

2

Elementos da Análise Institucional

2.1

Introdução

Somente com a consolidação de dados e de conhecimentos sobre a Corte Constitucional é possível ter segurança metodológica para traçar sua postura político-institucional (HALL, 2005). Essa afirmativa de Kermit L. Hall, em linha com o estudo de Barry Friedman,¹⁴⁵ sugere que a pesquisa empírica não pode ser dispensada quando se quer definir o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade e identificar o melhor método para aplicar o direito.

A análise institucional há muito tempo faz parte da teoria da interpretação e da preocupação dos tribunais.¹⁴⁶ O advento do Direito Constitucional parece ter impulsionado esse tipo de análise, como indicaria o nível de divulgação a que chegou o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen no início do século XX sobre qual instituição deveria ter a última palavra a respeito da norma constitucional

¹⁴⁵ Barry Friedman (2004) conclui que dificilmente a Suprema Corte vai modificar sua maneira de agir em razão de argumentos teóricos defendendo uma ou outra direção (p. ex, pelo não formalismo ou pelo formalismo). Friedman demonstra que as principais correntes de pensamento norte-americanas, os liberais e os conservadores, ora defendem uma interpretação formalista, ora uma interpretação não formalista pela Suprema Corte, dependendo do perfil (conservador ou liberal) da Corte e do perfil majoritário do Parlamento e do Poder Executivo. Por isso, propõe que mais importante do que propor como a Corte deva se comportar caso a caso ou de tempos em tempos, é analisar o papel efetivo da Corte na ordem jurídica e, a partir daí, definir as normas jurídicas e o comportamento do jurista frente ao Direito Constitucional.

¹⁴⁶ Mais contemporaneamente, por exemplo, cite-se a relutância do Supremo Tribunal Federal em fazer um uso mais efetivo do mandado de injunção, sob crítica quase uníssona da doutrina brasileira. Os ministros do STF, responsabilmente, têm receio não só de sua legitimidade, mas principalmente de sua capacidade de normatizar um determinado direito constitucional, tendo em vista a quantidade de dados que teriam que colher e processar, muitos deles alheios à sua *expertise*, e a amplitude das consequências que advirão dessa normatização. Afinal, há autorização constitucional expressa que permitiria concluir que podem efetuar-la. Daí a conclusão de que o fundamento não esteja, propriamente ou principalmente, no âmbito da legitimidade, mas sim na percepção responsável dos limites da sua própria capacidade. Outro exemplo é a postura majoritariamente deferente aos atos administrativos por parte do Judiciário brasileiro. Dentre outros motivos, é fruto não só do reconhecimento da atribuição constitucionalmente conferida à Administração Pública, mas também por reconhecer a especialização e maior capacidade desta nos assuntos administrativos quando comparado ao órgão jurisdicional. Cf. *Anuário da Justiça Brasil 2012* (CONJUR, 2012) e os números da pesquisa *As Inter-relações entre o Processo Administrativo e o Judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica, do plano da concorrência econômica e da eficácia da Regulação Pública* (FERRAZ JUNIOR et.al., 2011).

(SCHMITT, 2007 e KELSEN, 2007, especialmente pp. 119-209 e 237-298). Ali já se tinha a percepção de que tão ou mais importante do que estudar o significado das normas constitucionais é estudar quem deve dizer o que elas significam.

Entretanto, é possível identificar análises institucionais, no que toca à aplicação do Direito, bem mais antigas que a discussão entre Schmitt e Kelsen. Lembre-se do debate entre Jeremy Bentham e William Blackstone (BENTHAM, 1776), na segunda metade do século XVIII, a respeito da capacidade de o Judiciário fazer e atualizar leis (*case law*), criticada por Bentham, e a respeito da mesma análise sobre o Legislativo, criticado por Blackstone. Bentham vê na codificação uma economia de esforços (tempo e recursos) para identificar a lei aplicável – localizar a norma e saber se há alguma outra que contrasta com ela, tendo-a revogado –, bem como para a evolução do direito. Critica ferrenhamente a vinculação aos precedentes judiciais (*case law*).¹⁴⁷ As passagens bíblicas citadas neste trabalho também revelariam remontar à antiguidade a análise institucional no campo jurídico.

Herbert L. A. Hart retoma o estudo de Bentham exposto acima e o complementa. Embora no texto original de *O conceito do direito* não fiquem bem reveladas suas análises institucionais, o pós-escrito juntado ao mesmo trinta e dois anos após é mais explícito.¹⁴⁸ Outro exemplo da atenção às capacidades institucionais e aos efeitos colaterais das suas decisões é o seu artigo "A teoria do direito norte-americano pelos olhos ingleses: O pesadelo e o nobre sonho" (2010, pp. 137-161). Essas considerações institucionais, e não apenas sua teoria

¹⁴⁷ Basta uma visita a um escritório de advocacia estadunidense para verificar que Bentham estava com a razão, pelo menos sob o aspecto da facilidade em descobrir a norma aplicável e a economia de recurso e tempo nessa tarefa num sistema jurídico codificado. Interessante conferir o *West Law*, o trabalho e recursos que oferece e o custo de sua assinatura anual.

¹⁴⁸ Por exemplo, (HART, 2007, pp. 338-339): "a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos EUA, os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis (*extensive powers of review*), um órgão legislativo *democraticamente eleito* pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político (*Government*)".

conceitual-valorativa do direito¹⁴⁹ – sua concepção sobre o direito, sobre a democracia e sobre a linguagem –, certamente contribuíram para que adotasse uma metodologia interpretativa juspositivista. Além disso, Hart (2010, pp. 145-148) critica, assim como Vermeule, o movimento que pretendeu a substituição do *formalismo* "por uma atenção vívida, realista à experiência, à vida, ao crescimento, ao processo, ao contexto e à função [do direito e da matéria regulada]", que ataca "o 'uso excessivo' da lógica por alguns juristas norte-americanos discutindo o raciocínio judicial (*judicial reasoning*)". Também como Vermeule, embora muito antes dele, Hart (2010, p. 146) já criticava a postura bastante comum entre os estadunidenses de considerar "um vício do formalismo" decisões que interpretavam de maneira muito restrita grandes conceitos/concepções ou princípios, como o *due process*. Apesar de possuir algumas conclusões semelhantes às do institucionalismo, é verdade que o institucionalista irá discordar da posição de Hart de defender caber ao juiz identificar a hiperinclusão e a hipoinclusão de situações na regra jurídica, a fim de excluí-los ou incorporá-los à sua cogência, criticando o excesso de formalismo (HART, 2007, pp. 139-149; 2010, pp. 115-116). O juiz agiria, assim, em correição (ou complementação) à atividade do legislador. Tarefa necessária porque o legislador não apenas decide previamente os casos que irá regular, mas também no escuro (*in the dark*). Ele não profetiza as peculiaridades que cada caso a ser englobado pela regra jurídica terá. Daí a importância, para Hart, da atividade discricionária do juiz, especialmente sobre os conceitos jurídicos indeterminados,

¹⁴⁹ Hart considera problemático conceitualmente adotar uma perspectiva do direito que não seja positivista. Cf. Hart (2007). Confirma, ainda, pela importância: "A incapacidade de a lei humana se conformar a esses princípios da razão prática [à moral] fará com que ela se torne imperfeita ou perversa, em diferentes graus, mas não irá, como em algumas versões do direito natural (que Finnis considera distorções), despojar tais leis de seu *status* jurídico, embora possam ser consideradas 'menos jurídicas' por causa disso. (...) O mérito principal – e notável – dessa abordagem do direito natural é que mostra a necessidade de se estudar o direito no contexto de outras disciplinas e desperta a atenção para o modo como pressupostos não declarados, senso comum e objetivos morais influenciam o direito e entram no julgamento (*adjudication*). Mas essas lições valiosas podem ser ensinadas de outras formas, e minha objeção a elas serem apresentadas sob uma forma renovada de teoria do direito natural (além de minha discordância quanto à sua teoria subjacente de valores objetivos autoevidentes) é a de que sua ênfase em uma forma de direito que satisfaz as exigências da razão prática como 'questão central' [*central case*] e o 'significado focal' do direito, e o tratamento de um direito moralmente mau como 'menos jurídico', irá trazer novamente à tona antigas confusões entre o direito e os parâmetros apropriados para a sua crítica" (HART, 2010, pp. 12-13). Sobre os graves problemas gerados por interpretações não formalistas para a crítica do direito pelas instituições externas ao Judiciário, ver Ingeborg Maus (2000) e Jürgen Habermas (2010, especialmente pp. 113-154, 241-295 e 314-329).

a "textura aberta do direito" e os princípios constantes do texto normativo. O institucionalista alerta, contudo, que, observado o plano operacional, essa complementação/correção defendida por Hart pode ser mais danosa do que útil.

O mesmo pode ser dito, com mais ênfase e certeza, a respeito de Hans Kelsen. Kelsen não era apenas um jurista e um filósofo, era um cientista político e social também – dentre outros adjetivos (SGARBI, 2006, p. 31). A análise institucional que empreendeu não se restringiu ao âmbito do Direito Constitucional, já mencionado; foi muito mais ampla.¹⁵⁰ O posicionamento filosófico de Kelsen (o relativismo), adotado não só por elucubrações teóricas, e a sua conclusão a respeito da capacidade das instituições (políticas e jurídicas) na produção e aplicação do Direito certamente fizeram com que ele adotasse, também, o positivismo jurídico.

Poder-se-ia, então, questionar: se todos esses autores fizeram a análise institucional, qual a novidade? A novidade é a exigência de se fazer uma análise institucional empírica imparcial, e não apenas teórica ou moral (valorativa), evitando o encantamento com algumas instituições e um olhar excessivamente crítico sobre outras. Também está no fato de exigir que seja considerado que as instituições são falíveis e que têm graus diferenciados de limitação e falibilidade. A qualidade do direito dependerá da utilização por elas do tipo de interpretação que melhor conseguem aplicar. É comum, mesmo entre grandes estudiosos do direito, e mesmo entre aqueles que fazem uma análise das capacidades das instituições, o desenvolvimento de técnicas interpretativas levando em conta o que as instituições deveriam ser. Ou levando em conta o que elas deveriam ser capazes de fazer, tendo em vista a função para a qual foram desenhadas. As teorias sobre estratégias de interpretação, em geral, deixam o problema da falibilidade institucional e humana de lado, trabalham num cenário ideal, como se fosse problema apenas da instituição julgadora ter falhas e contingências e ser obrigada a superá-las. Entretanto, como isso repercute concretamente no resultado da aplicação do direito, a falibilidade e as limitações das instituições também são problemas do teórico da interpretação. Para que sua doutrina seja útil, deve levá-las em conta.

