵⁶ NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press. New Haven, 1996. pp. 129-130. “O valor epistêmico da democracia decorre do processo de decisão e discussão em geral e não de uma decisão particular. Não creio que a maioria esteja sempre certa, nem endosso o slogan demagógico *vox populi, vox dei*. Devem existir várias decisões democráticas que certamente estão erradas, sobre as quais nossa reflexão individual teria indicado uma solução mais imparcial. Usualmente, é óbvio que os interesses de uns terão sido ignorados e que a decisão majoritária será parcial. Mas o valor epistêmico geral da democracia provê uma razão para observar a decisão democrática mesmo quando nossa reflexão individual nos diz com certeza que a decisão é equivocada. Se ignorarmos o resultado da discussão coletiva e a decisão majoritária sempre que nossa reflexão isolada nos disser que eles estão errados, estaremos dando prioridade a essa reflexão, observando a decisão majoritária somente quando ela coincidir com nossas próprias convicções. Isso claramente contrariaria nossa conclusão de que o processo democrático é geralmente mais confiável epistemicamente do que a reflexão isolada de um indivíduo. Dessa forma, devemos observar o resultado do processo democrático mesmo se estivermos certo de que ele é equivocado, desde que as condições que sustentam o seu valor epistêmico estejam satisfeitas.” (Tradução Livre).

ser aberta e preparada para a ressignificação dos seus princípios fundamentais expressos na constituição¹⁵⁷.

Evidentemente, o argumento de valorização da deliberação coletiva aproveita também às instituições políticas, servindo como mecanismo de aperfeiçoamento das práticas democráticas na relação que elas travam entre si no sistema de separação de poderes. Essa é a percepção precisa de Conrado Hübner Mendes quando afirma que:

a democracia, ou o auto-governo coletivo, não é uma prática que possa ser traduzida monoliticamente num processo decisório ou numa instituição, sem contar o que ela faça. (...) a interação entre corte e parlamento [acrescento aqui também o executivo] gera uma tensão virtuosa e permanente. Possibilita-se que o teste de legitimidade substantiva não seja simples censura social difusa, mas um mecanismo endógeno de controle.¹⁵⁸

Quando uma instituição é concebida essencialmente como capaz de produzir melhores resultados do que a outra, como mais preparada para assumir posições democráticas do que outra, como menos sujeita a pressão externa do que outra, perde-se de perspectiva a ideia de que a legitimidade democrática de uma decisão aumenta, mesmo em face do erro, quando há mais atores políticos deliberando em conjunto.

Ao afirmar que a corte funciona como *fórum de princípio*, Dworkin exalta excessivamente a virtude dessa instituição frente às demais e com isso engendra a ideia de supremacia judicial. O defeito dessa construção está numa idealização dessa virtude, baseada na crença de que, ao contrário das instâncias com representatividade eleitoral, as cortes formulariam suas decisões com base em princípios e não em expedientes da política¹⁵⁹.

Essa me parece uma premissa equivocada e, no Brasil, temos dois exemplos bastante claros de posições deliberadamente assumidas por ministros do Supremo Tribunal Federal destoando do que se espera de uma corte concebida como um *fórum de princípios*. Os exemplos não provam, necessariamente, que o Supremo jamais atua segundo a idealização do *fórum de princípio* de Dworkin, mas revelam, por outro lado, que os integrantes da Corte também são atores

¹⁵⁷ v. COLÓN-RIOS, Joel I. *The end of the constitutionalism-democracy debate*. Comparative Research in Law & Political Economy. vol. 5. nº 1. 2009. p. 11

¹⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – Departamento de Ciência Política. São Paulo, 2008. p. 211

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Op. Cit., p. 101

políticos que se utilizam de expedientes típicos da política em face de determinadas conveniências. Portanto, atuar ou não como *fórum de princípio* parece ser algo contingente. Os exemplos ilustram melhor essa afirmação.

Recentemente, em 2 de abril de 2014, quando do julgamento da ADI 4.650, cujo objeto era invalidar dispositivos da legislação eleitoral que autorizavam o financiamento empresarial de campanhas políticas, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo após seis dos onze magistrados da Corte terem votado pela procedência do pedido e apenas um ter se manifestado contra. O número de votos favoráveis já era suficiente para que as doações de empresas a campanhas políticas fossem consideradas inconstitucionais, caso o julgamento terminasse no mesmo dia. No entanto, Gilmar Mendes pediu vista a pretexto de analisar melhor o processo e permaneceu por 1 ano e 5 meses com o caso em mãos, só o tendo devolvido em 10 de setembro de 2015, após a aprovação, em primeiro turno na Câmara, de proposta de emenda constitucional (PEC nº 187/2007), destinada a desafiar a posição prevalente sobre o assunto na Corte. Curioso, no entanto, o fato de Mendes já ter se manifestado publicamente sobre o mérito do caso, revelando o seu descontentamento com a posição majoritária assumida pelo Tribunal¹⁶⁰. Claramente, um ministro pôde usar a sua prerrogativa de pedir vista para obter um *chilling effect* e protrair os efeitos da decisão do Tribunal para um momento que julgasse mais conveniente.

Episódio parecido envolveu o julgamento da ADPF nº 54, cujo objeto era assegurar o direito à interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Um mês depois de proposta a ação (julho de 2004), o relator, Ministro Marco Aurélio Mello, concedeu liminar em favor dos proponentes. A decisão, contudo, foi cassada pelo Plenário três meses depois. Diante da derrota de sua posição em Plenário, Mello, valendo-se da prerrogativa segundo a qual cabe ao relator pedir ao Presidente do Tribunal a inclusão dos seus processos em pauta, decidiu não levar o caso a julgamento, por considerar que o Supremo Tribunal Federal ainda

¹⁶⁰ Ver matéria jornalística “Para Gilmar Mendes, pedido de vista amadureceu debate sobre financiamento”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/gilmar-mendes-pedido-vista-amadureceu-debate>. Publicado em 20/04/2015. Acessado em 22/01/2016. Também “Vai ter bolo! Pedido de vista de Gilmar Mendes completa um ano”, disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2015/04/02/vai-ter-bolo-pedido-de-vista-de-gilmar-mendes-completa-um-ano/>. Publicado em 02/04/2015 Acessado em 22/01/2016

não estava maduro para se debruçar sobre o caso¹⁶¹. O processo só foi levado ao Plenário em 2012, quando três ministros que haviam votado pela derrubada da liminar estavam aposentados, o que foi determinante para assegurar um resultado favorável para os proponentes da mencionada ADPF.

O mesmo tipo de exaltação da capacidade de resolver conflitos envolvendo direitos está presente na obra de Waldron, embora dessa vez o legislativo seja o grande herói. Assim como já me manifestei em relação a Dworkin, Waldron parece não perceber que a legitimidade democrática de uma decisão aumenta quando há mais atores políticos, igualmente capazes de propor boas soluções, deliberando para resolver certa questão constitucional. Antes de tratar propriamente desse ponto, que julgo ser o mais importante, é preciso fazer uma crítica à ideia de representatividade contida na obra de Waldron.

Como já afirmei, se democracia é mais do que respeito ao princípio majoritário e às regras do processo eleitoral, é possível que a atuação de juízes não eleitos seja legítima (*accountable*) quando ela alcança resultados que reforçam princípios e direitos fundamentais integrantes do aspecto substancial do conceito de democracia.

Para Waldron, no entanto, o legislativo teria mais legitimidade para resolver conflitos envolvendo direitos por força da representatividade do eleitorado que o constitui, ou que constitui cada um dos segmentos da sociedade que elegeram o seu corpo político, representatividade essa inexistente, segundo o autor, no âmbito das cortes.

Essa concepção de representatividade política ignora aspectos relevantes do funcionamento do legislativo, que podem dissipar o caráter representativo de determinado parlamentar em face do seu eleitorado diante de um assunto específico. Nenhum desses aspectos, necessariamente, estabelece um quadro patológico de falta de comprometimento dos representantes eleitos com princípios e direitos fundamentais. Vejamos.

Primeiro, muitas questões conflituosas envolvendo direitos possuem vicissitudes que não necessariamente levam um eleitor a conceber uma solução de

¹⁶¹ Ver matéria jornalística “STF renovado julgará anencefalia”. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/stf-renovado-julgara-anencefalia-bl3axnip5cya8qhoyvq3u6q1a>. Publicado em 10/07/2011. Acessado em 22/01/2016

tudo ou nada ao problema posto, especialmente quando essas questões não fizeram parte da agenda política com base na qual certo candidato se elegeu. Diante disso, quando o parlamentar toma posição em determinado conflito concreto, não necessariamente esta seria a posição “representativa” da vontade do seu eleitorado (ou do seu eleitor). Diversos fatores podem explicar a opção do legislador, como a falta de diálogo constante com o seu eleitorado, mudanças abruptas na opinião pública, elementos empíricos relacionados ao conflito da vez, pressões advindas da sua base aliada, entre outros. Nenhum desses fatores, contudo, por si só, deslegitima a atividade legislativa. Ao revés, eles permitem, utilizando termo empregado por Eduardo Mendonça, desfazer um certo *fetichismo das urnas*, concebendo uma representatividade dinâmica ao legislador, orientada por diversos critérios e interesses que podem não estar presentes na hora do voto¹⁶².

Segundo, complementando o primeiro aspecto, muitos eleitores escolhem seus representantes por um conjunto incompleto de posições relevantes assumidas pelos seus candidatos. Logo, é possível escolher um candidato e ainda assim discordar veementemente dele em determinadas questões envolvendo valores ou direitos fundamentais. Quando o parlamentar manifesta uma posição com a qual seus eleitores discordam, votando para alcançar esse determinado desfecho, não há representatividade no sentido majoritário da palavra¹⁶³, ao menos não como esta é concebida por Waldron. Pode, contudo, haver representatividade, ainda que de um eleitorado conquistado apenas a posteriori. Quero dizer com isso que preferências políticas mudam a toda hora, tornando a identificação estática da representatividade baseada apenas no processo eleitoral uma ilusão.

É preciso refinar a forma como observamos as escolhas feitas no processo político do dia-a-dia, sendo insuficiente para legitimá-las apenas lembrar que aqueles que as fizeram foram eleitos pelo voto, definido no momento das eleições.

¹⁶² MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro -Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2014. p. 102; v. FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review. vol. 91. 1993. pp. 610 - “preocupações com a *accountability* legislativa não são apenas baseadas no mandato. Preferivelmente, toda a noção de representatividade majoritária é, em certo sentido, questionável. Representantes do legislativo tomam inúmeras decisões todos os dias, a maior parte delas obscuras para a visão do público ou enterradas em uma avalanche de assuntos internos.” (Tradução Livre)

¹⁶³ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 639-640

A representatividade também é constituída de uma legitimação argumentativa¹⁶⁴, através da qual, uma vez formulados argumentos para justificar a atuação e as escolhas dos representantes (eleitos ou não), as pessoas podem identificar concretamente as posições com as quais concordam e, assim, legitimarem, tornando representativo, determinado curso de ação política. A inserção do *argumento* no conceito de representatividade torna a democracia deliberativa¹⁶⁵.

Embora a atuação das cortes não seja legitimada pelo processo eleitoral, a sua capacidade de oferecer argumentos para a solução de um determinado conflito envolvendo princípios e direitos fundamentais faz com que os resultados das suas decisões possam ser legitimados argumentativamente. Caso a solução apresentada pelos juízes para determinado conflito envolvendo direitos, constituída de bons argumentos, seja capaz de agregar preferências, teremos uma decisão representativa. Importam, portanto, a qualidade dos argumentos utilizados e os resultados (ou consequências) alcançados, pois elas serão capazes de agrupar interesses diversos em torno da decisão. A combinação desses elementos, para Thamy Pogrebinski, ressignifica o conceito de representatividade democrática:

A representação política não deve encontrar limites nos mecanismos eleitorais, tampouco na aplicação estrita da regra da maioria. A democracia precisa experimentar modos de aferição de *accountability* da representação diferentes da eleição, critérios de avaliação da democracia diferentes da regra da maioria e mecanismos de legitimação que transcendam a ambos ao deslocar-se para um plano *ex post* (com base nas consequências da decisão), não permanecendo exclusivamente em um plano *ex ante* (fundado nas escolhas do decisor). É com esse preciso propósito que certo consequencialismo pode ser benéfico à teoria democrática, propiciando compreensões e interpretações mais realistas do comportamento das instituições e atores políticos.¹⁶⁶

Tendo em conta, então, que, numa democracia, cortes e legisladores compartilham condições de atuar de forma representativa através de argumentos, volto, agora com mais clareza, ao ponto no qual afirmei que Waldron peca na

¹⁶⁴ MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Op. Cit. p. 101 – “em termos mais pragmáticos, frequentemente é a troca de argumentos que dá visibilidade às decisões representativas, permitindo que a legitimidade do sistema seja aferida pelos representados. Nessa mesma linha, é a discussão que coloca em evidência as possíveis consequências da decisão tomada ou por tomar, chamando a atenção para implicações que de outra forma passariam despercebidas.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. Oxford University Press and New York University of Law. I-CON. vol. 3. 2005. p. 579

¹⁶⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Elsevier Editora. Rio de Janeiro, 2012. pp. 128-129

intensidade com a qual subestima a capacidade de os juízes contribuírem para alcançar bons resultados em conflitos envolvendo direitos¹⁶⁷.

Uma crítica à obra de Waldron atenta a essa premissa foi defendida por Richard Fallon, para quem o melhor arranjo institucional para assegurar maior proteção aos princípios e direitos fundamentais seria aquele no qual legisladores e cortes estariam “*alistados para proteger direitos fundamentais, e no qual ambos deveriam ter poderes de veto sobre a legislação que razoavelmente pudesse ser concebida como violadora desses direitos.*”¹⁶⁸. Não haveria uma instituição necessariamente talhada para prevenir violações ou reforçar a efetividade dos direitos, pois esse seria um dever compartilhado. Para o autor, os melhores resultados poderiam ser alcançados quando assegurados múltiplos poderes de veto às instituições políticas, a fim de minimizar os riscos de a ação governamental violar direitos fundamentais.