¹⁵⁰ Cf., p. ex., os diversos artigos de Kelsen insertos em *A democracia* (2000).

Por outro lado, quando os estudiosos levam em conta a falibilidade das instituições, geralmente têm uma visão estereotipada delas, fazendo apenas uma análise abstrata de suas qualidades e defeitos, superestimando as capacidades do Judiciário e subestimando as do Legislativo e da Administração Pública. Isso é verdade nos EUA (VERMEULE, 2006, pp. 16-18), como também no Brasil – talvez mais no Brasil, conforme se verifica das obras nacionais já citadas. Ou, então, os estudiosos, ao fazerem uma análise empírica, comparam o pior cenário de uma instituição com o melhor cenário de outra.¹⁵¹

Voltemos aos autores clássicos. Na época de Bentham, Schmitt e Kelsen, provavelmente não fossem tão relevantes esses dados concretos a respeito da capacidade interpretativa das instituições. O motivo seria a reduzida quantidade de matérias submetida a elas, o pouco número de juízes e a menor possibilidade de as questões submetidas ao tribunal terem grave repercussão na vida da sociedade como um todo, o que ocorre geralmente com o advento do Direito Público moderno – o qual começou a ter uma maior amplitude apenas no século XX.¹⁵²

Outro motivo comum para estudiosos do direito não fazerem a análise institucional como defendemos é o fato de pretenderem apenas desenvolver uma teoria de valor ou uma teoria da interpretação teórico-valorativa, como é o caso de

¹⁵¹ Adrian Vermeule (2006, p. 17) exemplifica com a obra *Law and Disagreement*, de Jeremy Waldron (1999, pp. 31-32). Waldron, com a sua pesquisa e análise empírica, deixa o Legislativo muito mais atraente e o Judiciário muito menos atraente do que realmente seriam se fosse feita uma pesquisa simétrica. Nesta obra, Waldron examina como os órgãos do Legislativo ajudam a resolver desacordos políticos insolúveis em outras esferas institucionais, tal qual o Judiciário. Em defesa de Waldron, pode-se aduzir que o Legislativo é visto pelos juristas em geral de forma tão estereotipada e negativa que era preciso, para tentar reverter um pouco essa situação, ressaltar circunstâncias nas quais o Legislativo atua com muito mais qualidade e eficiência do que o Judiciário. Ademais, trata-se de obra pioneira na análise contemporânea das capacidades sistêmicas do Legislativo. Por isso e pela qualidade da pesquisa, virou uma obra de referência sobre o tema.

¹⁵² Embora a morte de Kelsen (1973) e Schmitt (1985) tenha ocorrido apenas perto do final do século XX, seus principais ou mais intensos estudos sobre as atribuições das instituições responsáveis pela criação e aplicação do Direito ocorreram antes da segunda metade do século XX. A *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que praticamente condensa a obra de Kelsen, que somou 483 títulos (CUNHA, 2007, p. VII), foi publicada em 1945. A *Tiranía dos valores* de Schmitt, por outro lado, em que indica os perigos da filosofia dos valores e da tentativa de hierarquização de valores, e que, portanto, tem repercussão clara sobre qual instituição deve dizer e aplicar os valores na sociedade, foi publicada em 1960, algum tempo depois do ostracismo do autor. Para ilustrar essa obra de Schmitt, citamos o seguinte trecho: "O valor maior tem o direito e até mesmo o dever de submeter o valor inferior, e o valor, como tal, tem toda a razão de aniquilar o sem valor como tal." (SCHMITT, 1961, p. 75).

Ronald Dworkin.¹⁵³ A obra de Carlos Maximiliano (2011), para citar a talvez melhor obra de interpretação jurídica já escrita no Brasil, em caminho semelhante, teve objetivo claro de ensinar a arte de buscar instrumentos interpretativos e de auxiliar o intérprete, ao explicitar vários deles. Maximiliano poucas vezes distingue o juiz do administrador público e do legislador. Embora estivesse preocupado em aconselhar os juízes em sua tarefa, como fica explícito quando trata da aplicação do Direito Constitucional, Maximiliano se mostra mais interessado em ensinar como se deve interpretar o direito em geral, seja qual for o intérprete.

Mas existem também fatores mais gerais que fazem com que grandes pensadores do direito tendam a negligenciar o aspecto institucional – questões institucionais importantes – quando da definição de uma estratégia interpretativa (VERMEULE, 2006, p. 36). O primeiro deles seria a necessidade de a autoridade administrativa e o juiz darem uma resposta definitiva à questão posta. Embora, no Brasil, a jurisdição (dizer o direito de maneira final) esteja reservada ao Judiciário, é certo que a maioria das questões submetidas e decididas pela autoridade administrativa não chegam a ele. Isso é especialmente correto quando a decisão administrativa é favorável ao requerente. Portanto, a execução do direito, a sua aplicação concreta faz com que o aplicador do direito encare a sua tarefa como sendo de consequência definitiva. O que leva à conclusão de que não só ele, mas também quem pensa a respeito dessa tarefa (os teóricos da interpretação) tenham essa postura. Se assim, o caminho intuitivo ou até mesmo a primeira conclusão lógica a que chegam (*first-best considerations*) é que se questionem como deve a norma sob análise ser aplicada. A propósito, esta é a pergunta central do ensino das faculdades de direito. Nós somos questionados, a todo tempo, sobre qual é o direito e não "Diante da sua limitação de conhecimento sobre a matéria, capacidade de processamento das informações necessárias para se obter o melhor direito e considerando a limitação de tempo para decidir, como você deve aplicar essa norma jurídica?". Concluindo, a nossa cultura acadêmica e a exigência da mencionada postura pelo juiz e pela autoridade administrativa tiram o foco do

¹⁵³ Dworkin (1997, pp. 363-364), inclusive, critica a doutrina interpretativa de Richard Posner, que é institucionalista, além de pragmatista (*everyday-pragmatism*), justamente por não ter uma teoria de valor quanto ao que seja o melhor resultado ou a melhor decisão. Dworkin, conscientemente, apenas visa desenvolver uma interpretativa teórica valorativa e, nisso, é muito bem sucedido.

aspecto institucional (a sua capacidade interpretativa e a análise dos efeitos sistêmicos de cada tipo de interpretação adotada), negligenciando-o.

Essa postura é reforçada pela doutrina especializada. Como é especializada, naturalmente espera e exige o mesmo do julgador do assunto que trata (o juiz), bem como uma decisão perfeita (a mais perfeita possível). O problema é que o juiz nem sempre é especializado e, na maioria das vezes, nem foi desenhado para ser – pelo menos não no nível exigido para ser um grande doutrinador, como ocorre na cátedra.¹⁵⁴ Por isso, quando criticam uma decisão como formalista, conservadora/não progressista, mecânica, sem a suficiente atenção às nuances da matéria e sua história, os doutrinadores costumam negligenciar o fato de que o juiz, muitas vezes, é um generalista e que poderia ser perigoso tentar decidir como se especialista fosse. Agindo formalmente, "mantendo-se próximo ao significado aparente" do texto legal, os tribunais incrementam o risco de cometerem erros de um mesmo tipo, mas, por outro lado, diminuem o risco de cometerem erros de vários outros tipos (VERMEULE, 2006, p. 37). Por exemplo, a atitude não formalista e ambiciosa pode levar ao erro de não entender adequadamente os objetivos e propósitos almejados com a regra legal; de considerar normas mais delicadas, como as de Direito Regulatório ou de políticas públicas, como sendo absurdas; e o de errar a previsão quanto às consequências de sua postura interpretativa e da sua decisão no caso particular.

Ligado ao primeiro fator descrito, uma questão ética também faria com que os aspectos institucionais fossem negligenciados pelos teóricos e juízes: a possibilidade de a aplicação formalista da regra jurídica criar situações absurdas ou injustas. Como não seria admissível uma aplicação do direito desse tipo, pouco

¹⁵⁴ Da leitura das obras e dos casos judiciais levantados neste trabalho, é possível depreender que o Judiciário foi projetado, em geral, para ser generalista. No que toca ao Direito Administrativo, isso é ainda mais verdadeiro. Como generalista ele serviria à sua função de controle de legalidade sem, no entanto, sentir-se à vontade para substituir as outras instituições – Legislativo, Executivo, sociedade civil, inclusive no que toca à definição da moral, costumes etc. Um magistrado com boa formação jurídica geral seria capaz de identificar uma ilegalidade ou inconstitucionalidade (relevante) cometida pelo Poder Público, pelo menos na maioria dos casos. Dar a palavra final a um órgão de controle generalista talvez seja melhor do que fazer o mesmo a um órgão de controle muito especializado ou tão especializado quanto às instituições controladas. Especialistas os órgãos controlados já possuem, e são também compostos por agentes públicos com garantias de vencimento e estabilidade, tal qual o Judiciário, pelo menos no Brasil. Não seria adequado nivelar ou exigir uma especialidade do Judiciário equivalente à da Administração Pública não apenas por uma questão preservação da competência de cada instituição, mas também por uma questão econômica e de preservação das características do próprio órgão de controle. Esse ponto será retomado no Capítulo 3.

importaria se a instituição julgadora tem uma grande, pequena ou não confiável capacidade de interpretação, porque não poderia agir de maneira formalista e gerar um resultado injusto ou absurdo. Contudo, o que esse tipo de preocupação negligencia é o fato de que, justamente em razão da limitação da capacidade de acesso a informações e de processá-las (além da falibilidade humana) da instituição julgadora, esta pode concluir que um resultado é injusto ou absurdo quando na verdade ele não é. Esse tipo de erro gera consequências negativas ao direito como um todo – como uma maior insegurança quanto ao significado das normas jurídicas, geração de desestímulo ao gestor público ou ao órgão regulador para adoção de medidas equivalentes à anulada, restringindo-as por longo tempo e empobrecendo políticas públicas/regulatórias. Também pode gerar um direito ruim para a hipótese sob julgamento. Ainda que realmente fosse um resultado injusto ou absurdo,¹⁵⁵ o melhor poderia ser, do ponto de vista do direito como um todo, o seu cumprimento. Nesse ponto, podem ser arguidos os estudos referentes ao debate ético a respeito do consequencialismo-regra e consequencialismo ato a ato.¹⁵⁶ Por outro lado, existem casos concretos em que foi justamente a adoção de interpretação não formalista que levou a um resultado absurdo. Cite-se o caso das sentinelas do Muro de Berlim e sua condenação por assassinato após o fim do regime comunista, cuja legislação não só previa a possibilidade do assassinato como o determinava em algumas hipóteses. Esse caso será tratado melhor no Capítulo 3.

Poder-se-ia pensar, por fim, que resultados absurdos semelhantes acontecem diariamente, talvez em muito maior número, sem que o tribunal seja chamado para arbitrar (SCHAUER, 2009); que, dada a limitação humana, o objetivo do direito seria acertar no mais das vezes e não sempre, sob o risco de gerar graves consequências sistêmicas à sua aplicação; ou, ainda, que a questão a ser posta não

¹⁵⁵ No Capítulo 3 será visto que dificilmente de uma interpretação formalista resultará um resultado absurdo. As normas jurídicas e as técnicas jurídicas, se bem empregadas, dificilmente ou nunca levariam a um resultado absurdo ou extremamente injusto. Cf., no Capítulo 3, o exemplo do julgamento dos marinheiros náufragos que mataram um deles para poder sobreviver, bem como a saída formalista indicada por Robert Alexy (2003b) para a absolvição dos atiradores do Muro de Berlim, opondo-se à interpretação não formalista desenvolvida pelo Judiciário alemão, que levou a um direito injusto no caso. Cf. o julgamento do recurso dos condenados alemães à Corte Europeia de Direitos Humanos *K.-H. W. vs. Germany (Application no. 37201/97)*.

¹⁵⁶ Cf. obra referência neste debate: Brad Hooker (2003). Pontua que, no mundo real, mesmo do ponto de vista moral (ético), é melhor adotar uma postura padrão que gere um ganho maior no todo, apesar de gerar eventuais perdas ou erros, do que adotar uma postura a cada caso analisado, visando o maior ganho para cada um deles.

é se a aplicação é absurda ou não, mas quem tem a competência para dizer se a consequência é absurda ou não.¹⁵⁷ Em conclusão: a percepção ética inicial no sentido de se dever buscar evitar resultados absurdos com a aplicação do direito não afasta a necessidade da análise institucional para decidir sobre a melhor técnica interpretativa.

Nos últimos 25 anos, voltou a surgir o interesse pelo institucionalismo no direito, impulsionado por vários fatores, como o incremento de estudiosos especialistas em métodos empíricos de vários tipos, a análise econômica do *custo de transação*,¹⁵⁸ a ascensão da análise econômica comportamental (*behavioral economics*),¹⁵⁹ a ampliação da ambição e dos objetivos da teoria política positiva ou explicativa (*positive political theory*)¹⁶⁰ (VERMEULE, 2006, p. 64). Desenvolveram-se, portanto, estudos e instrumentos, trazidos da economia e da estatística para o direito, muitos deles anteriormente dirigidos à análise política e sociológica, que permitem a análise institucional empírica imparcial necessária a uma definição de estratégia interpretativa preocupada com a aplicação do direito no mundo real.

2.2

O papel e os limites da jurisdição constitucional: o controle judicial da política e a base política que lhe dá suporte

¹⁵⁷ Essa a posição adotada na Suprema Corte dos EUA, em 1813, no muito debatido caso *Locke vs. United States*. Cf. Frederick Schauer (2009, loc. 1999-2047).

¹⁵⁸ A análise de custo de transação considera todos os custos envolvidos numa operação, inclusive os indiretos e reflexos, e não apenas os custos diretos. Cf. Carl J. Dahlman (1979).

¹⁵⁹ Ramo da economia que estuda as escolhas de indivíduos e instituições, tendo como preocupação principal a limitação da razão dos mesmos e o reflexo das suas escolhas sobre o preço de mercado de um produto ou serviço, lucro e sobre a alocação de recursos. Cf. Eldar Shafir e Amos Tversky (1992).

¹⁶⁰ Estuda a política usando métodos formais – p. ex.: a teoria da escolha social, a teoria dos jogos e análise estatística. Os métodos teóricos de escolha social são bastante usados para analisar e descrever de modo inquestionável o desempenho de regras ou instituições. Seu desempenho é, depois, analisado pela teoria dos jogos. Nessa análise da teoria dos jogos, envolvem-se indivíduos ou países em uma determinada interação. Eles são modelados como agentes racionais que jogam um jogo guiado por interesses próprios. O resultado das interações desses indivíduos ou países pode ser previsto com base na hipótese analisada, partindo do pressuposto de que seria um equilíbrio do jogo. Cf. J. Ferejohn (1995).

2.2.1

O papel da política na definição da teoria constitucional institucional: lições de Stephen M. Griffin

O objetivo do presente subcapítulo é assentar o pensamento de Stephen M. Griffin e seu debate com autores relevantes para o institucionalismo, como Cass Sunstein, Mark Tushnet e Bruce Ackerman, a fim de incorporar suas reflexões institucionais do plano constitucional na teoria interpretativa institucional. Os Estados Unidos contam com uma Constituição Federal de mais de duzentos anos, possuem uma organização jurisdicional parecida com a brasileira, inclusive quanto ao seu tribunal supremo, que garante o cumprimento da Constituição, mas possui extrema dificuldade para editar emendas a ela, dada a hipermaioria exigida pelo seu artigo V. Isso faz com que os EUA sejam um "laboratório" riquíssimo para o constitucionalismo brasileiro, porque grandes problemas constitucionais que nos afligem também afligem ou afligiram os EUA, geralmente de modo mais amplo e intenso ou numa escala mais ampla do que no caso brasileiro. E não só é mais fácil enxergar possíveis problemas de uma teoria numa ampliação, como também localizar as prováveis soluções.

Interessam ao nosso caso, especialmente, os seguintes conceitos e concepções trabalhados por Griffin: *i)* "teoria constitucional"; *ii)* "constitucionalismo"; *iii)* relação entre os poderes para a manutenção da ordem constitucional; *iv)* "momentos constitucionais"; *v)* "*judicial review*"; *vi)* "democracia de direitos", *vii)* a regra do caso duvidoso e *viii)* a relação entre direito e política da época da *founding generation*.

A fim de buscar a compreensão dos conceitos acima, após um relato sobre as publicações e os aspectos gerais do pensamento e metodologia de Griffin, será levantada sua análise acerca da segunda das duas principais perguntas que, na concepção dele, devem ser respondidas por uma teoria constitucional: 1ª) "O que a Constituição significa?" 2ª) "Quem decide o que ela significa?". Nos últimos anos, esta questão cresceu em relevância nos EUA, havendo maior urgência em ser respondida do que a primeira, dada a configuração institucional e política daquele país.¹⁶¹ A referida escolha também se justifica porque é a que ilustra a

¹⁶¹ Situação bastante similar à do Brasil na primeira década do ano 2000. Nesse sentido, veja José Ribas Vieira (2010, pp. 160 e 164).

importância e o papel da *política* na configuração, manutenção e desenvolvimento do constitucionalismo – sendo um dado indispensável para a análise institucional. Também será enfrentada a questão de qual é a Constituição dos Estados Unidos hoje. Esta questão, que não deve ser respondida com açodamento, é útil para iluminar a função de cada instituição na proteção e aplicação das normas constitucionais. Para tentar responder a segunda pergunta acima, Griffin vai questionar o *judicial review* (controle judicial de constitucionalidade), no que toca à concepção, legitimidade e características que detém hoje, além da configuração e papel que deveria ter no sistema constitucional norte-americano hodierno.

American Constitutionalism: from Theory to Politics. O estudo do constitucionalismo americano de Griffin é feito sob uma perspectiva crítica. Assevera que, ao contrário do que se costuma afirmar em seu país, o constitucionalismo americano não se reduz à norma constitucional e muito menos ao que a Suprema Corte diz. Engloba questões que geralmente não costumam surgir em processos judiciais, por dizerem respeito ao objetivo apropriado e concepção do sistema constitucional como um todo – a natureza do constitucionalismo norte-americano, a validade da doutrina da soberania popular, a relação da Constituição com o desenvolvimento da política estadunidense, por exemplo (GRIFFIN, 1996, pp. 4-6).

Griffin afirma claramente que existe *a Constituição do presente e uma versão antiga* do mesmo documento – referindo-se à Constituição ainda em vigor formalmente nos EUA, promulgada em 1787. Haveria uma evolução do constitucionalismo norte-americano, que seria moldado historicamente e politicamente, haja vista que, como dito acima, o constitucionalismo não se limitaria ao Direito Constitucional (*constitutional law*).

Dessa forma, e como indica o título do livro que publicou em 1996,¹⁶² *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Griffin tenta desvendar o constitucionalismo norte-americano e formular sua teoria constitucional por meio de uma análise histórica e política, lançando mão de estudos da história e de ciência política. O livro citado trouxe uma contribuição original à teoria

¹⁶² Parte dele derivado de artigos anteriores: "Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics" (em *Oxford Journal of Legal Studies* 10, 1990, p. 200); "Bringing the State into Constitutional Theory: Public Authority and the Constitution" (em *Law and Social Inquiry* 16, 1991, p. 659); "How to Analyze the American State" (em *Law and Social Inquiry* 16, 1991, p. 731); "Pluralism in Constitutional Interpretation" (em *Texas Law Review* 72, 1994, p. 1753).

constitucional americana, na forma de uma breve introdução à matéria, uma introdução crítica. Curiosamente, apesar da grande quantidade de estudos constitucionais, dificilmente encontra-se uma introdução geral ao constitucionalismo americano, mas apenas coletâneas sobre o assunto.