Ao estender o poder de veto aos juízes, Fallon não defende um sistema de *judicial review* forte, no qual há supremacia judicial. Na verdade, o autor reformula esse conceito para permitir que, em determinadas questões, o poder de veto, disponível para todos os poderes instituídos, sirva como um limitador episódico de ações governamentais, legislativas ou judiciárias, que incrementem o risco de violação a direitos fundamentais¹⁶⁹. Será melhor, segundo Fallon, pecar pelo excesso, ou seja, estabelecer mais uma instância de proteção para os direitos, falível como as demais, do que atribuir essa função apenas ao legislativo, pois “*erros resultantes da subefetivação de direitos são mais problemáticos do que erros dos quais resultam a sua sobre-efetivação, e o judicial review pode prover uma valiosa barreira contra os erros de subefetivação*”¹⁷⁰.

O custo político dessa alternativa seria baixo, pois as cortes, por funcionarem numa dinâmica diferentes da do legislativo, teriam a capacidade de identificar, por um ângulo próprio do qual observariam a atividade deste, violações a direitos não captadas pelos parlamentares durante o processo

¹⁶⁷ Lembre-se que Waldron chega a afirmar que cortes teriam dificuldades para discutir diretamente questões morais pertinentes em determinado conflito envolvendo direitos, tamanho o esforço que precisam fazer para convencer seus interlocutores da sua legitimidade para resolvê-lo. - WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Op. Cit. pp. 1380-1382

¹⁶⁸ FALLON JR., Richard H. *The core of an uneasy case for judicial review*. Harvard Law Review. vol. 121. 2008. p. 1695 (Tradução Livre)

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 1706

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 1709

legislativo¹⁷¹. Esse me parece o ponto central da proposta de Fallon, embora ele não avance muito sobre ele. O que Fallon percebe, ainda que embrionariamente, pois preocupado apenas com a prevenção de violações a direitos, é que as cortes têm um papel que pode ser desempenhado em parceria com outras instituições no sistema democrático.

Autores como Keith Whittington e Jack Balkin concebem a constituição como um documento vivo, cujo significado das suas cláusulas abertas e sentido dos valores nela contidos são definidos e redefinidos a todo tempo pelas instituições políticas e pela opinião pública, através de um processo chamado *construção constitucional*¹⁷². Nesse processo, esses autores identificam que as cortes atuam, simultaneamente, como freios e propulsores do processo de transformação constitucional, com o objetivo de, no longo prazo, facilitar a consolidação de ações políticas amadurecidas por sólidas coalisões políticas dominantes¹⁷³. Essa me parece uma concepção mais realista do processo de interação entre cortes e outros atores políticos, menos enraizada em instituições ideais como as que aparecem nas obras de Waldron e Dworkin.

Partindo da constatação de que o significado da constituição é fruto de um processo construtivo do qual participam cortes e outros atores políticos, é possível defender que melhores resultados nos conflitos envolvendo princípios e direitos

¹⁷¹ *Ibid.* p. 1709 – Para Fallon, essa capacidade seria útil principalmente nos casos em que questões de fato relacionadas ao conflito fossem relevantes e quando fosse importante identificar o alcance de determinado direito do ponto de vista histórico.

¹⁷² Um conceito de *construção constitucional*, formulado a partir da sua diferença da interpretação constitucional, pode ser encontrado na obra de Whittington, nos seguintes termos: “O processo de *construção constitucional* consiste em destacar princípios, práticas e normas constitucionais que não estão visíveis na face do texto constitucional e que não estão prontamente implícitos nos termos da constituição. (...) A interpretação e a construção estão ambas preocupadas em elaborar, desenvolver e efetivar a constituição preexistente. Diferente do mero agente político, o intérprete ou construtor ocupam-se diretamente da constituição e buscam direcionar e resolver controvérsias acerca do seu significado. (...) A interpretação procura adivinhar o sentido do texto. Há ocasiões, contudo, nas quais, tal qual escrita, a constituição não pode, de boa-fé, ser tratada como se oferecesse uma resposta certa para uma dada questão. Esse é o reino da construção.” (Tradução Livre) – v. WHITTINGTON, Keith. *Constructing a New American Constitution*. Constitutional Commentary. vol. 27. 2010. pp. 120-121

¹⁷³ v. BALKIN, Jack. M. *Framework Originalism and The Living Constitution*. Northwestern University Law Review. 2009. p. 565 “Cortes, todavia, não refletem meramente as visões das elites políticas. Ela são participantes ativas na coalisão política nacional de sua era. (...) Possivelmente mais importante, confrontadas com rápidas mudanças nas práticas governamentais básicas, cortes geralmente atuam como conservadoras de valores constitucionais passados: elas desaceleram e temporizam a mudança até que as forças ascendentes tenham demonstrado uma sólida adesão ao longo do tempo. Então, parte como resultado das mudanças políticas e parte como resultado de novas indicações [para os cargos do judiciário], as cortes dão sentido e racionalizam o novo regime, aperfeiçoando os detalhes nas novas doutrinas constitucionais.” (Tradução Livre)

fundamentais são atingidos quando as instituições representativas são concebidas, cada qual com a sua especificidade, como participantes ativas de um processo deliberativo.

O potencial epistêmico do processo deliberativo pode ser percebido através da sua comparação com um modelo adversarial (de supremacia, por exemplo). Nesta comparação, Conrado Hübner Mendes afirma que conflitos envolvendo princípios e direitos fundamentais são mais bem resolvidos quando argumentos são considerados por instituições dispostas a dialogar em um esquema deliberativo de separação de poderes:

A expectativa é que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de chegar à resposta certa. (...) Podemos pensar em dois tipos-ideais de interação a partir da oposição entre duas atitudes puras: a deliberativa (que fala e escuta, com o objetivo de persuasão), e a adversarial (que fala para se impor). O primeiro está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo. (...) Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma “cultura de justificação” para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de “reatividade” política, onde o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamento e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.¹⁷⁴

A dificuldade de internalizar essa premissa está na confecção de argumentos que quase sempre engendram algum tipo de supremacia, seja ela judicial ou legislativa. Falta, tanto a Waldron quanto a Dworkin, a percepção de que algo se perde na exaltação das virtudes de legisladores em detrimento das cortes e vice-versa. A bem da verdade, algo se perde quando qualquer teoria destinada a traçar perfis ideais para as instituições se converte em uma prática política afastada do equilíbrio que eleva a qualidade da democracia.

No Brasil, como vimos no capítulo anterior, vivemos longos anos de supremacia do Executivo, dos quais não resultaram grandes avanços para o constitucionalismo democrático. Pós-1988, algo muda significativamente, mas o crescimento em progressão geométrica da ingerência do Poder Judiciário na vida política do país expõe nossa democracia aos riscos da supremacia judicial, que,

¹⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit. pp. 219-221

com vimos, pode minimizar o papel dos atores políticos na construção do significado dos valores constitucionais importantes.

É possível, contudo, explorar as potencialidades do arranjo institucional traçado na nossa Constituição, com vista a equacionar tensões presentes na dinâmica de funcionamento das nossas instituições, negando a supremacia, especialmente a judicial. Uma boa teoria normativa deve apostar na maior qualidade democrática dos resultados obtidos através da deliberação institucional. Isso, contudo, só é possível se as instituições políticas estiverem, concretamente, dispostas ao diálogo.

3.5

Os diálogos institucionais

As teorias do diálogo institucional surgem como uma alternativa aos arranjos dos quais resultam a supremacia de uma ou outra instituição no que se refere ao processo de interpretação da constituição. Especificamente, na sua origem, teorias do diálogo foram formuladas para equacionar os problemas de legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade. Significaram conceber uma forma de assegurar que as pessoas e as instâncias políticas extrajudiciais pudessem responder à interpretação constitucional formulada no âmbito das cortes constitucionais e, assim, submeter as decisões judiciais ao processo argumentativo que inspira a deliberação numa democracia.

A propósito, é preciso ficar claro que o sentido do termo *diálogo* aqui empregado não é percebido intuitivamente. No universo dos diálogos institucionais, a devida compreensão do termo requer algum grau de abstração para identificar o contato entre as instituições, que, não necessariamente, precisam estar conversando amistosamente e pacificamente para dialogarem entre si¹⁷⁵.

De todo modo, ante as dificuldades existentes em definir e concretizar instituições ideais para diminuir as objeções democráticas à jurisdição constitucional, “*as teorias do diálogo focam no processo institucional através do qual o significado da constituição é construído, sugerindo que este processo*

¹⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit. p. 104

envolve a elaboração compartilhada do sentido da constituição entre o judiciário e outros atores”¹⁷⁶.

Partindo dessa perspectiva, já aventada no tópico anterior, a ideia de que a interpretação constitucional se realiza também fora das cortes fica mais evidente. Isso porque, o modelo dialógico de *judicial review* explora a sensibilidade das cortes para captar as questões constitucionais afetas a determinado conflito envolvendo direitos, fazendo com que estas sejam inseridas, com base em argumentos fundados na constituição, na agenda política de outras instituições políticas, especialmente do legislativo¹⁷⁷.

O caso canadense é emblemático para a teoria dos diálogos institucionais. Embora já existisse na teoria constitucional, antes da incorporação do *Constitution Act* canadense de 1982, uma ideia de que o *judicial review* seria capaz de iniciar uma conversa com outras instituições políticas e a população¹⁷⁸, a Carta de Direitos do Canadá foi pioneira ao estabelecer um procedimento específico autorizando a superação, ainda que temporária, de uma interpretação da Corte Constitucional acerca dos limites impostos ao legislativo pelos direitos fundamentais¹⁷⁹. Apenas para recordar, no item 2.1 deste trabalho foi mencionado que a chamada *notwithstanding clause* da Seção 33 do texto constitucional canadense autoriza o Parlamento a manter eficaz, pelo prazo de cinco anos, norma declarada incompatível com os direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

¹⁷⁶ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University of Law – Public Law & Legal Theory Research Papers. nº 5-24. 2005. p. 11

¹⁷⁷ TUSHNET, Mark. *Dialogic Judicial Review*. Arkansas Law Review Vol. 61:205, 2008. p. 212

¹⁷⁸ Em *The Least Dangerous Branch* de 1962, Bickel, por exemplo, já havia constatado que a atuação da corte abria um *colóquio* com outros poderes instituídos e a sociedade: “Ao sustentar um argumento constitucional, a Corte não necessariamente renuncia a uma função educativa, tampouco abandona os princípios. Ela busca meramente eleger a resposta correta para certa questão prudencial que, numa sociedade como concebida por Lincoln, reside no derradeiro caminho das questões de princípio. Para esse fim, a Corte tem, com o passar dos anos, desenvolvido um quase exaustivo arsenal de técnicas e instrumentos. A maior parte deles são corretamente chamados técnicas de respostas deduzidas, já que usualmente elas engajam a Corte em um *colóquio Socrático* com as outras instituições governamentais e com a sociedade como um todo, acerca da necessidade de uma ou outra medida, para este ou aquele acordo.” (Tradução Livre) – v. BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Op. Cit. pp. 70-71

¹⁷⁹ Tushnet chega a afirmar que o modelo dialógico de *judicial review* foi inventado no Canadá – v. TUSHNET, Mark. *Dialogic Judicial Review*. Op. Cit. p. 205

Outro elemento importante para o diálogo parece ser a disposição contida na *Section 1* da Constituição canadense¹⁸⁰. Em síntese, a disposição estabelece a obrigatoriedade de o legislador observar a menor restrição possível aos direitos fundamentais quando da edição das leis. Com base nessa regra, a declaração de inconstitucionalidade fundada na *Section 1* impõe para a Corte Constitucional o ônus de justificar o porquê da incompatibilidade da lei com a Constituição e, mais do que isso, de descrever para o legislador uma forma alternativa da lei que, em tese, poderia ser editada para satisfazer aquele comando constitucional¹⁸¹.

Notadamente, ao identificar canais através dos quais outros atores políticos possam responder às decisões judiciais com as quais discordam, submetendo o juízo das cortes a críticas capazes de influenciar o resultado do processo interpretativo da constituição, o dilema envolvendo a tensão entre a atividade jurisdicional e a democracia, baseado nas premissas da *dificuldade contramajoritária*, é significativamente atenuado¹⁸². A atuação jurisdicional passa a ser um elemento determinante para fomentar o debate sobre o sentido da Constituição, indicando que a interpretação constitucional é produto de um diálogo contínuo, no qual novos argumentos precisam ser trazidos pelas partes envolvidas para chegar a um resultado satisfatório. Essa interação entre instituições está no centro do conceito de diálogos institucionais e foi bem descrita abstratamente por Hogg e Bushell:

Quando uma decisão judicial é aberta à reversão, modificação ou recusa legislativa, passa a ser importante considerar a relação entre a Corte e o corpo legislativo como um diálogo. Nesse caso, a decisão judicial gera um debate público no qual os valores da Carta desempenham um papel mais proeminente do o que desempenhariam caso não houvesse decisão judicial alguma. O corpo legislativo está na posição de formular uma resposta apropriada e respeitosa aos valores constitucionais pertinentes identificados pela Corte, capaz, contudo, de realizar os objetivos sociais e econômicos que a decisão judicial retardou¹⁸³.

¹⁸⁰ “1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

¹⁸¹ HOGG, Peter. W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal. vol. 35. 1997. pp. 84-85

¹⁸² BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Op. Cit. p. 11

¹⁸³ HOGG, Peter. W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Op. Cit. pp. 79-80

A presença do diálogo no caso canadense é mais perceptível por força dos mecanismos constitucionais que, expressamente, estimulam o contato entre as instituições políticas¹⁸⁴. A ausência desses mecanismos, todavia, não necessariamente torna o sistema de controle de constitucionalidade, no qual cortes tem o poder de invalidar normas inconstitucionais editadas pelo legislativo, menos propenso ao diálogo.

Mais do que uma decorrência de instrumentos encartados no texto constitucional, o diálogo institucional pode, a depender da abordagem escolhida, ser identificado na prática, como uma implicação de determinado sistema de separação de poderes, independentemente da predisposição das instituições para “dialogar”¹⁸⁵. É possível, pela descrição de dados da realidade e observância de certos elementos empíricos inerentes à lógica de funcionamento das instituições, constatar que o diálogo institucional existe.