American Constitutionalism: From Theory to Politics é uma tentativa de quebrar a barreira que biparte a teoria constitucional entre direito e ciência política. Enquanto os cientistas políticos contribuem para a teoria constitucional frequentemente discutindo o trabalho de juristas, o favor não é, geralmente, retribuído.¹⁶³ Esse estudo visa integrar o direito e a ciência política: leva a sério a ideia da política e tem em mente que a interpretação legalista do constitucionalismo americano tem seus limites.¹⁶⁴ Esse é um ponto importante porque, apesar de os constitucionalistas brasileiros geralmente terem certo domínio da ciência política, muitos deles abstraem a participação da política na aplicação do Direito Constitucional – na sua sustentação, coercibilidade e desenvolvimento.

Griffin deixa claro que a teoria constitucional é um campo autônomo (*independent*) de pesquisa. Não depende das decisões da Suprema Corte para moldar a sua agenda, nem é essencialmente um aspecto da filosofia política ou da filosofia do direito. É um estudo primeira e principalmente sobre o constitucionalismo, uma *prática política distinta* que merece um estudo mais próximo do que o até agora feito. É um campo separado de pesquisa científica.

Nota-se em seu livro um esforço para anular o sentimentalismo patriótico dos estudos a respeito do constitucionalismo estadunidense, como a seguinte

¹⁶³ Sobre a "arrogância" ou negligência dos juristas quanto às demais ciências sociais, que podem auxiliar ou solucionar questões sociais que o direito não é capaz de resolver, confira Daniel Almeida de Oliveira (2007), especialmente a "Introdução" e o "Capítulo 2". Nesse ensaio, foi analisado o paradigma do *Direito da Cidade*. Uma das conclusões foi no sentido de que o direito pode preservar sua autonomia científica. Mas, quando os responsáveis pela criação e aplicação do Direito identificassem que as normas jurídicas não são capazes de solucionar uma questão, deveriam verificar se outras ciências seriam capazes de fazê-lo. Poderiam concluir, assim, que o direito não seria de modo algum útil, deixando a relação em questão para ser tratada/disciplinada por outra ciência ou meio de regulação social; ou que o Direito Positivo e a ciência do direito poderiam ser úteis, determinando a área de atuação de cada ciência e/ou definindo como cada uma delas poderia contribuir para a solução da questão.

¹⁶⁴ Dessa maneira, dedica-se ao conceito de Estado, concentra-se na importância das instituições, discute o comportamento observado nos julgamentos ou questões surgidas a partir de crises e reformas constitucionais – procedimento incomum a autores de Direito Constitucional. Mas também não deixa de tratar daquilo que os juristas consideram o núcleo da teoria constitucional, especialmente nos capítulos 3, 4 e 5.

passagem demonstra: "*Scholars may be patriotic, but they should not be blind to the weaknesses of American constitutionalism and the discontinuities in the American constitutional tradition.*" (GRIFFIN, 1996, p. xi) (Estudiosos podem ser patrióticos, mas eles não devem ser cegos diante da fraqueza do constitucionalismo norte-americano e das discontinuidades na tradição constitucional norte-americana).

Até o advento das "decisões marco" da Corte Warren e da Corte Burger, tais como *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954]) e *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113 [1973]), a teoria constitucional limitava-se ao que se notava e se estudava das mais gerais e abstratas questões colocadas pelo Direito Constitucional. O posicionamento destas Cortes – da Suprema Corte nos períodos em que sua presidência foi ocupada por Warren e por Burger –, assumindo o prosseguimento de um curso firmemente ativista na derrubada de legislação estadual e federal pela revitalização da doutrina do devido processo legal substantivo, ou seja, tomando decisões polêmicas, desencadeou na doutrina um dever de elaborar teorias do *judicial review* e de interpretação constitucional. Objetivavam aliviar o conflito ou a insegurança jurídica gerado por tais decisões. Em meados da década de 1980, já se notava que o debate sobre estas teorias havia criado um empreendimento doutrinário autossustentável, que era independente, em certa medida, das decisões da Suprema Corte.

O constitucionalismo americano não se reduz à norma constitucional e muito menos ao que a Suprema Corte diz. Engloba questões que geralmente não costumam surgir em processos judiciais, por dizerem respeito ao objetivo apropriado e concepção do sistema constitucional como um todo – a natureza do constitucionalismo norte-americano, a validade da doutrina da soberania popular, a relação da Constituição com o desenvolvimento da política estadunidense, por exemplo (GRIFFIN, 1996, p. 4-6). Por isso, Griffin deixa claro que o *constitucionalismo* americano é o objeto principal e primeiro de estudo, e não o Direito Constitucional.

Olhando para o papel que o constitucionalismo tem na política e na história norte-americanas, três grandes questões sugerem-se como sendo objeto da teoria constitucional: 1ª) Como os americanos fizeram a adequação da Constituição de 1787 ao presente? Qual é a relação entre a Constituição do presente e aquela antiga versão do mesmo documento? Além disso, o que esta relação tem a nos

dizer sobre a natureza do constitucionalismo norte-americano?; 2ª) Qual é a relação entre a Constituição e o sistema político-constitucional no qual ela está inserida? Por exemplo, como a Constituição tem contribuído para o desenvolvimento da política estadunidense?; 3) Quais são as questões surgidas do desenvolvimento do Direito Constitucional realizado pela Suprema Corte?

Na tentativa de responder as questões acima, Griffin lança mão de uma abordagem interdisciplinar. Ele entende a teoria constitucional como sendo um estudo que ficaria entre o processo decisório político-legal e o território mais abstrato ocupado pela filosofia política e pela filosofia do direito. Portanto, a melhor maneira para compreender a Constituição e a tradição constitucional americana seria através do estudo da ideia de *constitucionalismo* – e não da ideia de Constituição ou de Direito Constitucional.

Constitucionalismo seria um processo histórico e político dinâmico, em vez de um estático corpo de pensamento estabelecido no século XVIII. Isso não significa que se devam ignorar os desígnios da *founding generation*. Mas sim que se deve tentar descrever o constitucionalismo americano de uma forma que seja possível compreender o desenvolvimento da Constituição no tempo e o complexo sistema constitucional do presente.

Muitos estudiosos têm feito duas observações sobre o constitucionalismo norte-americano: é uma tentativa de se usar palavras para criar uma ordem política e a proposital concepção de um sistema de instituições específicas para operar a Constituição, a fim de manter aquela ordem pela divisão e controle do poder político. Esta última observação é usada para explicar como o criador (*the former*) é possível. Griffin critica isso, porque tal observação não explica de fato como o constitucionalismo seria plausível, dadas as pressões exercidas pelos políticos e as forças da mudança histórica.

A ideia básica do constitucionalismo americano seria, então, a *condução governamental sob os preceitos da Lei Fundamental*. A Constituição pode controlar o Estado por várias gerações porque é escrita em linguagem geral e é adotada através de um processo político especial que lhe dá uma legitimidade acima e além de qualquer lei ordinária. A dificuldade é explicar exatamente de que forma isso acontece.

Griffin fornece sua opinião: supõe que atores políticos cuidam mais dos seus interesses imediatos do que da preservação do regime constitucional

cuidadosamente equilibrado. Supõe ainda que a linguagem geral da Constituição seja suscetível a uma variedade de interpretações razoáveis. Além disso, supõe que a mudança histórica faz com que o significado original da Constituição seja difícil de ser reavido e também gera uma necessidade premente por uma mudança política fundamental. Nessas circunstâncias, é possível que um governo inteiro seja controlado por uma parte interessada em prosseguir com uma política que estaria em contradição com a Constituição (atual). Em tais situações, não há, evidentemente, meio de exigir o significado original da Constituição. A Constituição (original) poderia, então, ser desconsiderada pelo interesse político.

Mas o problema é mais sutil do que parece. Se a linguagem geral da Constituição pode ser interpretada de diferentes formas, não será necessariamente evidente para qualquer pessoa que o seu significado mudou. Aqueles a favor de uma política que viola a Constituição (atual) provavelmente irão argumentar que a política é coerente com o documento, uma vez entendido corretamente. Igualmente, se a política é favorável a uma esmagadora maioria, a questão sobre sua constitucionalidade pode não vir a ser reconhecida ou, nem mesmo, vir a ser discutida.

Partidos políticos e mudança histórica, então, impõem sérias dificuldades para a ideia de controle do governo por meio da Constituição. Esta dificuldade surge, na opinião de Griffin, porque se tenta fazer uma questionável analogia entre a Constituição e a lei infraconstitucional. A tarefa de controlar o governo e, conseqüentemente, políticas nacionais através de uma Constituição não é a mesma coisa que controlar comportamento individual através de lei ordinária. No caso constitucional, as apostas são muito mais altas e a linguagem e a coercitividade do documento são muito menos exatas. O constitucionalismo americano procura controlar a política democrática, algo que não é facilmente controlável ou influenciável.

O entendimento do constitucionalismo norte-americano como um processo dinâmico, por sua vez, exige resposta a algumas perguntas básicas. Como deve o constitucionalismo ser definido? Como é que ele opera? O que levou a *founding generation* a acreditar que a Constituição funcionaria da maneira estabelecida/desejada por eles? Responder estas perguntas nos força a conectar a concepção abstrata de constitucionalismo com a particular abordagem política prevalente na *founding era* e nos possibilita construir uma *teoria da mudança*

constitucional que situará a Constituição no contínuo fluxo do desenvolvimento da política norte-americana.

Esta abordagem política e histórica do estudo do constitucionalismo americano e da teoria constitucional evita, então, a estática consideração do pensamento da *founding generation* seguido pelo chocante salto para os distantes Estados Unidos do século XX, que caracteriza grande parte do conhecimento constitucional contemporâneo.

Três temas perpassam todo o livro de Griffin: *i*) não se pode ter um verdadeiro avanço em muitos dos debates sobre a teoria constitucional sem proceder a uma investigação do constitucionalismo norte-americano – o que ele é e como opera – e uma teoria da mudança constitucional; *ii*) um firme empurrão contra o perfeccionismo constitucional, a ideia de que a Constituição tem vindo através da história estadunidense intocada ou, ao menos, sem significativas falhas; *iii*) deveríamos adicionar questões de estrutura e reforma constitucional à agenda da teoria constitucional. Como conclui Griffin, as mais urgentes questões do constitucionalismo americano contemporâneo têm a ver com competência constitucional, representação e legitimidade (*constitutional powers, representation, and legitimacy*), em vez dos tradicionais direitos constitucionais, decisão judicial e doutrina (*rights, adjudication, and doctrine*). Os itens "*i*" e "*ii*" revelam ideias fundamentais ao desenvolvimento de uma teoria interpretativa institucional, ideias que não podem ser negligenciadas.

2.2.2

Artigos de Griffin sobre o judicial review

2.2.2.1

Panorama introdutório

Griffin publicou, entre o ano 2000 e 2005, uma série de três artigos abordando especificamente a questão de quem deve dizer o que a Constituição significa, ou seja, tratando da temática do *judicial review* e sua inserção no atual

panorama político-institucional norte-americano, definido por ele como uma "democracia de direitos".¹⁶⁵

"Has the Hour of Democracy Come Round at Last?: The New Critique of Judicial Review", o primeiro dos três textos, traz um resumo da posição de dois outros autores, Cass Sunstein e Mark Tushnet, que, em obras recentes, teceram opiniões sobre o controle de constitucionalidade exercido pela Corte Suprema americana. Ao final, Griffin introduz as direções que ele próprio irá seguir em sua crítica ao *judicial review*, que ele chama de democrática.

"Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights", de 2002, o segundo dos três textos publicados, define o que vem a ser "democracia de direitos", um conceito desenvolvido pelo autor para caracterizar o atual cenário institucional político-constitucional dos EUA, e analisa o papel dos poderes Legislativo e Judiciário na proteção dos direitos constitucionais assegurados neste atual quadro institucional.

O terceiro texto, "The Age of Marbury: Judicial in a Democracy of Rights", mais extenso e conclusivo, inicia-se pela descrição do desenvolvimento histórico do *judicial review* no Direito estadunidense, contrastando o instituto com as conjunturas políticas e institucionais atravessadas pelos EUA ao longo dos últimos duzentos anos. Numa segunda etapa, Griffin expõe o que ele chama de "teoria democrática do *judicial review*", que se pretende adequar à conjuntura político-institucional atual vivida nos Estados Unidos. Na terceira e última parte do texto, o autor analisa as implicações e contrastes da sua teoria, apresentando uma conclusão original na defesa de uma redefinição do papel que a jurisdição constitucional deve exercer nos EUA.

2.2.2.2

Análise detalhada dos artigos

Griffin inicia sua análise sobre o *judicial review* com um ensaio sobre dois livros – *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), de Cass R. Sunstein, e *Taking the*

¹⁶⁵ No Brasil, verifica-se uma análise crítica destes artigos em José Guilherme Berman Pinto (2005) e, também, em Denis de Castro Halis (2004), trabalhando com o texto "Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights", de Griffin.

Constitution away from the Courts (Princeton: Princeton University Press, 1999), de Mark Tushnet. As considerações iniciais do ensaio assinalam que a discussão sobre este assunto volta a ser o foco das atenções dos estudiosos. Após um longo período no qual o centro das atenções foi a interpretação constitucional, o *judicial review* passa a ser tido como inquestionável.

A crítica de Sunstein e Tushnet ao *judicial review*, portanto, não passa pela *dificuldade contramajoritária*,¹⁶⁶ preferindo enfrentar a questão de qual tipo de *judicial review* seria o adequado para um quadro de democracia deliberativa. O exame que ambos fazem do papel desempenhado pela Suprema Corte é *institucional*, e não voltado para questões de interpretação constitucional. A compreensão tradicional da política americana estabelece que as legislaturas ordinárias estaduais e até mesmo o Congresso Nacional podem, em certas ocasiões, ameaçar os direitos constitucionais assegurados aos cidadãos. Estabelece ainda que o papel da Suprema Corte, então, seria exatamente o de se contrapor às majorias legislativas e, quando necessário, afastar a aplicação de regras que infrinjam os direitos e as liberdades civis. No entanto, citando vários processos judiciais julgados pela Suprema Corte americana, Griffin constata que muitas das vezes o tribunal último dos EUA tem atuado não na proteção dos direitos constitucionais, mas, ao invés, tem atuado na destruição deles, anulando estatutos legislativos que conferiam uma maior proteção a grupos minoritários. Em diversas ocasiões recentes, o Legislativo tem atuado mais como um protetor dos direitos civis do que a própria Suprema Corte dos EUA.¹⁶⁷

A partir do momento em que a Suprema Corte se afasta de seu papel de guardião dos direitos constitucionais, especialmente aqueles que protegem minorias (minorias religiosas ou étnicas, v.g.), sua legitimidade como detentora da última palavra em matéria de proteção da Constituição passa a ser questionada, caindo por terra a justificativa tradicional do *judicial review*.¹⁶⁸ Esse fenômeno tem acontecido no período pós-*New Deal*, trazendo um sério problema teórico

¹⁶⁶ A dificuldade de legitimar o controle judicial de constitucionalidade porque seus membros não seriam eleitos democraticamente e podem atuar contrariamente aos que são eleitos.

¹⁶⁷ Ao longo do trabalho, veremos que a situação do Brasil não é muito diferente, ao contrário do que muitos juristas poderiam pensar.

¹⁶⁸ De que o Judiciário seria importante para resguardar direitos fundamentais que não interessariam à maioria, detentora do poder político.

para os estudiosos, assim como um problema político de ordem prática para a Suprema Corte.

No panorama atual, Griffin destaca que o *judicial review* não enfrenta um Congresso representativo da maioria, violador de direitos, contraposto a uma Suprema Corte protetora dos direitos das minorias. Ao contrário do que tradicionalmente justificava a prática do controle jurisdicional da legislação, nenhuma instituição governamental possuiria uma forte vantagem comparativa em relação às demais na proteção dos direitos fundamentais. Consequentemente, as justificativas tradicionais do *judicial review* cedem lugar a novos argumentos e preocupações.

2.2.2.3

Analisando o pensamento de Sunstein e de Tushnet

O pensamento de Cass Sunstein (2001) é prova disso. Ele vai defender a prática chamada *minimalismo judicial*, que significa que em casos constitucionais controversos a Suprema Corte deve atuar de modo contido, evitando fazer uma intensa exposição de princípios e estabelecer regras que se apliquem de maneira demasiadamente ampla. Ela não impede que a Corte invalide atos legislativos em desacordo com a Constituição, mas afirma que, ao fazê-lo, deverá deixar diversas matérias não decididas – as que não toquem diretamente ao caso, ou seja, aquelas que não sejam fundamentais para poder encontrar a resposta para o caso. Griffin ressalta a preciosa contribuição de Sunstein ao identificar o minimalismo como uma alternativa tanto para o ativismo judicial como para conter o debate sobre o *judicial review*. O minimalismo defendido por Sunstein preconiza duas características para as decisões judiciais: *i*) que sejam estreitas, ao invés de largas, e *ii*) que sejam rasas, ao invés de profundas. São estreitas na medida em que a Corte decide simplesmente o caso concreto, sem antecipar como outros casos análogos seriam solucionados. E são rasas na medida em que não tentam justificar a decisão por meio de uma discussão a respeito de princípios constitucionais básicos. O que Griffin aponta como equivocada na obra de Sunstein é que vários dos casos analisados por ele não se encaixam nesta definição, não se comprovando, assim, a efetiva prática do minimalismo judicial pela Suprema

Corte. Não obstante haja alguns exemplos, não são suficientes para caracterizar uma teoria geral do *judicial review* nos anos 1990.

Outro estudioso que não se contenta com as justificativas tradicionais do *judicial review* é Tushnet (1999). Seu objetivo é imaginar um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais seja mais amplamente distribuída do que atualmente. Critica o monopólio da Suprema Corte de dizer o teor do Direito Constitucional, porque isto faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote. Para atingir o objetivo acima, Tushnet introduz o que ele chama de "constituição delgada", que deve ser interpretada, portanto, por meio dos significados e conteúdos conferidos pela população. A "constituição delgada" teria seu conteúdo definido pelos princípios articulados na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, e não por aquelas matérias e documentos aos quais a Suprema Corte atribui tal *status*.

A questão enfrentada por Tushnet (1999), que depois vai servir à própria teoria de Griffin e à de Adrian Vermeule (2006 e 2009), é a de como a Constituição é interpretada fora dos tribunais federais, especialmente comparando a habilidade destes com a habilidade do Congresso Nacional em realizar essa interpretação. A conclusão de Tushnet é a de que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal característico do mundo jurídico. Tushnet, para desenvolver sua teoria, passa ainda pela análise política da maneira como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na defesa dos direitos fundamentais. Afirma que esta defesa fez os liberais perderem seu rumo, na medida em que a Corte deixou de proteger tais direitos – a liberdade de religião e as políticas de ação afirmativa em favor dos afro-americanos, *v.g.* – para fazer prevalecer os interesses dos grupos majoritários. Parece ser um paradoxo, mas, na verdade, resultaria da ação dos conservadores, os quais, identificando que os liberais estavam tentando influenciar a Suprema Corte, tentam reverter isto, trabalhando para influenciar o processo de indicação de juízes de modo a garantir apoio judicial às suas posições no futuro. Mesmo quando as posições liberais prevalecem na Suprema Corte, tais como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões têm um efeito negativo, consistente, de novo, na reação dos conservadores, contra-

atacando-as por meio de apoio a legislações que restrinjam tais direitos, ou seja, que sejam capazes de superar tais decisões. Tushnet acusa os liberais americanos de estarem sendo muito defensivos, quando deveriam ter se debruçado sobre os novos problemas do constitucionalismo e articulado uma agenda para a teoria constitucional que fosse além da simples proteção do passado.¹⁶⁹

2.2.2.4

A superação da "dificuldade contramajoritária" do Judiciário no controle de constitucionalidade

As tradicionais objeções ao *judicial review* passam pela análise e tentativa de superação da "dificuldade contramajoritária". Já a teoria crítica do *judicial review* formulada por Tushnet e Sunstein não o faz – eles não questionam a legitimidade de um grupo de juízes não eleitos de interferir na deliberação legislativa realizada pelos representantes eleitos do povo. Não o fazem porque ambos veem a democracia como um *valor*, e não simplesmente como uma *norma*, ou a única norma a ser protegida. Os dois admitem que existam outros princípios e direitos individuais que merecem proteção, inclusive contra eventuais deliberações da maioria.