Essa abordagem descritiva do diálogo institucional não ignora a relevância de diversas teorias prescritivas, dedicadas à definição do melhor perfil para as instituições políticas. No plano do controle de constitucionalidade e da interpretação constitucional, diversos autores têm se dedicados ao desenvolvimento de teorias interpretativas que visam a equacionar a tensão entre constitucionalismo e democracia¹⁸⁶, especialmente para evitar que a profecia

¹⁸⁴ É preciso ressaltar, todavia, que, no Canadá, a *notwithstanding clause* foi utilizada apenas uma vez em Quebec, tendo se criado um clima político de resistência ao seu manejo, sendo mais comum o recurso às disposições da *Section .1* (v. HOGG, Peter. W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Op. Cit. . Isso, no entanto, não necessariamente nos leva a concluir que vige no Canadá um sistema de supremacia judicial, com *judicial review* forte, na prática. Essa é uma leitura possível, mas não há como refutar o fato de que a disposição nº 33 está encartada na Constituição. Por isso, me parece mais factível crer que, mesmo concebida como uma remota possibilidade, o simples fato de existir a *cláusula não obstante* serve como um estímulo para intensificar a interação entre as instituições políticas.

¹⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit. p. 106

¹⁸⁶ Os limites deste trabalho não permitem discorrer sobre as diversas teorias interpretativas que sugerem uma melhor aproximação da constituição pelo judiciário. Contudo, podemos mencionar, exemplificativamente, as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op. Cit: o autor sustenta a, já mencionada, leitura moral da constituição; SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001, no qual Sunstein, em apertada síntese, aperfeiçoa a ideia de *virtudes passivas* defendida por Bickel, afirmando que a Suprema Corte deve evitar, sempre que possível, formular argumentos abrangentes e não essenciais para resolução de casos concretos, de modo a deixar o máximo possível não decidido; ELY, John Hart. *Toward a Representative-Reinforcing Mode of Judicial Review*. Maryland Law Review. vol. 37. 1978, para quem cortes, por estarem acostumadas à dinâmica de processos e, sobretudo, por serem “outsiders do processo político”, devem realizar o

anunciada por Bickel - de que o *judicial review* tenderia a enfraquecer o processo democrático¹⁸⁷ - se tornasse realidade.

Certamente, teorias dedicadas a formular respostas sobre *o que os juízes devem fazer* influenciam a dinâmica de funcionamento das instituições e ganham vida no dia-a-dia dos intérpretes da constituição ao debruçarem-se sobre casos concretos. O problema, contudo, está num plano mais abrangente: não há consenso sobre a melhor e a mais democrática maneira de se interpretar a constituição. Diversos fatores, internos e externos, relacionados ao processo interpretativo podem influenciar a escolha de uma ou outra abordagem hermenêutica diante de um caso concreto.

Para identificar o judiciário como um ator político engajado no diálogo sobre o significado da constituição, é preciso recorrer a elementos concretos, sem descuidar do fato de que uma teoria dos diálogos que leve em conta a interação das cortes com outros atores políticos possui uma fronteira mal estabelecida entre argumentos empíricos e normativos¹⁸⁸.

Foi estabelecido no tópico antecedente, sob o viés normativo, um ponto de partida para a formulação de uma teoria prescritiva dos diálogos. A ressignificação do conceito de representatividade e a aposta nas virtudes do processo deliberativo para produzir melhores resultados nos conflitos envolvendo princípios e direitos fundamentais são as premissas fundamentais que permitem colocar as instituições políticas sob a lente de uma abordagem mais descritiva dos diálogos institucionais.

Pretendo apresentar o diálogo institucional como uma constante no sistema de separação de poderes e, para isso, me valerei de algumas percepções acerca do diálogo travado entre a corte constitucional e outros atores políticos, no que o Barry Friedman chamou de uma *aproximação positiva* ao *judicial review*¹⁸⁹.

controle de constitucionalidade apenas de modo a reforçar o funcionamento do sistema representativo da democracia.

¹⁸⁷ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. *Op. Cit.* p. 21

¹⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. *Op. Cit.* p. 106

¹⁸⁹ Friedman explica que ““Positivo” não significa “aprovado”, ou mesmo “otimista”, como se numa “atitude positiva”. Ao invés, a abordagem [positiva] é uma, extraída das ciências sociais, que olha para as instituições políticas de maneira a desenvolver uma teoria sobre como e por que elas operam da forma como operam. “Positivo”, neste sentido, é justaposto a “normativo”.” – v.

3.5.1

O diálogo institucional sob o enfoque positivo

Barry Friedman é um autor que se mostra preocupado com as severas críticas endereçadas à jurisdição constitucional sempre que ela sai de uma posição de deferência ao legislativo e declara a inconstitucionalidade de alguma lei. As críticas ao *judicial review*, segundo o autor, vêm normalmente formuladas de acordo com uma das duas faces de uma mesma moeda: *o medo* – de que a corte interfira ilegitimamente na política majoritária - e *a esperança* – de que ela se posicione contra a maioria para salvaguardar algum valor aclamado¹⁹⁰. Essas preferências, segundo o autor, são contingentes, ora defendidas por conservadores, ora por liberais, a depender se a conjuntura política lhes é favorável ou não¹⁹¹. São fruto de uma percepção da jurisdição constitucional impregnada por compreensões baseadas na *dificuldade contramajoritária*.

O cerne da crítica de Friedman é voltado à tradição da teoria constitucional que encontra na *dificuldade contramajoritária* um ponto de partida para formular teorias normativas acerca da função das cortes numa democracia. Dois aspectos dessa tradição que contesta a legitimidade dos juízes no sistema democrático são, especialmente, refutadas pelo autor: o caráter supostamente final das decisões proferidas pelas cortes, concebidas como trunfos no processo político, e a alegada existência de uma vontade majoritária, manifestada através dos atores políticos eleitos pelo voto.

Friedman procura desmistificar tais aspectos da *dificuldade contramajoritária*, apresentando elementos que apontam para o engajamento da corte constitucional numa realidade de diálogo. Recorre à realidade do constitucionalismo norte-americano em busca de fatores que permitam compreender a interação entre corte constitucional e as demais instituições políticas e a população.

Contrariando expectativas do próprio Bickel, Friedman afirma que o crescimento do *judicial review* e a evolução da cidadania através do incremento

FRIEDMAN, Barry. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. University of Cincinnati Law Review. vol. 72. 2004. p. 1257

¹⁹⁰ FRIEDMAN, Barry. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. Op. Cit. p. 1269

¹⁹¹ v. *Ibid*

da participação popular na tomada de decisões políticas são fenômenos concomitantes e complementares. Para refutar a ideia de que historicamente haveria uma tensão entre a ascensão do *judicial review* e o incremento da participação popular na vida política, o autor apresenta pesquisas de opinião sugerindo que a Suprema Corte, além de gozar, hoje, de maior credibilidade quando comparada às demais instituições políticas, conta com um acompanhamento engajado e crítico da população ao que se passa na jurisdição constitucional¹⁹². Para o autor, isso é perceptível porque a democracia participativa e o *judicial review* funcionaram como freio e contrapeso um do outro no sistema democrático, não sendo possível dizer que hoje, com uma Suprema Corte mais ativa, houve perdas para o pleno exercício da cidadania.

Isso tem uma razão de ser. Segundo Friedman, a constituição representa um arranjo equilibrado entre, de um lado, separação e independência dos poderes e, de outro, *accountability* e um sistema de freios e contrapesos. Nesse sistema, embora os juízes sejam dotados de uma margem de discricionariedade para interpretar a constituição, tal prerrogativa tem limites impostos pelo ambiente político ao seu redor, que não lhes permite sustentar a qualquer custo, como um trunfo, um direito que pareça mais conveniente ao caso e contra a prevalência do qual há forte e sólida resistência¹⁹³.

Cortes nitidamente estão “embebidas na política”, sofrendo influxo dela numa temporalidade própria. Friedman adverte que, por isso, muitas vezes juízes adotam uma posição de cautela e raciocinam de forma estratégica para evitar uma reação negativa de outros atores com os quais contam para legitimar e dar efetividade as suas decisões. Tais atores, que exercem formas de pressão diferentes sobre as cortes, seriam, em síntese: os pares dos juízes em um colegiado, as instâncias inferiores responsáveis por dar cumprimento aos pronunciamentos da corte, os outros poderes instituídos e a opinião pública. Não significa que a lei não tenha o poder de constranger os juízes, mas tão somente que esse poder, nitidamente, não age sozinho influenciando as decisões judiciais, como se nenhum

¹⁹² *Ibid.* pp. 624-625

¹⁹³ FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Texas Law Review. vol. 84. 2005. pp. 260-261.

outro aspecto a não ser o Direito fosse influenciá-las¹⁹⁴. Vale transcrever a síntese de Friedman sobre esse ponto:

Que Hércules¹⁹⁵ é um juiz e não mais um ator político é um fato de enorme significância; mesmo assim, Hércules precisa exercer sua jurisdição em um mundo político. Embora ele seja vitalício, foi nomeado por um processo político, e sua posse não removeu as ideologias que possuía antes de ingressar na corte. Mais além, Hércules não pode agir sozinho. Ele precisa da aquiescência dos seus colegas, que nem sempre concordarão com ele, tornando o ajuste das suas posições uma necessidade. Mesmo quando seus colegas concordarem, a corte de Hércules não possui meios para dar cumprimento às suas próprias decisões. Esta corte precisa entrar em acordo com atores políticos, assim como com as instâncias inferiores que lhe são subordinadas, mais uma vez necessitando que Hércules faça algum cálculo sobre como essas instituições vão responder. Em última análise, o poder de Hércules espera a complacência do público, e dos atores políticos responsivos a este, para respeitar sua independência e as decisões da sua corte. Qualquer concepção sobre o papel de Hércules é insuficiente se não considerar essas restrições interconectadas.¹⁹⁶

As cortes, não são, portanto, concebidas como uma *vanguarda iluminista*¹⁹⁷ ocasional, dotadas de uma sabedoria diferenciada que lhes permitiria empurrar o curso da História quando entendessem necessário. A sua função no sistema de separação de poderes é menos pretenciosa do que a de Hércules. Juízes são atores políticos encarnados no mundo real e, por isso, desempenham, ao lado de todos os demais atores políticos, uma função própria no processo de interpretação da constituição. Nada mais do que isso.

Isso não significa que o papel das cortes seja desimportante e sem peculiaridades. Para Friedman, as decisões judiciais são o *starting point* de um processo interpretativo dinâmico e ciclicamente renovado envolvendo outras instituições e a opinião pública¹⁹⁸. Essa concepção nega um dos principais aspectos da *difficuldade contramajoritária*, a de que cortes teriam a última palavra e por isso restringiriam a vontade da maioria quando exercem controle de constitucionalidade.

¹⁹⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. Cit. p. 330

¹⁹⁵ A concepção ideal de juiz com o qual Friedman está dialogando, nesse ponto, é figura a do juiz-Hércules, concebido por Dworkin como um “árbitro filósofo” de capacidade, sabedoria, sagacidade e paciência sobre-humanas – v. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op. Cit. pp. 164-165

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 261 (Tradução Livre)

¹⁹⁷ A referência aqui é a expressão utilizada por Luís Roberto Barroso, para quem cortes constitucionais funcionariam em determinados momentos como uma vanguarda iluminista que se propõe a “empurrar o curso da história quando ela emperra.” – v. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5. 2015. pp. 23-50. p. 42

¹⁹⁸ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 616-617

Nesse ponto, Friedman compartilha uma ideia de diálogo presente na obra de Robert Post e Reva Siegel. Para estes autores, a legitimidade das decisões judiciais em questões constitucionais sensíveis não decorre de uma aposta das pessoas na habilidade de um terceiro iluminado (juiz ou o legislador) para decidir sobre suas vidas. A legitimidade ascendente da jurisdição constitucional se justifica pelo fato de que as pessoas, apesar de cumprirem certa decisão judicial, considerarem que são capazes de afirmar veementemente uma visão da constituição para, um dia, “transformar os valores que sublinham a interpretação judicial”¹⁹⁹. Os autores não defendem uma visão normativa do diálogo. O argumento de Post e Siegel é também positivo, baseado em exemplos históricos, os quais atestam que, quando as cortes interpretam a constituição em termos que divergem com profundas convicções da população, esta encontra maneiras de comunicar sua objeção e resistir às decisões judiciais²⁰⁰, iniciando um ciclo virtuoso de debate público que testa preferências e coloca argumentos sobre o sentido da constituição em evidência²⁰¹.

O alinhamento das decisões judiciais à opinião pública em Friedman, contudo, não está baseado em justificativas históricas e grandes episódios emblemáticos da jurisdição constitucional, embora ele não refute a leitura de Post e Siegel sobre esses episódios. Para Friedman, o alinhamento das decisões judiciais com a vontade popular é melhor explicado por características do próprio arranjo institucional, que, para ele, corresponde ao de um *constitucionalismo popular mediado*. Isso significa que, tal qual anseiam autores do *constitucionalismo popular*²⁰², a construção do significado da constituição é radicalmente influenciada pela vontade do povo. O processo, contudo, é indireto, e, por isso, é “*mediado por formas pelas quais o público é informado do que as*

¹⁹⁹ v. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford University Press. 2009. p. 28

²⁰⁰ v. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Rights-Civil Liberties Law Review. vol. 42. 2007. p. 374.

²⁰¹ *Ibid.* pp. 426-430. O caso emblemático comentado pelos autores é a famosa decisão da Suprema Corte Norte-Americana em *Roe v. Wade* (1973), em que foi afirmado, à luz do direito à privacidade das mulheres, o direito de interromper a gestação até o terceiro mês de gravidez. Segundo os autores, o caso deu início a uma intensa reação à decisão da Corte (*backlash*), fazendo com que, em caso futuro (*Planned Parenthood v. Casey* [1992]), a Corte revisitasse o problema e estabelecesse novas regras para a realização do aborto. Para os autores, o produto dessa reação demonstrou que o *judicial review* e o desacordo não são incompatíveis, ilustrando “*como a substância do direito constitucional emerge da fornalha em que está a controvérsia política.*” (Tradução Livre - p. 430).

²⁰² Sobre o constitucionalismo popular, ver notas de rodapé nº 137 e 138 acima.

cortes fazem, pela forma como o público pode e de fato responde às decisões judiciais e pela extensão em que as cortes são informadas e levam em consideração a opinião pública.”²⁰³.

Avançando, Friedman refuta premissa da *dificuldade contramajoritária* que concebe o pronunciamento das cortes como uma restrição à vontade majoritária. Para o autor, o sistema de governo não pode ser concebido como essencialmente majoritário, mas tão somente como composto por diversos eleitorados distintos que procuram ser ouvidos no espaço público.

O ponto já foi analisado no item 3.4, inclusive à luz da obra de Friedman. Brevemente, recorro apenas que o desacordo moral pode existir dentro de um mesmo eleitorado a respeito de certa controvérsia envolvendo direitos, causando distorções na ideia de representação identificada com o processo eleitoral. O voto, portanto, não é um instrumento eficaz por si só para identificar, suficientemente, a opinião pública majoritária a respeito de um determinado tema envolvendo direitos.

Além disso, as preferências das pessoas são maleáveis e podem mudar através da discussão, sendo possível, diante de uma controvérsia, falar que “as escolhas emergem de um contínuo”²⁰⁴, no curso do qual diversas variáveis são consideradas e significados são constantemente reconstruídos.

Controvérsias sobre o sentido da constituição, segundo Friedman, só são possíveis porque o texto constitucional possui uma textura aberta, capaz de acomodar diversas interpretações razoáveis sobre o mesmo tema. O caráter aberto da constituição facilita o dissenso e permite que o significado do seu texto seja constantemente alterado, promovendo o diálogo entre os intérpretes da constituição²⁰⁵.

Como as percepções de Friedman são eminentemente descritivas, para o autor, decisões que afirmam um paradigma de supremacia judicial, como aquelas analisadas no item 2.1 (ADI nº 2.860/DF e 2.797/DF, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, e *City of Boerne v. Flores*, decidido pela Suprema Corte Norte-

²⁰³ FRIEDMAN, Barry. *Mediated Popular Constitutionalism*. Michigan Law Review. vol. 101. 2003. p. 2579

²⁰⁴ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 638-639 (Tradução Livre)

²⁰⁵ *Ibid.* pp. 651-653

Americana), não são capazes, por si só, de silenciar o debate e solucionar definitivamente a questão constitucional sensível. Isto ocorre porque o texto da constituição é de tipologia aberta, comportando, razoavelmente, mais de uma interpretação. A corte decide o caso, mas não encerra o debate em torno da questão. Nesse sentido, afirma:

A Corte pode dizer que sua palavra é final. Talvez até haja algum benefício em fingir que a palavra da Corte é final. Mas, as pessoas irão ignorar decisões judiciais, ou desafiar decisões judiciais com as quais discordam, ou evitar decisões judiciais. (...) Essa ausência de finalidade é o resultado inevitável da indeterminação geral do texto da Constituição. A abertura da Constituição promove flexibilidade, de modo que o documento pode evoluir e mudar junto com a sociedade que governa.²⁰⁶

Friedman adianta que a sua abordagem positiva do diálogo oferece uma resposta decepcionante à pergunta “*o que então os juízes estão fazendo quando ficam ali sentados na bancada, vestindo togas pretas, nos dizendo o significado da constituição?*”. Dirá: “*Sem mais nem menos, eles estão nos dizendo o significado da constituição. Não porque são particularmente inteligentes, ou justos, ou idealizadores, ainda que pudéssemos querer que eles fossem todas essas coisas, mas porque, por definição, esse é a descrição do seu trabalho, e o que eles fazem.*”²⁰⁷.

É importante saber o que ocorre depois do pronunciamento judicial. Se considerarmos que o assunto se encerrou, pois não podemos contestar a decisão, segundo Friedman, estaremos diante da supremacia judicial, que, ato contínuo, nos leva à dificuldade contramajoritária. Essa não é, contudo, uma descrição precisa da realidade. Para o autor, reforçado por tudo o que foi apresentado no presente tópico, o pronunciamento da corte é tão somente o pontapé inicial do diálogo²⁰⁸.

A conclusão da descrição proposta por Friedman é que cortes desempenham dois papéis fundamentais no diálogo institucional: o de *oradora* e o de *modeladora* ou *facilitadora* do discurso. A função de oradora é intuitivamente percebida. Consiste apenas em manifestar sua interpretação, colocando-a ao lado

²⁰⁶ *Ibid.* pp. 649-650

²⁰⁷ FRIEDMAN, Barry. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. Op. Cit.* p. 1289

²⁰⁸ *Ibid.* pp. 1290-1291

de outras formuladas pelos demais atores políticos, dando início ao ciclo do diálogo²⁰⁹.

O papel de *modeladora* ou *facilitadora* desempenhado pela corte, contudo, tem sete funções essenciais apontadas por Friedman: (i) a corte coleta e consolida visões sobre o sentido da constituição existentes na sociedade, *sintetizando-as*; (ii) ao escolher a interpretação que entende correta, a corte dá ao debate um *foco*; (iii) ao se manifestar, a decisão judicial funciona como um *catalisador*, intensificando o debate acerca da questão constitucional em foco; (iv) ao agregar argumentos nos votos, as cortes *modelam* argumentos eventualmente soltos no debate; (v) as cortes dão *voz e corpo* ao diálogo, podendo trazer posições antes não relevantes para o centro do debate para serem consideradas; (vi) o processo decisório *estimula* outras instituições a se manifestarem; e, por fim, (vii) cortes *vigiam* o debate e podem eventualmente proteger as instituições que nele estão engajadas, equilibrando forças desproporcionais no processo político²¹⁰.

3.6

Síntese Conclusiva

No capítulo anterior, procurei demonstrar que não há um argumento histórico capaz afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi forjado sobre sob o prisma da supremacia judicial. Pelo contrário, o recurso à história do nosso constitucionalismo revelou que, em certos episódios emblemáticos, o próprio Supremo Tribunal Federal demonstrou uma autocompreensão das imensas limitações dos seus poderes para influenciar a agenda política nacional. Afirmar, no entanto, que essa autocompreensão pode estar se modificado nas últimas décadas, já na vigência da Constituição de 1988, pois o crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o quadro de judicialização da política são fatores que vêm deixando a Corte “mais à vontade” para defender uma expansão dos seus poderes²¹¹.

Mesmo assim, encerrei aquele capítulo suscitando uma dúvida: embora elementos da nossa realidade política possam ser convenientes ao surgimento de

²⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. p. 668

²¹⁰ *Ibid.* pp. 668-670

²¹¹ A decisão proferida nas ADI nº 2.860/DF e 2.797/DF, afirmando o poder da Corte de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, já examinadas no item 2.1, é um indicativo dessa possibilidade.

um modelo baseado na supremacia judicial, é possível que o que o Supremo Tribunal Federal diz acerca das suas próprias prerrogativas e capacidades na interpretação constitucional não corresponda ao que ele efetivamente faz no seu dia-a-dia.

Diferentemente do caso norte-americano, cujo debate em torno da tensão entre constitucionalismo e democracia, especificamente no que se refere à supremacia judicial, é uma inquietação há mais de duzentos anos²¹², uma preocupação expressiva com a expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal é algo de duas décadas para cá.

A propósito, vimos no capítulo anterior que, no imediato pós-1988, deliberadamente ministros do Supremo Tribunal Federal optaram por adotar *posições restritivas* em face dos amplos poderes que, ao menos potencialmente, lhes eram outorgados pela nova Constituição Brasileira. E mais, talvez haja uma justificativa histórica para essa timidez inicial: a novidade – ou melhor, a necessidade de adaptação à uma nova realidade institucional para a jurisdição constitucional sem precedentes no país.

Por essa razão, dizer que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra na interpretação constitucional não é uma simples afirmação que se sustenta sem recorrer a elementos normativos e descritivos. Do ponto de vista normativo, é necessário cotejar arranjos institucionais diferentes para, *a posteriori*, tentar captar na nossa realidade política como é a dinâmica de funcionamento das nossas instituições.

O presente capítulo foi dedicado ao primeiro esforço de tentar analisar, sob uma perspectiva crítica, doutrinas que engendram algum tipo de supremacia, baseadas numa premissa comum de que existe uma *dificuldade contramajoritária* no exercício da atividade jurisdicional. Esta corresponde, em síntese, à ideia de que cortes são instituições desviantes na democracia representativa, que sobrepõe sua vontade à da maioria das pessoas manifestada através dos seus representantes eleitos. Com base nessa ideia, identifiquei, a partir dos trabalhos de Dworkin e Waldron, dois modelos antagônicos destinados a trabalhar essa *dificuldade*, cujas

²¹² v. KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. Cit.

conclusões facilitam, e até incentivam, a emergência de algum modelo de supremacia, judicial ou legislativa.

A crítica a esses autores foi desenvolvida refutando concepções de democracia que estão presentes nas suas obras. Propondo a adoção de um conceito complexo de democracia, que engloba aspectos morais, ligados a valores substantivos essenciais, e formais, vinculados ao princípio majoritário, foi possível ressignificar o conceito de representatividade democrática e, ao mesmo tempo, redefinir o papel fundamental das cortes numa democracia deliberativa.

Com isso, procurei demonstrar que tentativas de legitimar a última palavra, judicial ou legislativa, são uma opção pior para alcançar melhores resultados na solução de conflitos envolvendo direitos e valores fundamentais. Teorias que fomentam a supremacia deixam de estimular o processo de construção coordenada do sentido da constituição. O cerne do argumento está na constatação de que o processo deliberativo é epistemicamente superior a qualquer outro modelo em que uma instituição é concebida como a mais preparada para resolver questões constitucionais sensíveis frente às demais.

A teoria dos diálogos institucionais foi apresentada como uma boa alternativa, com forte potencial deliberativo, para equacionar a tensão entre constitucionalismo e democracia, livre da tradição enraizada nas preocupações da *difficuldade contramajoritária*. Embora, na origem, a teoria dos diálogos tenha se inspirado em arranjos institucionais de *judicial review* fraco como o canadense, em que a constituição põe à disposição dos atores políticos instrumentos que permitem questionar posições assumidas pelo judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, assumi que um enfoque *positivo* sobre a realidade institucional pode indicar a presença do diálogo a despeito desses instrumentos específicos.

A vantagem de uma abordagem positiva do diálogo institucional é que ela procurar identificar, *através do que as instituições efetivamente fazem*, elementos que, postos em evidência, permitem reforçar um novo paradigma desapegado a concepções de supremacia. Um esforço bem sucedido nesse sentido foi desenvolvido na literatura constitucional norte-americana por Barry Friedman. Embora outros autores também tenham um enfoque positivo sobre o diálogo,

como é o caso de Robert Post e Reva Siegel, a vantagem da metodologia empregada por Friedman está no fato de que suas proposições são menos enraizadas em elementos de história do constitucionalismo norte-americano e mais fundadas na lógica de funcionamento das instituições democráticas.

Friedman está preocupado com a intensidade das críticas ao *judicial review* que vêm sendo formuladas nos Estados Unidos com fundamento nas premissas da dificuldade contramajoritária. Tais críticas são formuladas com premissas parecidas também no Brasil²¹³. O autor minimiza o peso dessas preocupações, descrevendo a corte como apenas mais um ator institucional, evidentemente exercendo um papel específico, no processo de construção do significado da constituição. Talvez o cerne do argumento de Friedman contra a *dificuldade majoritária* parta da constatação de que é difícil identificar preferências majoritárias, sobretudo constantes e imutáveis, numa sociedade plural, razão pela qual também é difícil assimilar a premissa de que, mesmo ocasionalmente, as cortes constitucionais atuam contra a vontade da maioria.

Cortes constitucionais, na verdade, teriam uma função menos ambiciosa no arranjo institucional. Seriam instituições capazes de iniciar, dar voz, corporificar e dar eloquência ao debate em torno de questões constitucionais controvertidas, mas não teriam o poder de dar a última palavra. Segundo Friedman, juízes, assim como outros atores políticos, são constrangidos e influenciados por diversos fatores presentes no cenário político e não somente pelo direito, e, naturalmente, as posições por eles sustentadas mudam a todo tempo. Muda a composição da corte, muda a opinião pública, mudam as forças políticas dominantes, e todas essas novas tendências podem encontrar espaço na tipologia aberta das normas constitucionais, passíveis de serem interpretadas distintamente e, mesmo assim, de forma razoável. A ideia de última palavra, portanto, pode ser contra-intuitiva quando consideramos aspectos relevantes da realidade institucional sobre a qual as cortes devem atuar.

A minha aposta no capítulo seguinte será que algumas premissas estabelecidas por Friedman, observadas no cenário brasileiro, agregadas a

²¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Op. Cit. p. 443: “uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.”

elementos empíricos que permitem refutar a ideia de que o Supremo Tribunal Federal é, essencialmente, uma instituição *desviante* na democracia brasileira, podem descortinar uma realidade institucional mais propensa ao diálogo do que se imagina. Talvez seja possível apresentar um Tribunal, no geral, consciencioso do papel democrático que deve desempenhar no sistema de separação de poderes, menos supremo e mais voltado ao diálogo.

4.

A Jurisdição Constitucional Brasileira sob um Enfoque Positivo

4.1.

A juridicização do discurso político como mecanismo de ampliação do universo de intérpretes da constituição

Friedman é um autor norte-americano. A análise descritiva empreendida em sua obra para apresentar o *judicial review* sob um enfoque positivo se utiliza significativamente de elementos concretos da relação havida entre o judiciário e outros atores políticos nos Estados Unidos. As premissas utilizadas pelo autor, contudo, descrevendo cortes constitucionais “embebidas na política”, no papel de *facilitadoras e modeladoras* de um diálogo interinstitucional sobre o sentido da constituição, não foram necessariamente estabelecidas como particularidades da realidade norte-americana.

A virtude do trabalho desenvolvido por Friedman está na percepção de que um olhar despretensioso sobre o dia-a-dia das instituições pode revelar aspectos fundamentais para a compreensão da sua dinâmica de funcionamento num ambiente constitucional democrático de separação de poderes. Ao invés de adversárias, verificadas certas condições empíricas, instituições podem ser concebidas como partes fundamentais de um diálogo amplo e multifacetado sobre o sentido da constituição, e, mais do que isso, cortes podem ser concebidas como vetores importantes para aperfeiçoar o debate em torno de questões constitucionais sensíveis. A judicialização da política parece ser um elemento que, mesmo involuntariamente, torna inevitável esse tipo interação.

A *judicialização* é um fenômeno que, ao longo do Século XX, explica a ascensão da jurisdição constitucional no cenário político de diversos países mundo afora. Não foi diferente no Brasil, como já tivemos oportunidade de ver no item 2.3. O fenômeno tem o condão de transformar as relações interinstitucionais, dando-lhe novas características através da aproximação que promove entre Direito e Política.

Ao causar essa ascensão da jurisdição constitucional e facilitar que cortes, a depender do nível de seu ativismo, tenham voz no processo que determina os

rumos da política ordinária, a *judicialização* faz com que questões jurídicas, especialmente constitucionais, tornem-se elementos estratégicos a serem observados também por atores políticos não judiciais na definição de suas agendas²¹⁴. É fato que, cedo ou tarde, questões constitucionais sensíveis serão também inseridas na pauta de discussão das instâncias jurisdicionais.