Nesta perspectiva, a crítica formulada ao *judicial review* por eles não é uma crítica externa, como a alegação da "dificuldade contramajoritária" do Judiciário. É, ao contrário, uma crítica interna, que reconhece a legitimidade da Suprema Corte para proteger direitos – especialmente aqueles direitos/garantias que protejam minorias. *Democracia* e *direitos constitucionais* são, portanto, compatíveis. O que é questionado pelos referidos autores é a supremacia da Corte para definir quais os direitos que cada um possui. Para eles, os direitos constitucionais devem ser definidos mediante o processo democrático, destacando Griffin que isto deve ser feito com a contribuição dos três poderes – o que é comum entre aqueles que Vermeule (2006) chama de "neothayeristas", com será visto mais à frente. Nesta nova crítica (democrática) ao *judicial review*, a questão não é mais sob quais aspectos os direitos individuais devem ser protegidos contra

¹⁶⁹ Essa conclusão de Tushnet será somada a outras, a fim de sustentar a defesa que faremos da ampliação dos espaços de criação e proteção de direitos em detrimento de concentrá-los no Judiciário ou, pior, no STF por meio das ações diretas.

a incursão legislativa, mas sim quais direitos devem ser criados, quem deve assegurá-los e qual instituição deve ter a última palavra a respeito de sua finalidade e significado – o que Vermeule (2006) chamará de *escolha institucional*. E aqui se faz importante a noção de "democracia de direitos", que, para Griffin, configura o atual panorama institucional constitucional-político dos EUA e que, em última análise, vai fundamentar a crítica e a teoria que ele desenvolve.

2.2.2.5

O papel dos poderes governamentais diante da "democracia de direitos"

Estabelecidas as noções anteriores, Griffin passa a discutir a necessidade de desenvolvimento de uma crítica ao *judicial review* que leve em conta a necessidade de adequação desta instituição às características de uma "democracia de direitos". Sua argumentação é historicista, ou seja, leva em conta o quadro contemporâneo que envolve a democracia estadunidense, deixando claro, inclusive, que a crítica oferecida não seria pertinente há algumas décadas atrás. Isso porque ainda não se haviam consolidado as conquistas advindas do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, que fizeram com que o país passasse a ser uma "democracia de direitos". Este fato institucional ("democracia de direitos") é que força, para Griffin, uma mudança no debate sobre o *judicial review*.

A "democracia de direitos", visualizada por Griffin nos EUA, tem três características que a identificam: *i*) os direitos individuais constitucionais e legais são vistos como importantes e úteis por todos; *ii*) todos os três poderes da União, assim como os governos estaduais e locais, têm tido algum sucesso na criação, promoção e defesa de tais direitos; e *iii*) o Judiciário é reconhecido claramente como um fórum chave para testar reivindicações de direitos pelos interesses políticos que os apoiam e para opor indicações de juízes para fazer avançar sua própria agenda de direitos. Iremos defender, mais à frente, que o Brasil se enquadraria nessa classificação – especialmente no que toca ao Direito Regulatório.

Para Griffin, esta última característica é especialmente importante. A politização ou democratização do processo de indicação para a Suprema Corte, juntamente com o fato de a jurisdição constitucional ter passado a analisar também questões políticas, significa que é difícil para ela ter um papel especial, que vá além daquele exercido pelos poderes políticos, na defesa de direitos de qualquer grupo particular. O Judiciário encontrar-se-ia na mesma posição dos outros ramos do governo na política de declaração e preservação dos direitos. Como consequência, Griffin entende que o *judicial review* não deverá nunca ser exercido com o condão de restringir o escopo de qualquer direito constitucional. Mas isso não vem acontecendo, e o Judiciário por diversas vezes, nos últimos anos, atuou na aniquilação de direitos civis criados pelo Legislativo, especialmente em matérias de ação afirmativa em favor dos afro-americanos, de liberdade de religião e de deficientes físicos. Assim, para Griffin, não se deve ignorar o papel dos outros poderes na criação e na defesa dos direitos individuais. Numa "democracia de direitos", se um dos poderes eleitos ameaçar um direito individual, o indivíduo poderá recorrer ao Judiciário para protegê-lo, assim como, no caso de o Judiciário ameaçar tais direitos, o cidadão poderá recorrer aos poderes eleitos para correção desta injustiça.

Griffin não nega que a Suprema Corte teve um papel histórico importante na defesa dos direitos fundamentais dos americanos contra os excessos da democracia majoritária. Todavia, entende que isso não quer dizer que a Suprema Corte estava protegendo os indivíduos contra a democracia, mas sim que ela estava apta a proteger alguns direitos numa época em que os Estados Unidos da América ainda não tinham adquirido a condição de "democracia de direitos". Adquirindo tal *status*, a proteção de direitos passa a fazer parte da agenda pública e, mais importante, torna-se *reivindicação política* dos indivíduos.¹⁷⁰ Quando o Judiciário passa a poder também criar e solapar direitos e a decidir questões políticas, cresce o papel do Judiciário, em especial da Suprema Corte, na política interna. Ao perceberem isto, os outros ramos do poder notam também a importância de, agora, controlar a composição do Judiciário. A politização da indicação dos juízes para a Suprema Corte, de acordo com Griffin, passa a ocorrer a partir do governo Reagan, durante o qual foi criada uma força-tarefa para

¹⁷⁰ A esse respeito, confira o item "2.3.4."

analisar o perfil de cada um dos possíveis indicados para as cortes federais, sendo descartados aqueles que não estivessem de acordo com a política republicana em matéria de direitos fundamentais. Entre estes critérios, estavam a recusa em criar novos direitos constitucionais para os cidadãos, o respeito à esfera de cada um dos poderes governamentais e o respeito a valores tradicionais. A partir deste momento, é evidente que as minorias deixam de ser protegidas pelo Judiciário. Dito de outro modo, depois que as majorias percebem que podem ter seus interesses desrespeitados pela Suprema Corte, cuidam para moldar o caráter dela, fazendo prevalecer, nela, sua voz. E o Judiciário, como dito, perde o papel importante que exercia na defesa das minorias – não havendo mais como justificar o *judicial review* sob este fundamento (função de proteger direitos básicos da minoria, racionalmente, frente a uma maioria política momentânea).

Na atmosfera politizada que caracteriza a "democracia de direitos", não existe um verdadeiro porto seguro para a proteção de valores políticos. O grande legado do movimento pelos direitos civis não seria, na verdade, um rol de valores fundamentais baseado numa teoria da justiça, mas sim um rol de arenas democráticas já prontas para decidir politicamente disputas concretas a respeito dos direitos.¹⁷¹

2.2.3

"The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights"

Griffin inicia seu terceiro ensaio com uma minuciosa análise do instituto *judicial review* desde o seu surgimento, no paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, até os dias atuais. A Suprema Corte hoje não sentiria mais a necessidade de justificar a si mesma por meio de uma teoria do *judicial review*, conclui. Consequentemente, a época em que as teorias do *judicial review* dominavam as preocupações dos estudiosos de direito constitucional cedeu lugar, nos últimos quarenta anos, para reflexões a respeito da interpretação constitucional.

Duas questões têm sido o coração das teorias constitucionais por décadas: o que a Constituição significa e quem decide isso. Griffin concentra seus estudos na segunda, dado o fato de que, como indicariam as recentes decisões da Suprema

¹⁷¹ Essa ideia é uma das principais para o processo de escolha interpretativa, como será visto no momento oportuno.

Corte, os estadunidenses estariam entrando numa era em que direitos criados mediante deliberação democrática estão sujeitos a disputa judicial. Por este motivo, é imperioso responder a questão de qual ramo do governo está na melhor posição para defender os direitos fundamentais.

2.2.3.1

A análise histórica do *judicial review*

As justificativas utilizadas na época de *Marbury vs. Madison* não são mais aplicáveis hoje em dia, e o próprio instituto *judicial review* não é mais o mesmo, necessitando de adaptações para se adequar à realidade de uma *democracia de direitos*. Essa é a conclusão dos estudos de Griffin. Dito de outro modo: embora o termo "*judicial review*" seja utilizado tanto para a prática de controle jurisdicional adotada hoje pela Suprema Corte americana quanto para a prática exercida no século XVIII por ela, existem diferenças abissais entre as mesmas.

Ao examinar o controle judicial de normas da República Antiga, Griffin afirma ser um equívoco usar o termo *judicial review* para a prática defendida por Alexander Hamilton (*The Federalist n° 78*) e pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*. Primeiro, pela obviedade de que nenhum dos dois juristas citados utilizava a expressão. Segundo, porque a prática que eles defendiam não se encaixa no instituto *judicial review* tal como configurada no século XXI. A compreensão do papel do *judicial review* que a *founding generation* possuía era absolutamente diferente, além de não ser mais aceita. As circunstâncias históricas acabaram por solapar a importância que a fundamentação de *Marbury vs. Madison* para o controle judicial de legalidade possui nos dias de hoje. O *judicial review* atualmente compreende quatro elementos centrais: o poder de invalidação (*the voiding power*), a independência judicial, a vitaliciedade dos juízes (*life tenure*) e a supremacia judicial. Desses quatro, apenas dois estão presentes na Constituição americana (independência judicial e vitaliciedade), enquanto que os demais foram introduzidos através do tempo.