O Brasil, como procurei demonstrar no item 2.3 deste trabalho, também passou por um processo de judicialização da política e não cabe aqui descrever novamente as condições que fomentaram a ascensão do Supremo Tribunal Federal no cenário político pós-1988²¹⁵. Fato é que, também aqui, a agenda política das instituições passou a incorporar questões constitucionais. A constitucionalização do Direito, fenômeno que contribuiu significativamente para a judicialização da política no Brasil, tornou inevitável que houvesse, empregando termo usado por Eduardo Mendonça, uma *juridicização do discurso político* legitimador das ações governamentais²¹⁶.

Essa *juridicização do discurso*, que primeiro surge como uma consequência natural da constitucionalização do Direito, atualmente, parece ter se tornado uma necessidade para legitimar a ação governamental, ao menos quando esta estiver sendo observada à luz da Constituição, o que dificilmente não ocorre em razão da extensão do nosso texto constitucional e da textura aberta das normas que o permeiam.

Num contexto de crescimento da participação política do Supremo Tribunal Federal e em um ambiente democrático no qual a legitimação discursiva é um traço essencial da representatividade política, a *juridicização do discurso*, na verdade, impõe às instituições um engajamento na defesa de posições baseadas na Constituição. Sem esse engajamento, as instituições, judiciais ou não, perdem poder de persuasão e deixam a desejar num ambiente democrático mais exigente.

²¹⁴ FERREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Law and Contemporary Problems. vol. 65. 2002. p. 42 (“a ascensão da jurisdição constitucional transformou o panorama da política parlamentar ao forçar legisladores a considerarem questões constitucionais quando desenvolvem programas legislativos”) [Tradução Livre]

²¹⁵ Razões para o crescimento da importância do papel do Supremo Tribunal Federal no cenário político nacional pós-1988 foram apresentadas no item 2.3 deste trabalho.

²¹⁶ MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Op. Cit. p. 106

Isso não quer dizer que toda a atividade legislativa, executiva ou judicial do país estará sempre baseada na Constituição, mas tão somente que, diante de questões constitucionais sensíveis, argumentos de estatura constitucional eventualmente serão necessários para legitimar o discurso político e facilitar a adesão a determinados pontos de vista.

Eduardo Mendonça cita como um exemplo desse fenômeno no Brasil o intenso debate parlamentar²¹⁷, ainda atual²¹⁸, em torno do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Em diversas ocasiões, posições publicamente assumidas pelos parlamentares nesses debates partiram de alguma concepção acerca de elementos constitucionais pertinentes à questão, como o direito à igualdade, a autonomia privada e a delimitação do alcance da expressão “*homem e mulher*” contida no art. 226, § 3º, da Constituição, entre outros²¹⁹.

O autor observa, e esse é o ponto para o qual quero chamar atenção, que a pauta do debate parlamentar não era “ontologicamente distinta” daquela usualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao resolver conflitos envolvendo questões constitucionais²²⁰. Quer dizer: o debate no âmbito do legislativo envolvia essencialmente um cotejo de interpretações distintas sobre os limites e as possibilidades existentes na Constituição em relação a determinados direitos fundamentais ligados à família. Tanto é assim, que, instado a julgar, em 2011, a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, envolvendo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o Supremo Tribunal Federal enfrentou as mesmas questões e os mesmos argumentos surgidos no debate parlamentar em torno da questão.

Portanto, em última análise, a *juridicização do discurso político* insere no debate público e na formatação dos discursos nada mais nada menos do que a

²¹⁷ A esse respeito, vale destacar o Projeto de Lei nº 2.285/2007 que, propondo nova interpretação aos artigos 226 e 227 da Constituição, alterava diversos dispositivos do Código Civil, dedicando um capítulo específico para reconhecer e regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo (artigo 68 e seguintes).

²¹⁸ O tema voltou à tona em junho de 2015, quando a Comissão Especial formada na Câmara dos Deputados realizou audiência pública para debater o Projeto de Lei nº 6.583/2013, que basicamente estabelece diretrizes de políticas públicas voltadas para a entidade familiar, definida como o núcleo formado a partir da união entre homem e mulher. A audiência contou com a presença do Pastor Silas Malafaia e do ativista de direitos humanos Toni Reis. A íntegra da sessão pode ser acessada em <https://www.youtube.com/watch?v=jA7h9iLD1D4>. Acesso em 10/02/2016.

²¹⁹ v. MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Op. Cit. p. 108

²²⁰ *Ibid.* p. 110

Constituição. Amplia-se, assim, significativamente, o escopo e os participantes da interpretação constitucional, criando um ambiente mais propício para desenvolver o que Peter Häberle chamou de *sociedade aberta de intérpretes*²²¹.

Veja que não se está ainda a afirmar uma necessária vinculação entre a *juridicização do discurso político* e o diálogo institucional, embora, evidentemente, o fenômeno seja um facilitador deste. O importante é perceber que aquele fenômeno torna o processo de construção do significado da constituição algo coletivo, apropriado por diversos atores políticos e a opinião pública em geral. Essa apropriação coletiva da constituição é, para Friedman, o elemento impeditivo à afirmação da supremacia judicial e o facilitador da inserção dos atores políticos em ciclos deliberativos que fazem evoluir o texto constitucional ao longo do tempo²²². Tal elemento, como visto no capítulo anterior, é peça chave do sistema democrático para refutar *positivamente* as premissas da dificuldade contramajoritária.

4.2.

Papel representativo e problematização do rótulo da “Corte contramajoritária”

A realidade política brasileira, atualmente, é marcada por certa desconfiança da população nas instituições políticas, sobretudo por uma identificação da classe política com práticas de corrupção²²³. Dados estatísticos

²²¹ v. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997 – Häberle propõe nesse livro reformular os critérios tradicionais de interpretar a constituição, de modo a tornar o processo hermenêutico mais aberto e em proporção com o nível de pluralismo existente na sociedade. Em uma pequena síntese da sua tese: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: 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 um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. / Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmäßige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (p. 13)

²²² FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 649-651

²²³ Em 2014, o relatório *Corruption Perception Index*, divulgado anualmente pela organização internacional *Transparency International*, posicionou o Brasil em 69º lugar, por força da sua pontuação (43 pontos) obtida em uma escala na qual 0 indica um país muito corrupto e 100 um país com baixíssimo índice de corrupção. A pesquisa está disponível em

mostram que as pessoas têm depositado, comparativamente, mais confiança no Judiciário, que legitima a sua atividade política através da formulação de argumentos. A propósito, pesquisa recente conduzida pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE revelou que, de 2009 a 2015, comparativamente, o Poder Judiciário detém um mais alto índice de confiança dos brasileiros do que instituições vinculadas aos demais poderes instituídos²²⁴.

O dado é relevante, pois permite revisitar, à luz da realidade institucional brasileira, premissa sustentada por Friedman que contesta empiricamente a previsão de Bickel de que o exercício reiterado do *judicial review*, para este eminentemente *contramajoritário*, traria prejuízos à democracia. Refiro-me ao fato de que, significativamente nas duas últimas décadas, no Brasil, assim como nos Estados Unidos, a afirmação das bases do constitucionalismo democrático e a ascensão da jurisdição constitucional foram fenômenos concomitantes ao amadurecimento das instituições democráticas, especialmente no que se refere à participação popular no cenário político. Não parece razoável sustentar, hoje, que, mesmo com um Supremo bastante atuante, temos menos cidadania participativa do que em outros tempos da nossa história constitucional.

Um fator que explica a confiança da opinião pública na atuação do Poder Judiciário, notadamente na atuação do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, é a possibilidade efetiva de as pessoas exercerem controle e acompanhamento diário das atividades do Tribunal. As sessões da Corte são públicas, televisionadas ao vivo e sem cortes²²⁵ e os votos, para o bem ou para o mal, são lidos na íntegra pelos ministros²²⁶. A imprensa, por sua vez, acompanha

<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>.

Acessado em 10/02/2016

²²⁴ O Índice de Confiança Social – ICS elaborado pelo IBOPE demonstra que de 2013 a 2015 o índice de confiança no Poder Judiciário foi maior quando comparado ao do Governo Federal e a Presidência da República. O mesmo índice relativo ao Judiciário manteve-se sempre significativamente superior de 2009 a 2015 em relação ao Congresso Nacional e aos Partidos Políticos, estes figurando sempre em último lugar no comparativo da pesquisa. v. IBOPE Inteligência. *Índice de Confiança Social – ICS 2015*. Disponível em http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf. Acessado em 10/02/2016

²²⁵ No Brasil, a TV Justiça, criada pela Lei nº 10.416/2002, sancionada pelo Ministro Marco Aurélio, em exercício interino da Presidência da República, talvez seja o maior exemplo de um instrumento criado para permitir o acompanhamento gratuito e indiscriminado da atividade do Supremo Tribunal Federal pela sociedade. As sessões de julgamento da Corte são transmitidas ao vivo e sem cortes para todo o país e os julgamentos emblemáticos corriqueiramente são noticiados em tempo real pela grande mídia nacional.

²²⁶ Há, em doutrina, críticas substanciais à liturgia dos julgamentos da Corte – v. MENDES, Conrado Hübner. *Projeto de uma corte deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique

com afincos as nuances de cada julgamento²²⁷. Mas, além de as pessoas poderem monitorar de perto o Tribunal, não pode ser descartada a possibilidade de que simplesmente o Supremo ganhou credibilidade porque, muitas vezes, as pessoas aprovam, no geral, o desempenho da Corte no exercício da jurisdição constitucional.

A existência de boas razões para que pessoas confiem no trabalho da Corte brasileira não ignora, todavia, o fato de que, eventualmente, o Supremo Tribunal Federal, dada a sua aproximação corriqueira com temas constitucionais sensíveis e objeto de profundo desacordo moral²²⁸, poderá proferir decisões contramajoritárias²²⁹.

Vale frisar que estabelecer com segurança qual seria um resultado majoritário não é algo simples. Nesse ponto, me parece recomendável adotar uma postura cética diante de percepções apressadas acerca do que seria a “vontade majoritária” em determinada controvérsia, especialmente quando tais percepções estiverem desacompanhadas de dados empíricos que permitam o diagnóstico frente a um texto constitucional de tipologia aberta e uma opinião pública de preferências mutáveis²³⁰. Não é, contudo, concretamente impossível, eventualmente, classificar-se um pronunciamento ou decisão como contrário à vontade da maioria.

Entretanto, atuar contra um sentimento majoritário eventualmente não é um risco no qual incorre tão somente o Judiciário. Corinna Barrett Lain sistematizou algumas razões pelas quais as instâncias tipicamente concebidas como majoritárias em teoria (a autora refere-se às instâncias legislativas) não necessariamente serão majoritárias na prática. Existem propriedades inerentes à dinâmica de funcionamento das instituições com representatividade eleitoral que

Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. pp. 53-73

²²⁷ Tornou-se comum que as decisões do Supremo Tribunal Federal ocupem as manchetes dos principais jornais do país, revelando o interesse crescente da opinião pública sobre a atividade do Tribunal.

²²⁸ O Supremo foi instado a manifestar-se sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia congênita do feto, tema este polêmico, sobretudo pela discussão inexorável que gerou a respeito das mais diversas concepções acerca do momento em que se inicia a vida humana, protegida pela Constituição Federal. Concluído o julgamento em 2012, a ADPF nº 54 foi julgada procedente por maioria, marcando a posição do Tribunal pela não tipificação penal do ato da gestante de interromper a gravidez do feto anencéfalo.

²²⁹ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 606-607

²³⁰ v. *Ibid*

impedem a aprovação de medidas legislativas expressivas de demandas da opinião pública. Tais características do processo legislativo listadas pela autora, a meu ver, pertinentes ao caso brasileiro, são, em síntese: (i) a distribuição de poderes de veto a determinados atores envolvidos no processo legislativo, como, por exemplo, as minorias parlamentares e o Presidente da República ²³¹; (ii) a representatividade igualitária dos Estados membros no Senado permite que populações significativamente menores, representadas por seus senadores, tenham igual peso político e força decisória, muitas vezes efetivamente um poder de veto, sobre a vontade de populações maiores ali representadas; (iii) a dificuldade de medir o nível de fidelidade do candidato às expectativas do seu eleitorado (o item já foi mencionado ao tratarmos da representatividade eleitoral no capítulo anterior); (iv) as vantagens conferidas pela máquina pública aos congressistas facilitando a sua reeleição²³² e, por outro lado, dificultando que novos quadros políticos, afinados com certos clamores populares, consigam exposição suficiente para disputar com chances efetivas cargos eletivos; e, (v) principalmente, a percepção de que assuntos atuais salientes e muito polarizados podem gerar no seio legislativo uma recusa deliberada à sua apreciação, muitas vezes indicando uma preferência dos congressistas para, unindo o útil e o agradável, deixar que o ônus de tomar uma decisão recaia integralmente sobre a corte constitucional²³³.

Por outro lado, e parte do capítulo anterior foi dedicado a este ponto, há diversas características de um sistema democrático que podem tornar o trabalho de uma corte constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, responsivo aos anseios da opinião pública, ainda que seus integrantes não se submetam ao

²³¹ O Presidente não necessariamente representa uma minoria por ser um ator político personificado em um único indivíduo, mas do ponto de vista quantitativo, levando em conta o número de participantes do processo de elaboração da legislação, é possível que uma lei aprovada por ampla maioria em ambas as casas do Congresso Nacional e com grande apelo popular seja vetada e, posteriormente, novos arranjos políticos impeçam a derrubada desse veto.

²³² Em 2014, 3/4 dos deputados conseguiu se reeleger, como revela conta simples feita por diversos jornais após as eleições – v, por todos, notícia disponível em <http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/10/06/so-14-dos-deputados-que-tentaram-novo-mandato-nao-sao-reeleitos-na-camara.htm>. Vale acrescentar que, além da natural exposição facilitada em decorrência do exercício do cargo, deputados brasileiros recebem verba mensal chamada Cota Parlamentar, que varia entre R\$ 30.416,80 (base eleitoral Distrito Federal) e R\$ 45.240,67 (base eleitoral de Roraima) – dados disponíveis em <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/cota-parlamentar> -, destinada a custeio de viagens e diligências realizadas no estado pelo qual se elegeram, aumentando o nível de sua exposição perante o eleitorado estadual.

²³³ LAIN, Corinna Barrett. *Upside-Down Judicial Review*. The Georgetown Law Journal. vol. 101. 2012. pp. 146 - 157

processo eleitoral. A obra de Friedman, já mencionada, procura provar precisamente este ponto.

Alguns constrangimentos atuantes sobre a corte para assegurar o alinhamento, mesmo a longo prazo, com a opinião pública, listadas igualmente por Corinna Barrett Lain, devem ser ressaltadas: (i) o alinhamento da corte com a política majoritária é influenciado pelo processo de nomeação dos ministros para cargos vagos na corte (artigo 101, parágrafo único, da Constituição de 1988²³⁴ – escolha pelo Presidente da República e sabatina no Senado Federal²³⁵); (ii) a corte não possui a chave do cofre e também não detém a espada para fazer cumprir suas decisões, de modo que a conservação do prestígio e da autoridade, assegurados, significativamente, pela confiança das pessoas no trabalho do tribunal, são elementos que influenciam o trabalho dos ministros²³⁶; (iii) tencionar excessivamente com outros poderes instituídos pode dificultar a aprovação de pautas estratégicas para a corte dependentes da anuência de outras instituições, como as envolvendo questões orçamentárias ou relacionadas aos vencimentos dos integrantes do tribunal; e (iv) há sempre um risco de determinadas decisões gerarem forte oposição e resultarem, por isso, na aprovação de leis ou emendas à

²³⁴ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

²³⁵ Durante muito tempo, a sabatina no Brasil foi considerada um procedimento meramente formal, no qual o Legislativo confirmava o nome indicado pelo Presidente da República para ocupar uma vaga no Tribunal. A sabatina recente do Ministro Edson Fachin, no entanto, parece demonstrar que, eventualmente, quando o apoio político ao governo está diluído, esse pode ser um forte instrumento de pressão política utilizado pelo Legislativo para negociar determinados temas ou mesmo outros nomes para a indicação junto ao Chefe do Executivo. Matéria publicada pelo site do Jornal O Globo, em 11/05/2015, indicava forte pressão da oposição para vetar o nome do hoje Ministro e, ato contínuo, os esforços da Presidente Dilma Rousseff para tentar se aproximar do Presidente do Senado, Renan Calheiros, de modo a pressionar a aprovação da sua indicação ao posto (v. <http://oglobo.globo.com/brasil/dilma-tenta-aval-de-renan-para-fachin-as-vesperas-de-sabatina-no-senado-16126273>. Acesso em 11/02/2016).

A propósito, Corinna Barret Lain aponta que quando o Senado possui votos suficientes para impedir a nomeação do indicado pelo Presidente, este “*precisa ponderar preferências partidárias e a necessidade de nomear um candidato confirmável (e o custo político de fazê-lo), do que resulta uma pressão para a escolha de um candidato ideologicamente moderado ao invés de um ideologicamente alinhado. Quanto mais próximo o nomeado estiver dos valores predominantes no senso comum político, maior a chance de ele obter a confirmação de um Senado hostil*” (Tradução Livre) - LAIN, Corinna Barrett. *Upside-Down Judicial Review*. Op. Cit. p. 159

²³⁶ LAIN, Corinna Barrett. *Upside-Down Judicial Review*. Op. Cit. pp. 162 - 163. “Hoje, a Corte tem um profundo reservatório de confiança popular e respeito, permitindo aos juízes uma boa folga para definir seus próprios rumos. Mas, esse reservatório não é sem limites. O que a Suprema Corte possui – de fato, toda Corte possui – é o poder do “porque eu disse assim”. Contudo, para isso significar alguma coisa, para isso efetivamente mudar algo, a Corte não pode vaguear para longe, ou por muito tempo, da vontade majoritária.” (Tradução Livre)

constituição para desafiar e superar a jurisprudência da corte, especialmente quando o pronunciamento judicial é impopular²³⁷. Acrescento, ainda, a essas características o fato, segundo Friedman, de que os ministros do Tribunal dependem da adesão do colegiado para que suas opiniões prevaleçam, estimulando a adoção de posições razoáveis. Some-se a isso também o fato de que a anuência das instâncias judiciais e administrativas inferiores é importante para assegurar cumprimento, na abrangência necessária, às decisões da Corte.

De todo modo, muitas vezes, demandas importantes da opinião pública podem travar, ser bloqueadas ou simplesmente se perder na burocracia do Legislativo ou do Executivo, tornando estas instituições, ainda que momentaneamente, incapazes de responder aos anseios da sociedade. Em casos como esses, eventualmente, o Supremo Tribunal Federal pode reunir as condições e a legitimidade necessárias, ou mesmo sentir-se pressionado, para canalizar aquelas demandas da opinião pública. A constatação conclusiva de Corinna Barrett Lain é perfeita: “*disfunções democráticas põem em movimento as autênticas forças capazes de solucioná-las*”²³⁸.

É possível citar dois exemplos de travamento de demandas com grande apoio popular no legislativo brasileiro, seguidos de um avanço à frente do Supremo Tribunal Federal para atender, ainda que parcialmente, um clamor social. O primeiro envolve a proibição do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (ADI nº 4.650, julgada procedente, por maioria, em 17/09/2015). A respeito do tema, pesquisas encomendadas pela Ordem dos Advogados do Brasil em 2013 já revelavam que 78% e 71% dos entrevistados, segundo o IBOPE²³⁹ e o Instituto Datafolha²⁴⁰, respectivamente, eram contrários à doação de empresas privadas para campanhas políticas. O Congresso, por sua vez, era e ainda é refratário ao anseio popular, tanto que, mesmo após a decisão do Supremo, vem adotando expedientes para acelerar e aprovar Proposta de Emenda

²³⁷ *Ibid.* p. 162. “Quanto mais impopular for a decisão da corte, maior a probabilidade de as instituições políticas encontrarem um terreno comum contra ela, e o contrário é verdade também; políticos eleitos irão retaliar a Corte somente quando isso não provocar insatisfação pública.” (Tradução Livre)

²³⁸ *Ibid.* p. 168

²³⁹ Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/pesquisa-462900550.pdf>. Acessado em 10/02/2016

²⁴⁰ Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia/27853/ibope-e-datafolha-brasileiros-contras-empresas-nas-eleicoes>. Acessado em 10/02/2016

à Constituição destinada a restabelecer o financiamento eleitoral privado por empresas (PEC nº 182/07).

O segundo caso, não tão recente, envolveu a aprovação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do Enunciado da Súmula Vinculante nº 13²⁴¹, em 21/08/2008, vedando a prática de nepotismo em órgãos da Administração Pública. Pesquisa de opinião realizada pelo instituto Vox Populi em 2000 indicava que 59% das pessoas consultadas eram contrárias ao nepotismo. Mesmo com a significativa adesão popular ao pronunciamento do Supremo, em 2016, o Ministério Público Federal enviou recomendações aos Presidentes da Câmara dos Deputados e Senado Federal, bem como a alguns parlamentares diretamente, solicitando providências para destituir parentes até o quarto grau de cargos que ocupavam nas casas legislativas²⁴².

As considerações sobre o caráter não estático da representatividade e a possibilidade de haver alternância no alinhamento das instituições com a opinião pública não devem fazer crer que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal se afirma no cenário político desafiando o importante papel exercido pelos demais poderes instituídos, especialmente o Legislativo, no papel de conduzir as transformações sociais.

Existe na doutrina nacional uma percepção de que a judicialização da política, acompanhada do ativismo judicial, causa a “*ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos*”²⁴³. A percepção normalmente vem acompanhada de um diagnóstico de que “*o STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo*”²⁴⁴. Nesse tipo de leitura da relação havida entre a Corte e as demais instituições políticas, o Supremo Tribunal Federal aparece como um cão raivoso, sedento por ocupar-se das funções típicas exercida pelos demais

²⁴¹ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

²⁴² v. <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/20-01-2016-recomendacoes-do-mpf-df-tem-o-objetivo-de-impedir-nepotismo-no-congresso>. Acessado em 12/02/2016

²⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Op. Cit. p. 442

²⁴⁴ *Ibid.* p. 441

Poderes. Tal percepção, no entanto, usualmente não vem acompanhada de dados concretos, salvo uma constatação trivial de que o número de processos levados ao Supremo aumentou nos últimos anos.

Em seu livro *Judicialização ou Representação? – Política, Direito e Democracia no Brasil*, Thamy Pogrebinski realizou um levantamento detalhado das decisões finais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações constitucionais (ADI e ADPF²⁴⁵) distribuídas entre 1988 e 2009, cujo objeto eram atos normativos emanados do Congresso Nacional (incluindo leis ordinárias e complementares, emendas constitucionais, resoluções das casas legislativas, medidas provisórias convertidas em lei e decretos-lei). O objetivo da autora era investigar se o Tribunal, de fato, em razão do processo de judicialização da política, representaria uma ameaça à expressão da vontade democrática e ao bom funcionamento das instituições políticas brasileiras²⁴⁶.

No universo de 4.574 ações constitucionais propostas nos 21 primeiros anos da Constituição de 1988, dentre elas 841 contra atos do Congresso, a autora analisou as decisões proferidas nas 503 efetivamente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, visando a testar a deferência do Tribunal ao trabalho do legislador federal e a dinâmica envolvida no questionamento de tais atos normativos. Constatou que apenas 13,32% das leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional questionados perante o Supremo sofreram declarações de inconstitucionalidade. Esse percentual representa 67 ações constitucionais, 32 julgadas procedentes em parte e 35 (6,96%) totalmente procedentes, relativas a 47 leis (há casos em que a mesma lei é objeto de mais de uma ADI ou ADPF). Avançando, verificou-se que apenas 5 dessas 67 ações resultaram na declaração

²⁴⁵ A autora excluiu a ADC em razão de terem sido ajuizadas apenas 16 ações desta natureza em face de atos normativos do Congresso Nacional e de peculiaridades relacionadas ao seu processamento. Ainda que, a meu ver, não houvesse prejuízo em considerar as decisões proferidas em ADC, especialmente porque em razão do caráter ambivalente desta ação constitucional, com base no qual a improcedência do pedido implica necessariamente uma declaração de inconstitucionalidade, o número pouco expressivo de ADC julgadas pelo Supremo no período me parece não ser capaz de prejudicar significativamente os resultados alcançados pela pesquisa da autora.

²⁴⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Op. Cit.

de inconstitucionalidade total da norma impugnada²⁴⁷, 2 normas anteriores à Constituição de 1988²⁴⁸.

Considerando a produção legislativa no período analisado, o levantamento realizado por Pogrebinski revelou que o número de normas declaradas inconstitucionais representava apenas 0,02% de toda a produção legislativa do Congresso Nacional no período pesquisado.

A pesquisa revelou, ainda, um esforço do Supremo Tribunal Federal para empregar técnicas de aperfeiçoamento de parcela expressiva das normas declaradas inconstitucionais. Das 67 leis declaradas inconstitucionais, 30 foram proclamadas sem prejuízo da manutenção do texto normativo impugnado no ordenamento jurídico, o que se fez mediante o emprego de técnicas de decisão como a interpretação conforme a constituição (20) e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (10)²⁴⁹.

Os dados coletados por Pogrebinski apresentam um Supremo Tribunal Federal significativamente contido no uso da prerrogativa de invalidar normas promulgadas pelo Congresso Nacional e, de certo modo, pelo Executivo, já que incluídas na pesquisa todas as medidas provisórias de iniciativa do Presidente da República convertidas em lei.

Mesmo que fosse acertada uma percepção como a de Bickel e Waldron, de que o legislativo seria essencialmente o porta-voz da vontade majoritária, o que já

²⁴⁷ Os dados constam do Capítulo 1 de POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Op. Cit

²⁴⁸ Ressalto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a procedência do pedido na ação constitucional própria para impugnar atos normativos anteriores à Constituição de 1988 (ADPF) não acarreta propriamente declaração de inconstitucionalidade, mas tão somente revogação. É o que restou decidido na ADI nº 2, julgada em 06/02/1992, em cuja ementa se lê: EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997)

²⁴⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Op. Cit. pp. 79 - 84

foi objeto de críticas ao longo deste trabalho, os dados da pesquisa realizada por Pogrebinski, por si só, afastariam, ao menos para o caso brasileiro e no âmbito federal, a ideia de que o Supremo seria uma instituição de viés essencialmente contramajoritário no nosso sistema político. O rótulo de *Corte contramajoritária*, como afirmamos acima, até pode descrever a realidade de um caso, e, mesmo assim, deve estar acompanhado da aferição empírica de um sem número de variáveis, mas não parece adequado para identificar um padrão de conduta da Corte Constitucional brasileira.

4.3

O que faz então o Supremo Tribunal Federal?: a Corte como propulsora do diálogo institucional

Ao apresentar seu enfoque positivo sobre a atuação da Suprema Corte norte-americana, Friedman concluiu, analisando o arranjo institucional e a predisposição do tribunal de alinhar-se à opinião pública, que o processo de atribuição de significado à constituição opera em ciclos, dentro dos quais a corte posiciona-se em relação à opinião pública ora como visionária ora como reacionária, sem, contudo, adotar um comportamento de viés excessivo em cada uma dessas posições²⁵⁰. Com isso a Corte resguarda a *accountability*, que no sistema democrático legitima o uso racional do poder²⁵¹, e mantém a confiança depositada pelas pessoas na sua capacidade de produzir boas decisões.

Se a corte, dotada de confiança e legitimidade política, não é essencialmente um poder contramajoritário, mesmo quando se posiciona de forma cautelosa frente à opinião pública, o que ela fundamentalmente é quando exerce a jurisdição constitucional?

Segundo Friedman, a Corte é o veículo que dá corpo e coloca em evidência o debate constitucional, facilitando a entrada de determinados assuntos na agenda da política, na forma de um diálogo que envolve as instituições democráticas e a opinião pública. De mais a mais, “*ao decidir confrontar um assunto elas próprias ou prestar deferência a outros decisores, cortes estimulam outras instituições a falar. Nestas condições, a Suprema Corte frequentemente atribui desígnios ao Congresso, mesmo nos casos em que o Congresso pode não*

²⁵⁰ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 677 - 678

²⁵¹ FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. Cit. p. 260

*ter essa intenção, colocando a bola na quadra do Congresso. Na realidade, em certas ocasiões a Corte convida outros atores a falar.”*²⁵².

O papel de estimular o diálogo também parece ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Dados coletados a respeito da relação entre o Supremo e o Legislativo Federal mais uma vez apresentam-se como elementos que comprovam essa assertiva.