Griffin, por este motivo, traça uma distinção entre os elementos: *i*) que existiam na República Antiga e que permanecem até os dias de hoje; *ii*) aqueles que existiram na República Antiga e não mais existem; e, por fim; *iii*) aqueles que foram criados posteriormente (após a República Antiga).

No grupo (i), estariam a independência judicial, o poder de invalidação e a vitaliciedade dos juízes, destacando que, diferente do que se possa imaginar, o *poder de anulação (the voiding power)* dos atos inconstitucionais não é equivalente ao poder do *judicial review* atual. A ideia de poder de anulação, tal como desenvolvida por Hamilton, incluía certos limites ao seu exercício que hoje não são mais aplicados e observados pelo Judiciário. Estes limites compõem exatamente o segundo grupo dos elementos citados, aqueles que existiam na República Antiga, mas se perderam no tempo. São dois, os elementos que não existem mais – grupo (ii): *a regra do caso duvidoso* e uma compreensão muito diferente da *relação entre direito e política* do que a que há hoje.¹⁷²

A *regra do caso duvidoso* estava presente tanto no texto de Hamilton em *The Federalist* quanto na fundamentação de Marshall em *Marbury vs. Madison*. Ela estabelece que o Judiciário só deve anular os atos legislativos quando eles forem manifestamente contrários à Constituição. Ou seja, em caso de dúvida, prevalece o ato democraticamente aprovado. Não obstante esta regra ter sido observada em diversos julgamentos de casos importantes pela Suprema Corte, contemporaneamente ela não está mais presente. Passou a se ter o entendimento que, caso haja dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato, é exatamente o papel do Judiciário resolvê-la; caso contrário, atos com acentuado teor de inconstitucionalidade poderiam permanecer válidos, pois não violariam tão explicitamente o texto constitucional.

Quanto ao segundo elemento, que versa sobre *a diferente compreensão da relação entre direito e política*, é possível dizer que o Judiciário na República Antiga não resolvia casos políticos. Ele só podia julgar, então, casos concretos e controversos. No Brasil, não seria diferente, como demonstra o voto do Ministro Hermenegildo de Barros, no HC 18.178, STF, julgado em 1926, no que seria uma ocasião histórica e dramática.¹⁷³ Além disso, os juízes não deveriam realizar

¹⁷² Esses dois elementos são chave na concepção de teoria interpretativa que será defendida neste trabalho.

¹⁷³ "A necessidade do número calculado sobre a totalidade dos membros do Congresso Federal ficou apenas para a apresentação. A palavra 'votos' foi Senado [sic.] e na Câmara dos Deputados, os quaes também entenderam que os dous terços são dos presentes e não da totalidade dos votos. Se a vontade do povo não é essa, o recurso estará de próprio povo, que não renoverá o mandato a esses representantes e o conferirá a outros, que melhor o compreendam. Ao Poder Judiciário é que não se poderá invocar o remédio do *habeas corpus*, na vigência do estado de sítio, porque a Reforma da Constituição o proíbe claramente. Se, a pretexto de garantir a liberdade individual, o Poder Judiciário se insurge contra a reforma, dará lugar a que se façam agora, com justiça, as

atividade legislativa. Hoje em dia, reconhece-se que em algumas situações os juízes modificam as leis, o que era impensável na *founding generation*. Para tal geração, os juízes deveriam apenas implementar a vontade do povo, assegurando o cumprimento da Constituição. Por último, a Corte deveria evitar entrar em disputas políticas,¹⁷⁴ o que também não acontece hoje. A Suprema Corte não deixa mais de julgar um caso por ser uma disputa política, ao contrário, hoje ela pode resolver problemas sociais significativos quando os outros poderes estão inertes.¹⁷⁵

Já quanto ao terceiro grupo de elementos, os surgidos mais recentemente e que, portanto, não faziam parte da teoria do controle judicial adotada na República Antiga, o principal deles é a *supremacia judicial*, consistente na ideia que a Suprema Corte é a última instância em matéria de interpretação constitucional. Marshall jamais disse que a Corte tinha alguma supremacia em *Marbury vs. Madison*. Na verdade, a inovação trazida nesta decisão foi a afirmação de que a Corte teria um direito igual aos dos demais poderes (*departments*) nesta tarefa. Ou seja, a afirmação deste elemento é uma construção recente do constitucionalismo americano. Outro candidato menos óbvio para este grupo é *o controle praticamente absoluto que a Suprema Corte possui na escolha dos casos que ela irá julgar*, por meio do *writ of certiorari*. Este controle, afirma Griffin, foi adquirido ao longo do século XX, em especial após a aprovação do *Judiciary Act*,

acusações que, antes da reforma, se faziam injustamente, como as de exorbitar aquelle poder de suas funções, invadir a esfera de atribuições alheias, assumir a dictadura judiciária, arrogar-se competente para julgamento de casos políticos, com enfraquecimento da sua autoridade e com sacrifício da dignidade da função, para cujo desempenho poderia ser suspeitado de parcialidade. Não o Supremo Tribunal não pode fazer o que a elle agora se impetra, porque a reforma da Constituição o veda expressamente. O Supremo Tribunal, que era ou devia ser a garantia suprema das liberdades individuais, ‘o último juiz da sua própria autoridade’, o poder que guarda sem ser guardado, que fiscaliza sem ser fiscalizado, o baluarte de uma Constituição limitada contras as incursões dos outros poderes – o Supremo Tribunal será, hoje, o que Ruy Barbosa e Eptácio Pessoa, quando lhe defendiam as prerrogativas, não queriam que elle fosse, isto é uma excrescência inútil, um aparelho subalterno no mecanismo do systema constitucional, uma espécie de ennuco sem vigor, sem energia, sem virilidade, porque num caso como este, em que o cidadão pede garantias contra o sacrifício de sua liberdade, o Supremo Tribunal lhe responde que não pode conhecer do pedido, porque não o permite a reforma constitucional do paíz. Essa reforma teria concebido uma monstruosidade; mas ella é o que é. Não conheço, pois, do *habeas corpus*. Manifestando-me por essa forma, estarei talvez lavrando de próprio punho a minha sentença. Não requererei *habeas corpus* nem pedirei coisa alguma. Apenas me preocupa o medo, o terror de vir a ser insultado face a face na prisão.

Será preferível um fuzilamento a esse acto de innominável covardia.” (STF, HC 18.178, Relator Min. Hermenegildo de Barros, julgado em 01.10.1926).

¹⁷⁴ À semelhança do que ocorria no Brasil até pouco tempo atrás.

¹⁷⁵ Também semelhante ao que ocorre no Brasil nos últimos anos.

em 1925, e contribuiu para a compreensão de que a Suprema Corte possui uma missão especial, que a diferencia das demais cortes. Prova disto são as palavras do juiz da Suprema Corte (*justice*) Vinson, no sentido de que a Suprema Corte não deveria se preocupar com a correção ou não das decisões tomadas em instâncias inferiores, mas sim em decidir aqueles casos que tenham importância imediata além dos fatos particulares e das partes envolvidas. Ou seja, a Suprema Corte não existiria para dar justiça aos indivíduos, mas sim para decidir matérias importantes de política legal. Griffin afirma que este poder de selecionar casos relevantes na esfera pública não existia na República Antiga. A Suprema Corte era a última instância ordinária do Judiciário americano, servia como unificadora da jurisprudência nacional, revendo os julgados das cortes estaduais e federais, sem qualquer atribuição política.

Com tantas diferenças no instituto ao longo do tempo, a conclusão a que chega Griffin é a de que o *judicial review* contemporâneo não é mais a instituição que Marshall ajudou a consolidar em *Marbury vs. Madison*. A Suprema Corte atual é mais uma construção das circunstâncias do século XX do que uma descendente direta da de Marshall. Há relativamente pouco tempo, seus juízes atentaram para o fato de que desempenham um papel numa instituição judicial que elabora políticas públicas. E isto tudo foi feito sem que tivesse sido proposta qualquer emenda constitucional – v.g., para extirpar a *regra do caso duvidoso* ou para atribuir à Corte uma determinada participação na realização de políticas públicas.

As teorias sobre o *judicial review* preocupam-se com a legitimidade e a competência institucional da Suprema Corte para exercer o controle judicial de constitucionalidade de atos políticos. Elas geralmente focam-se em decisões que tenham consequências políticas significativas e situam o tribunal e estas decisões dentro do contexto do governo democrático. Portanto, como afirmado, inevitavelmente as teorias do *judicial review* envolvem comparação entre a habilidade de o Judiciário tomar decisões e a habilidade das outras instâncias do governo de fazê-lo. Logo, a análise institucional é conceitualmente necessária para definir o papel e indicar os limites do *judicial review*. Como dito, o contemporâneo poder do *judicial review* consiste não apenas num *voiding power* (poder de anular atos ilegais em sentido lato), como defendido por Hamilton e Marshall. Consiste, sim, num *judicial review*, considerado como um *instituto*, já

integrado ao quadro institucional norte-americano e possuindo diversos poderes adquiridos ao longo do tempo. A politização das decisões da Suprema Corte, viabilizada pela corporalização dos poderes no *judicial review*, bem como resultado da politização na indicação de seus membros, indica não haver mais qualquer vantagem em delegar ao Judiciário o exercício de defender direitos constitucionais. Não há mais como justificar um controle judicial de constitucionalidade exercido de modo final pelo Judiciário. Essa é outra conclusão fundamental a que chega a teoria do *judicial review* de Griffin. Em suas palavras:

To use the term "judicial review" to describe both present practice and practice in the early republic ignores the crucial issue of what conditions were attached to the exercise of judicial review in the early republic (GRIFFIN, 2005, p. 109) (O uso do termo "judicial review" para descrever tanto a presente prática quanto a prática da primeira república ignora a questão crucial sobre quais eram as condições a que estava atrelado o exercício do controle judicial de constitucionalidade na primeira república).