A segunda parte do levantamento feito por Pogrebinski analisou, entre 1988 e 2009, todas as iniciativas legislativas relacionadas aos temas das 47 leis objeto de declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADI ou ADPF, considerando, ainda, 1 caso havido no período de declaração de inconstitucionalidade por omissão (ADI omissão).

Primeiramente, a autora apurou que o Supremo Tribunal Federal, em média, quando age, não o faz diante de um vácuo legislativo, ou seja, em face da inexistência de normas editadas pelo Congresso Nacional sobre a matéria impugnada. Constatou que, no momento do pronunciamento da Corte, havia uma média de 11,75 projetos de lei em curso e 2,60 normas já em vigor sobre o tema da ação constitucional recém decidida. Segundo a autora, tais dados indicariam que a formação de consensos sobre os temas antes da sua impugnação através das ações constitucionais, no geral, é algo constante na atividade do Congresso Nacional²⁵³.

No entanto, os dados relevantes coletados pela autora a evidenciar a existência do diálogo entre o Supremo e, nesse caso, o Legislativo são aqueles que, quantitativamente, atestam o índice de respostas legislativas formuladas após as decisões do Tribunal. Também considerando os mesmos 48 casos, após a decisão da Corte, constatou-se a existência de 329 projetos de lei apresentados envolvendo os mesmos temas das leis declaradas inconstitucionais. 62 destes projetos foram efetivamente convertidos em leis. Tais números, na média, significam que 6,85 projetos de lei foram apresentados pelos parlamentares em resposta ao Supremo, 1,29 deles convertidos em lei²⁵⁴.

²⁵² FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. pp. 669 – 670 (Tradução Livre)

²⁵³ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Op. Cit. pp. 92-94

²⁵⁴ *Ibid.* pp. 96-98

Pogrebinski realizou, ainda, uma avaliação qualitativa dos 62 projetos convertidos em lei. Constatou um baixíssimo percentual de casos nos quais o Legislativo limitou-se a revogar ou alterar o conteúdo da lei declarada inconstitucional. Na grande maioria das vezes, a atuação do Congresso buscou aprovar legislação nova (75,58%) ou emenda constitucional (22,58%) sobre o assunto decidido pelo Supremo. Interessante notar que, no grupo das leis nova aprovadas, aproximadamente 17% regulamentou a questão constitucional segundo os exatos termos estabelecidos na decisão do Supremo²⁵⁵.

Os dados cotejados revelam que há um processo constante de interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Mais do que isso, revelam que não há um fim necessário do debate constitucional apenas porque a Corte se manifestou sobre determinada controvérsia. O Tribunal parece efetivamente funcionar como catalisador do debate acerca dos temas constitucionais que decide, dando, tal qual diagnosticou Friedman, forma e progressão ao diálogo travado entre atores políticos para interpretar a Constituição²⁵⁶. Segue-se à atuação da Corte que esses atores políticos permanecem formulando argumentos e submetendo o debate a novos ciclos interpretativos.

A função estratégica da Corte no desenvolvimento do diálogo interinstitucional parece estar sendo percebida, com algum grau de apropriação teórica dos argumentos até aqui apresentados, por ministros que integram a atual composição do Tribunal. Seria difícil apontar uma razão para isso, mas parece sintomático o fato de que nos últimos anos tenham sido desenvolvidos diversos trabalhos acadêmicos salientando a relevância do diálogo institucional no cenário político nacional, inclusive com a contribuição de ministros da própria Corte²⁵⁷.

O caso paradigmático a que me refiro refere-se ao recente acolhimento, em 01/10/2015, por maioria, do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, relator, na ADI nº 5.105. O precedente é um indicativo de que o Supremo talvez esteja

²⁵⁵ *Ibid.* pp. 100-106

²⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Op. Cit. p. 668

²⁵⁷ v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. Cit.; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit.; MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Op. Cit.; BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Op. Cit.;

caminhando para refutar qualitativamente a ideia pura e simples de supremacia judicial (*última palavra*) que vimos presente nas ADIs nº 2.860/DF e 2.797/DF mencionadas no item 2.1, aceitando que um contínuo deliberativo sobre o sentido da Constituição é possível e necessário sempre que novos argumentos sejam colocados por atores políticos à disposição da Corte.

A ADI nº 5.105 objetivou, basicamente, impugnar dispositivos da Lei nº 12.875/2013. Modificando a legislação eleitoral para subtrair de partidos recém-criados o acesso a recursos do fundo partidário e ao direito de antena, a referida lei pretendia impor superação legislativa ao precedente firmado no mês anterior à sua edição pelo Supremo nas ADI nº 4.430 e 4.795 (Dje 18/09/2013). Nestas ações, a Corte havia assegurado o direito de acesso proporcional das novas legendas à parte do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão. A questão central a ser decidida pelo Supremo na ADI nº 5.105, segundo Fux, consistia em saber “*em que medida essa reação do Congresso Nacional, no sentido de superar a exegese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, inciso II, da Lei das Eleições, se revela legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional entre as instituições (sistema de checks and counterchecks) delineada pela Constituição*”.

Na primeira parte do voto acolhido pela maioria do Plenário da Corte, o relator teceu longas considerações acerca da necessidade de a jurisdição constitucional ser orientada por uma racionalidade que enxerga “*um ponto de equilíbrio entre (...) democracia e constitucionalismo*”. Afirmou, e particularmente concordo com essa constatação, que a Constituição de 1988 favorece esse equilíbrio. Primeiro, pois a Constituição, embora atribua a função de *guarda* da Constituição ao Supremo (artigo 102), possibilitando, inclusive, o controle de atos emanados do poder constituinte reformador (emendas constitucionais)²⁵⁸, não submeteu o legislador ao efeito vinculante das decisões da Corte (artigo 102, § 2º). Segundo, porque o dever de fundamentar as decisões judiciais, que consta do artigo 93, IX, impõe ao Tribunal o ônus de enfrentar argumentos, novos ou não, sempre que formulados e levados à Corte pelos

²⁵⁸ Artigo 60, § 4: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

mecanismos à disposição dos atores institucionais, independentemente de a questão de fundo já ter sido objeto de pronunciamento judicial anterior. Concluiu que a Constituição alberga um sistema que mitiga a suprema judicial e estimula o diálogo interinstitucional²⁵⁹, citando diversos precedentes em que o Supremo lidou com tentativas de superação legislativa da sua jurisprudência.

A reflexão sobre o papel dialógico da Corte no sistema de separação de poderes brasileiro, compatível com a percepção das cortes como propulsoras do processo deliberativo que envolve a atribuição de significado à constituição, está presente em trecho do voto condutor acolhido pelo Plenário na ADI nº 5.105, cuja transcrição parece recomendável:

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas. (...)

É precisamente sobre as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma *rodada procedimental*, mas não encerram, *em definitivo*, a controvérsia constitucional em sentido amplo. (...)

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional.

²⁵⁹ Construção interessante presente no voto do relator diz respeito à distribuição do ônus argumentativo entre os atores institucionais quando novos argumentos são formulados no cenário político e, consequentemente, apresentados à Corte. Uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, com a desincumbência pelo Supremo do ônus de fornecer argumentos sólidos para afastar a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, duas situações podem se apresentar. Segundo Fux, o legislador pode reverter a decisão utilizando-se de emenda constitucional, demonstrando uma posição numericamente qualificada do Legislativo contra o pronunciamento judicial (as emendas constitucionais são aprovadas em dois turnos de votação, em ambas as Casas do Congresso, com maioria qualificada de três quintos), só restando ao Supremo avaliar a compatibilidade do texto constitucional aprovado com um seletivo grupo de normas e princípios fundamentais (artigo 60, § 4º). No entanto, também é possível que o legislador proponha superação da jurisprudência da Corte por lei ordinária, como na ADI nº 5105 em comento. Nesta última hipótese, contudo, o ônus argumentativo se transfere ao legislador, nascendo a nova legislação com uma *presunção de inconstitucionalidade* que lhe cabe elidir argumentativamente.

A passagem do voto de Fux está significativamente impregnada por percepções de Conrado Hübner Mendes, citado, inclusive, pelo ministro, sobre a dinâmica de funcionamento das instituições, especialmente no que se refere à releitura proposta pelo autor, sob o enfoque dialógico, da relação entre decisão judicial e última palavra. O trabalho de Hübner é fundamental para compreender por que, a despeito dos dados empíricos acima apresentados, muitas vezes temos a sensação de que o Supremo Tribunal Federal é a instituição detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição.

Hübner afirma que há certa banalidade em perceber que decisões são sempre provisórias quando estão inseridas no contexto de um sistema democrático e dinâmico de separação de poderes, no qual convivem dinamicamente leis, instituições, pessoas, preferências, etc. Isso porque, em última análise, as sociedades caminham para frente pautadas por demandas que se convertem em transformações sociais. Nesse processo evolutivo, contudo, o autor chama a atenção para o fato de que precisamos resolver problemas do dia-a-dia, estabelecer padrões de convivência e regular condutas, de modo a garantir um grau mínimo de estabilidade às relações sociais²⁶⁰.

Segundo o autor, as instituições devem ser capazes de absorver tanto as demandas por transformações quanto por estabilidade. Para isso, Hübner procura compatibilizar virtudes do marco teórico definido pelas teorias dos diálogos institucionais com o que chamou de uma possibilidade *remanescente* para a ideia de última palavra no processo de interpretação da constituição, introduzindo o conceito de *última palavra provisória*²⁶¹.

Apostando nas virtudes da deliberação entre instituições para a produção de melhores resultados e no seu recíproco engajamento no exercício da persuasão no sistema de separação de poderes²⁶², Hübner afirma que o processo de interpretação constitucional ocorre em diversas *rodadas procedimentais*. A expressão refere-se “*ao circuito decisório entre os poderes até chegar a uma*

²⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit. p. 181

²⁶¹ *Ibid.* p. 181

²⁶² A combinação entre bons resultados e engajamento institucional são considerados elementos de uma medida chamada por Hübner de “*desempenho deliberativo*” -v. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit. p. 204

decisão final”, lembrando o autor que “o mesmo tema pode renascer no domínio da deliberação política posteriormente, em intervalos maiores ou menores”²⁶³.

Firme nesses conceitos, afirma que “cada Constituição estabelece um modelo de interação e escolhe a instituição detentora da “última palavra provisória” (com graus diferenciados de resistência)”, sem perder de vista a possibilidade de reabrir o debate constitucional, em novas *rodadas procedimentais*, sempre que formulados novos argumentos a respeito de tema constitucional controverso²⁶⁴.

No Brasil, considerando as prerrogativas conferidas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, à Corte parece ter sido conferido o poder da *última palavra provisória*. O caráter vinculante das decisões no controle de constitucionalidade e institutos como a reclamação constitucional e a súmula vinculante são aspectos importantes para exercer essa prerrogativa. Não obstante, justamente por ser *provisória* a última palavra, não há prejuízo para o espaço de conformação política dos demais Poderes e da sociedade civil ao exercício da interpretação constitucional. No quadro geral, novas *rodadas procedimentais* sempre serão possíveis.

As virtudes da *interação deliberativa*, concebida por Hübner como uma *cultura de justificação* baseada na *força das boas razões*²⁶⁵, faz com que a definição da instituição detentora do poder de exercer a *última palavra provisória* “seja um mero detalhe”. Isso porque, segundo o autor, em um ambiente dialógico deliberativo, no qual instituições podem desafiar-se mutuamente, a legitimidade política de uma decisão é algo oscilante e construído no dia-a-dia em que se pratica a interação interinstitucional²⁶⁶.

Os argumentos do autor, quando contrastados com os dados acima apresentados, têm forte potencial descritivo do que efetivamente faz o Supremo Tribunal Federal frente às demais instituições no nosso sistema político. Lendo a obra do autor, não é um devaneio perceber o Supremo como um Tribunal que dá última palavra quando bate o martelo em determinado conflito. Ele de fato o faz. O detalhe importante, contudo, está em perceber, no quadro geral, a

²⁶³ *Ibid.* p. 13. Vide nota de rodapé nº 37

²⁶⁴ *Ibid.* p. 174

²⁶⁵ *Ibid.* p. 211

²⁶⁶ *Ibid.* pp. 204-205

provisoriamente da interpretação da Corte. A interação deliberativa entre as instituições políticas, empiricamente verificável segundo a pesquisa realizada por Pogrebinschi, revela um debate constitucional dinâmico, sujeito a novas *rodadas procedimentais* em face de novos argumentos. O caso recente da ADI nº 5105 mostra um Supremo Tribunal Federal consciente dessa interação interinstitucional. Revela, em última análise, uma autoconsciência da Corte acerca da real possibilidade de desafio aos seus pronunciamentos.

4.4

Síntese conclusiva

O presente capítulo foi iniciado precisamente de onde se havia parado no anterior. As críticas aos modelos de supremacia, através da valorização da deliberação e da ampliação do conceito de representatividade, me conduziram à exploração da proposta alternativa dos diálogos institucionais. Optei por destacar a importância do enfoque positivo sobre os diálogos, por enxergar nesta abordagem a possibilidade de desarmar o observador de certas pré-compreensões que acompanham enfoques essencialmente prescritivos acerca do que deveriam *fazer* ou *ser* as instituições.

A opção não foi por acaso. Utilizei o capítulo anterior como uma ponte entre o primeiro e último capítulo desta dissertação. Procurei, inicialmente, demonstrar, recorrendo à história do nosso constitucionalismo, que a jurisdição constitucional no Brasil não foi forjada sob o prisma da supremacia judicial e, também, apresentar as transformações recentes na relação do Judiciário com outras instituições políticas que, no pós-1988, permitiram ao Supremo, paulatinamente, perder a timidez e alcançar o seu lugar de destaque no cenário político.

Com base nessas considerações e munido do instrumental teórico apresentado no segundo capítulo, procurei demonstrar, no terceiro, que, empiricamente, há certo exagero nas leituras da realidade que concebem o Supremo Tribunal Federal como uma instituição que ofusca e reduz o espaço dos demais Poderes e da opinião pública para interpretar a Constituição.

Os dados empíricos obtidos junto à pesquisa conduzida por Thamy Pogrebinschi de 1988 a 2009 revelam, ao menos no âmbito federal e em controle

abstrato de constitucionalidade, um Supremo Tribunal Federal cauteloso e reticente em invalidar atos legislativos emanados do Congresso Nacional, inclusive medidas provisórias, propostas pelo Chefe do Executivo, convertidas em lei. Por outro lado, a segunda parte do levantamento feito pela autora desmistifica a imagem de um Congresso Nacional passivo frente aos pronunciamentos de uma Corte ativista, demonstrando, em números, a expressiva frequência com que o Legislativo reage ao pronunciamento judicial. A conclusão é inevitável: há uma interação entre ambas as instituições.

Os dados coligidos podem ser explicados considerando que a judicialização da política, alimentada pela constitucionalização do Direito, promoveu uma *juridicização do discurso político* no país. Isso significa que atores institucionais interessados em efetivar cursos de ação política tiveram que apropriar-se da formatação do discurso jurídico para legitimarem suas ações, escolhas e procedimentos. Dessa apropriação, não resultou uma submissão dos atores políticos a um suposto poder mais qualificado de dizer o Direito (o Judiciário). Ao revés, a *juridicização do discurso* permitiu o engajamento das instituições num processo deliberativo de construção de significados e respostas para questões constitucionais sensíveis, pautado por uma linguagem comum baseada na Constituição.

Importante perceber, nesse processo, o caráter dinâmico da aproximação entre as instituições e a vontade majoritária. Procurei demonstrar que não é possível definir, *ex ante*, qual a instituição política mais próxima da opinião pública. Aludindo a falsa dicotomia envolvendo idealizações sobre o caráter representativo de Legislativo e Judiciário, baseada na tradição da *difficuldade contramajoritária*, argumentei que tanto o Legislativo quanto o Judiciário possuem estímulos e inibidores que impedem formulações apriorísticas acerca do alinhamento das suas respectivas agendas com a vontade popular. O critério definidor deste alinhamento é essencialmente casuístico.

Se não há uma instituição essencialmente majoritária e existe uma interação interinstitucional com um discurso baseado na Constituição, o Supremo aparece como mais um ator do processo deliberativo que envolve as instituições no nosso sistema de separação de poderes. Isso não significa que ele não possua um papel específico.

O Supremo deve resolver os conflitos constitucionais que lhe são apresentados e espera-se o cumprimento das suas decisões, sob pena de prejuízo à estabilidade e à previsibilidade de que se alimenta o Estado Democrático de Direito. Ao Supremo é conferido o poder, apenas momentâneo, de dar a última palavra, pondo fim a um litígio específico. Essa última palavra, no entanto, é apenas provisória, já que o arranjo institucional estabelecido pela Constituição de 1988 não vincula o Legislativo à decisão da Corte, muito menos inibe o senso crítico da opinião pública sobre a questão constitucional objeto do pronunciamento judicial.

Embora o conflito específico seja resolvido, a questão constitucional abstrata permanece sujeita a novas *rodadas procedimentais*. De forma ampla, portanto, sempre que novos argumentos forem formulados, mesmo que incapazes de qualitativamente suplantar os que deram fundamento ao pronunciamento judicial desafiado, a questão voltará à tona, engajando os atores políticos na formulação do resultado mais persuasivo para o tema constitucional controverso.

Uma última observação. Existem diversos trabalhos realizados pela doutrina nacional que apresentam, das mais diversas formas, episódios nos quais a Corte esteve engajada no diálogo, com outras instituições e/ou a sociedade civil, em *rodadas procedimentais* acerca de uma determinada questão constitucional sensível²⁶⁷. Um estudo de casos emblemáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, reforçaria empiricamente a abordagem do diálogo que procurei apresentar no presente capítulo. Este, no entanto, é um trabalho que ficará para outro momento.

A minha preocupação central no presente capítulo foi tentar ressaltar positivamente um arranjo institucional e práticas institucionais no geral despercebidas que permitem afirmar que nossas instituições estão dispostas de forma tal que o processo deliberativo em torno do significado da Constituição aparece como um elemento inevitável do sistema político. Mais do que isso, meu

²⁶⁷ v., por todos WILLEMAN, Mariana Montebello. *Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Público, n. 40. 2013; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Op. Cit.; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit.; BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Op. Cit.; GAMA, Gustavo da. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Impetus. 2013.

objetivo foi demonstrar que o Supremo Tribunal Federal já funciona como *facilitador e modelador* do debate constitucional.

Casos como o da ADI nº 5.105, e outros porventura não analisados neste trabalho, são um indicativo de que a Corte está cada vez mais consciente da sua função dialógica na democracia brasileira e predisposta à interação com os outros poderes. Mas, são as consequências do processo de *judicialização da política*, o caráter dinâmico da representatividade e o desafio recorrente às decisões do Tribunal por atores políticos engajados que tornam o diálogo mais uma necessidade para manter o equilíbrio do sistema democrático e menos um produto da boa vontade de instituições bem-intencionadas. Em síntese, o diálogo é inevitável.

5.

Conclusão: Objetivo e Contribuição do Trabalho

As sínteses conclusivas apresentadas ao final dos três capítulos que integram o presente trabalho procuraram estabelecer a conexão entre os diversos pontos que constituem o enredo do texto. São três grandes conclusões. A primeira, é a constatação de que o constitucionalismo no Brasil não se desenvolveu aliado a um paradigma de supremacia judicial, sequer quando reunidas, no pós-1988, condições ideais para isso. A segunda, é a conclusão de que teorias desenvolvendo arranjos institucionais das quais resultam modelos ideais que engendram algum tipo de supremacia, judicial ou não, são uma pior opção para maximizar certas virtudes do sistema democrático. Alternativamente, teorias dos diálogos institucionais, por refutarem uma visão de que cortes funcionam como instituições *contramajoritárias* na democracia, inserem as instituições políticas numa relação interinstitucional deliberativa, na qual argumentos são ciclicamente desenvolvidos na busca de melhores soluções para questões constitucionais sensíveis. A terceira, é a percepção de que um olhar cuidadoso sobre a dinâmica da interação entre as instituições políticas no Brasil revela um processo dialógico e deliberativo de construção do significado da Constituição. Firme nessas três conclusões centrais, desenvolvidas ao longo dos três capítulos do trabalho, dedicarei este espaço para pontuar o objetivo e demarcar uma possível contribuição desta dissertação para o tema dos diálogos institucionais no Brasil.

O objetivo principal deste trabalho foi desafiar, a partir de argumentos empíricos, a pré-compreensão, usual na teoria constitucional brasileira, de que Supremo Tribunal Federal é a instituição detentora da última palavra sobre o significado da Constituição. Mais do que isso, pretendeu-se demonstrar que não há, concretamente, última palavra sobre o sentido do texto constitucional, sendo, sob o ponto de vista da democracia, melhor que assim o seja.

Este trabalho posiciona-se ao lado de outros desenvolvidos na literatura constitucional brasileira, mencionados ao longo do texto, na defesa dos diálogos institucionais como uma alternativa a um modelo de supremacia judicial. Confia, portanto, que uma postura dialógica das instituições frente aos conflitos constitucionais inicia um processo deliberativo de construção do significado da

Constituição capaz de produzir melhores resultados para questões constitucionais sensíveis.

Optou-se, entretanto, por contribuir para o desenvolvimento de uma teoria dos diálogos institucionais apresentando uma abordagem positiva sobre a interação entre o Supremo Tribunal Federal e outros atores políticos no Brasil. O objetivo foi apresentar as características que nosso sistema político possui para realizar as promessas das teorias dos diálogos ao invés de explorar outras que ele deveria possuir.

Há uma certa tendência nos trabalhos dedicados ao tema dos diálogos institucionais de apresentar a interação como um elemento embrionário ou uma possibilidade do sistema político brasileiro pouco explorada. Normalmente, segue-se à defesa das virtudes das teorias dos diálogos institucionais um destaque de casos emblemáticos da jurisdição constitucional brasileira em torno de episódios que sinalizam para uma interação existente entre o Supremo Tribunal Federal e outros atores políticos. O presente trabalho procurou fugir um pouco desta proposta tentadora, sem olvidar que o estudo de casos, de fato, serve como indício de uma interação interinstitucional que muitas vezes passa despercebida.

Refutando o vigor da ideia de supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro, a opção neste trabalho foi por enfatizar elementos estruturais e estímulos da dinâmica de funcionamento do sistema político reveladores de padrões de interação entre o Supremo Tribunal Federal e outros atores políticos. Com isso, pretendeu-se evitar o casuísmo comum na abordagem dos diálogos, trazendo a discussão para um plano de referências mais sólidas.

Foi possível perceber que a inquietação das instituições em torno dos conflitos envolvendo a Constituição é uma constante (ao menos no plano político mais abrangente da federação) que opera no interior de um arranjo institucional favorável à interação. Os dados concretos cotejados indicaram, ao menos em relação ao Executivo e Legislativo, um engajamento dos poderes instituídos em ciclos deliberativos destinados à formulação de soluções para questões constitucionais sensíveis decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Notadamente, a Corte apareceu como um ator político propulsor do debate constitucional.

Ao ressaltar o desempenho deliberativo bem-sucedido das nossas instituições, sinaliza-se para a própria qualidade da democracia brasileira, injetando certa dose de otimismo na compreensão que temos do nosso sistema político quando comparado a outros mundo afora. O enfoque positivo proposto neste trabalho não pretende alimentar o conformismo, tampouco arrefecer propostas dedicadas ao aprimoramento das nossas instituições. Alia-se a estes esforços, pretendendo fornecer bases mais sólidas à formulação de novas críticas, mesmo demonstrando que a grama do vizinho nem sempre é mais verde.

6.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. Oxford University Press and New York University of Law. I-CON. vol. 3. 2005

ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Universitas Jus (UniCEUB Law Journal). v. 25, n. 1. 2014

BALKIN, Jack. M. *Framework Originalism and The Living Constitution*. Northwestern University Law Review. 2009

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press. New York, 2006

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013

_____. *A efetividade das normas constitucionais – Por que não uma Constituição para valer?*. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013

_____. *Constitucionalismo democrático no Brasil: cânulas de um sucesso imprevisto*. 2012. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em 08.12.2015

_____. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva. São Paulo, 2012

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva. São Paulo, 2009

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade das suas normas*. 3ª edição. Renovar. Rio de Janeiro, 1996

_____. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5. 2015. pp. 23-50

BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. New York University of Law – Public Law & Legal Theory Research Papers. nº 5-24. 2005

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1962

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2ª edição. Renovar. Rio de Janeiro, 2008

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1991

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2012

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense. Rio de Janeiro, 2014

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Ridendo Castigat Moraes. eBook. 2002. p. 326

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Editora Coimbra. Coimbra, 2002

CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. 2003. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship. pp. 683-685

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Editora UFMG. Belo Horizonte, 2002

COLÓN-RIOS, Joel I. *The end of the constitutionalism-democracy debate*. Comparative Research in Law & Political Economy. vol. 5. nº 1. 2009

COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Ieje. São Paulo, 2001

DIXON, Rosalind. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPER NO. 348. The University of Chicago, 2011

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Martins Fontes. São Paulo, 2011

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press. New York

_____. *Uma questão de princípio*. Martins Fontes, São Paulo, 2011. p. 101

_____. *Contitutionalism and Democracy*. European Journal of Philosophy. v. 3. 1995

_____. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton University Press. New Jersey, 2006

_____. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford University Press. 1984

ELY, John Hart. *Toward a Representative-Reinforcing Mode of Judicial Review*. Maryland Law Review. vol. 37. 1978

FALLON JR., Richard H. *The core of an uneasy case for judicial review*. Harvard Law Review. vol. 121. 2008

FEREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Law and Contemporary Problems. vol. 65. 2002

FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. Syracuse Law Review. vol. 57. 2007

FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review. vol. 91. 1993

_____. *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. University of Cincinnati Law Review. vol. 72. 2004

_____. *The Politics of Judicial Review*. Texas Law Review. vol. 84. 2005.

_____. *Mediated Popular Constitutionalism*. Michigan Law Review. vol. 101. 2003

GAMA, Gustavo da. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Impetus. 2013

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. Companhia das Letras. São Paulo, 2002

GARDBAUM, Stephen. *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge University Press. New York, 2013

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998

HOGG, Peter. W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal. vol. 35. 1997

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

LAIN, Corinna Barrett. *Upside-Down Judicial Review*. The Georgetown Law Journal. vol. 101. 2012

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4ª edição. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 1988

LEITE, Fábio Carvalho. *1891: a matriz político-institucional da República no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2002

LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. The Macmillan Company. New York, 1942

LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio*. Revista Quaestio Iuris, vol.05, nº 01

MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Companhia Editora Nacional. São Paulo, 1934

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – Departamento de Ciência Política. São Paulo, 2008

_____. *Projeto de uma corte deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. pp. 53-73

MENDES, Gilmar Ferreira. *O uso da reclamação para atualizar jurisprudência em controle abstrato*. Observatório da Jurisdição Constitucional. vol. 1. Mai/2013. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/857/607>

MENDONÇA, Eduardo. *Governo da Maioria, Jurisdição Constitucional e Democracia: A Fronteira Dinâmica entre Direito e Política*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro -Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2014

NAGEL, Robert. F. *Judicial Supremacy and The Settlement Function*. William and Mary Law Review. 1998

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press. New Haven, 1996

PILATI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008

_____. *Constituintes, Golpes e Constituições: Os caminhos e descaminhos da formação constitucional do Brasil desde o período colonial*. In: GOMES, Marcos Emílio (org.). *A Constituição de 1988, 25 anos: A Construção da Democracia & Liberdade de Expressão – O Brasil Antes, Durante e Depois da Constituinte*. Editora Instituto Vladimir Herzog. São Paulo, 2013

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação: Política, direito e democracia no Brasil*. [e-book]. Elsevier Editora. Rio de Janeiro, 2012

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (org.). *The Constitution in 2020*. Oxford University Press. 2009

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2ª edição. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1991

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2002

SARMENTO, Daniel. *Trajetória Constitucional Brasileira*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010

_____. *Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 88*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010

_____. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. 2ª tiragem. Lúmen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2010

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª edição. Malheiros. São Paulo, 1999

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013

STRUCHINER, Noel. *Algumas “Proposições Fudrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*. In: MAIA, Antônio Cavalcanti, CAMPOS MELLO, Carolina de, CITTADINO, Gisele, POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2010

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar. Rio de Janeiro, 1999

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton. New Jersey, 1999

_____. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton University Press. New Jersey, 2008

_____. *Dialogic Judicial Review*. Arkansas Law Review Vol. 61:205, 2008

WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. 2006.

WILLEMANN, Mariana Montebello. *Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Público, n. 40. 2013

WHITTINGTON, Keith. *Constructing a New American Constitution*. Constitutional Commentary. vol. 27. 2010