The point I wish to emphasize here is that the need for such theories does not arise exclusively from the countermajoritarian difficulty. The "difficulty" with judicial review flows not only from a perceived conflict between majority rule and individual rights, but also from doubts about whether Marshall's common law judicial method, understood in the light of legal realism, is adequate to the challenge posed by abstract constitutional provisions such as the Due Process and Equal Protection clauses of the Fourteenth Amendment. If such clauses cannot be interpreted in a satisfactory legalistic way, then judicial reasoning, no matter how well it is elaborated, will be little different from the policy reasoning used by the political branches. This places in jeopardy the supposed comparative advantage the judiciary has over the political branches in matters of rights. As I will try to show, the politicization of constitutional issues and the creation of a democracy of rights have substantially undermined, if not eliminated, any comparative advantage the judiciary had in the past (GRIFFIN, 2005, p. 117) (O ponto que eu desejo enfatizar aqui é que a necessidade de tais teorias não surge exclusivamente da dificuldade contramajoritária. A "dificuldade" com o controle judicial de constitucionalidade deriva não só do percebido conflito entre a regra da maioria e os direitos individuais, mas também das dúvidas sobre se o método de common law de Marshall, entendido à luz do realismo jurídico, é adequado para o desafio posto pelas provisões constitucionais abstratas tais como as cláusulas do devido processo e a da igual proteção da décima quarta emenda. Se essas cláusulas não puderem ser interpretadas de uma maneira legalmente satisfatória, então o raciocínio judicial, não importa quão bem elabora seja, será pouco diferente do raciocínio político usado pelos poderes políticos. Isso coloca em risco a suposta vantagem comparativa que o judiciário tem sobre os poderes políticos em matéria de direitos. Como eu tentarei demonstrar, a politização das questões constitucionais e a criação da democracia de direitos têm minado, se não eliminado, toda e qualquer vantagem comparativa que o judiciário teve no passado).

Outro ponto fundamental da teoria do *judicial review* de Griffin é a conclusão de que não é possível fazer uma teoria constitucional, e, portanto também do *judicial review*, universal e a-histórica. Porque, para Griffin, uma teoria constitucional que se preze deve utilizar-se da análise histórica e política do momento em que ela será aplicada. Ou seja, somente é possível elaborar uma teoria constitucional para valer durante um determinado período, enquanto estiver vigente o quadro institucional e político que lhe serviu de base, sob pena dela se tornar ou ser equivocada.¹⁷⁶ Por isso Griffin afirma que sua teoria deverá valer por vinte ou trinta anos. Por isso, também, que ele critica a aplicação atual de teorias que ele mesmo reconhece como tendo sido muito bem elaboradas, como a de Bickel e a de Dahl. Ele afirma que estas teorias também foram válidas durante um determinado período da história dos EUA.

A teoria do *judicial review* proposta por Griffin é adequada unicamente, portanto, ao que ele chama de "democracia de direitos".¹⁷⁷

2.2.4

Apresentando a teoria democrática do *judicial review*, de Stephen M. Griffin

Griffin começa a expor sua teoria do *judicial review* analisando criticamente o pensamento de Alexander Bickel condensado em *The Least Dangerous Branch*, livro no qual é formulada a tese da *dificuldade contramajoritária*, responsável pela orientação do pensamento que irá dominar a teoria constitucional estadunidense por décadas. Afirma ser compreensível o fato de o Judiciário ali ser identificado como o ramo do governo menos poderoso. A data da edição da obra coincide com uma composição extremamente conservadora da Suprema Corte, a

¹⁷⁶ Esta é outra perspectiva que possibilita a união da teoria institucional constitucional de Griffin com a teoria interpretativa institucional de Vermeule. Embora este não fale tanto em política, afirma que sua teoria apenas é válida enquanto não alteradas as circunstâncias sob as quais foi desenvolvida (VERMEULE, 2006). Este ponto será retomado adiante.

¹⁷⁷ Repita-se: de uma democracia em que o Judiciário não tem mais uma vantagem em relação aos demais poderes para defender direitos, em que não haveria mais qualquer sentido em se tentar justificar uma supremacia judicial em relação aos demais poderes na afirmação de direitos – supremacia tão propalada nas últimas décadas, quando este poder adotou a posição de "defensor das minorias", posição que veio se invertendo nos últimos anos –, em que as reivindicações são baseadas em direitos e limitadas por eles, em que todos os ramos do governo têm igual interesse e legitimidade para promover tais direitos.

qual, à época (1958), era composta por uma combinação de segregacionistas do Sul com reacionários anticomunistas que, evidentemente, não tinham a menor pretensão de avançar na defesa dos direitos.

Bickel, não obstante criticar Marshall por sua decisão em *Marbury*, não defendia a extinção do *judicial review*. Propunha, em vez disso, uma discussão sobre a função da Suprema Corte na democracia norte-americana, atribuindo-lhe papel relevante na conservação dos valores mais importantes da sociedade. A Suprema Corte teria, para Bickel, um papel fundamental na articulação de uma visão moral à qual todos devem aspirar; teria uma situação única para desenvolver um corpo de princípios constitucionais coerentes e para a conservação de valores fundamentais:

The picture Bickel drew was one of simultaneous isolation and engagement. Judges were isolated enough to pursue "the ways of the scholar" in sorting through society's fundamental values. But they were also engaged by particular facts, "the flesh and blood of an actual case". Finally, compared to the political branches, the judiciary was better able to educate the public as to their constitutional responsibilities, those principles to which we all hold allegiance, but may be forgotten "in the moment's hue and cry" (GRIFFIN, 2005, p. 122) (A figura que Bickel desenhou foi simultaneamente de isolamento e de engajamento. Juízes foram isolados o suficiente para perseguir 'os caminhos do erudito' na triagem dos valores fundamentais da sociedade. Mas eles também estavam engajados em fatos particulares, "a carne e sangue de um caso verdadeiro". Finalmente, comparado aos poderes políticos, o judiciário estava mais bem apto a educar o público com as suas responsabilidades constitucionais, aqueles princípios aos quais nós todos devemos manter fidelidade, mas que podem ser esquecidos em razão da emoção e dramaticidade do momento).

A Suprema Corte, hoje, em razão da sua politização e da politização das questões levadas ao tribunal, foi enredada para a mesma política de direitos contenciosa que há nos poderes eleitos. A concepção da Suprema Corte de Bickel dependia de uma prática de consenso de valores que não existe mais. Griffin acrescenta, aos argumentos de Bickel, a doutrina de Robert Dahl. Para Dahl, a Suprema Corte, com raras exceções, constitui uma parte da aliança nacional dominante no campo da política. O órgão máximo do Judiciário, portanto, teria pouca força para mudar os rumos da política nacional, já que ele mesmo está inserido na aliança que determina que política será esta: "*justices were selected inevitably from the nation's political elite, the people most likely to be familiar with such verities. (...) the Court could not consistently 'counter' the majority if*

the justices were part of the majority" (GRIFFIN, 2005) ("os juízes da Suprema Corte são selecionados, inevitavelmente, dentre a elite política nacional, o povo mais tendente a estar familiarizado com tais verdades. (...) a Corte não poderia consistentemente contrariar a maioria se os seus juízes fossem parte da maioria).

O que Griffin julga mais importante extrair de ambos os autores, independente de suas posições, é o fato de tais teorias serem produto de uma determinada conjuntura histórico-política-social, além do fato de que ambos são teóricos do consenso – "*theorists of consensus in distinctive but related ways*".¹⁷⁸ Suas teorias, assim, teriam dificuldades para enfrentar a tarefa da Corte de navegar entre partidos tão antagônicos. Ou seja, fora de suas conjunturas momentâneas, as teorias de Dahl e Bickel não têm validade.

Dois realidades políticas e institucionais são destacadas por Griffin: a permanência de um governo dividido ao longo das últimas três décadas e a politização das matérias constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais.¹⁷⁹ Durante o período de governo dividido não é possível existir uma "aliança nacional dominante" nem, muito menos, uma maioria legislativa duradoura. Conseqüentemente, o risco da Corte Suprema tomar decisões que sejam efetivamente contramajoritárias aumenta significativamente, com o fator agravante de não serem elas passíveis de controle por parte dos poderes eleitos.¹⁸⁰ O governo dividido nos EUA, também, não fez amenizar o fenômeno da

¹⁷⁸ Bickel afirmou que o Judiciário não possui legitimidade para a prerrogativa ampla do *judicial review* em virtude do impacto da batalha entre o *New Deal* e a Suprema Corte, que se recusava a aplicar a legislação social defendida pelo governo. Do mesmo modo, Dahl afirma que a Suprema Corte integra a própria aliança nacional dominante, dentro de uma conjuntura na qual o mesmo partido geralmente controlava as duas casas do Congresso, além da Presidência. Ele não considera, em sua teoria, o que aconteceria em um longo período de governo dividido entre os partidos – justamente o que acabou por se tornar comum nos últimos anos.

¹⁷⁹ Comprova a primeira assertiva com o fato de que desde o governo Nixon, de 1969, o partido do presidente somente manteve o controle do Congresso por oito anos e meio, até 2004. Esta divisão privou o governo do consenso político presumido por teorias modernas do *judicial review*, como as apresentadas por Dahl e Bickel.

¹⁸⁰ Haja vista a dificuldade de se fazer uma emenda à Constituição dos EUA. Cf. a Constituição dos EUA, Artigo V: "Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado."

politização, pelo contrário. Temas outrora não relevantes para a política americana, como aborto, religião e ação afirmativa – "*believe it or not*" –, passaram a fazer parte da agenda de reivindicações da sociedade, e os políticos não demoraram a se adaptar à nova realidade. A indicação para juízes da Suprema Corte e da Justiça Federal, deste modo, que também despertavam pouca atenção dos políticos, passaram a ser objeto de grande interesse dos mesmos.

Passando a administração presidencial a controlar a composição da Suprema Corte, analisando previamente as posições políticas de cada um dos possíveis indicados – como feito meticulosamente por Reagan –, neste momento, a Corte perde seu potencial de defesa dos direitos de minoria e se torna apenas mais um porta-voz dos governantes. Porque, como afirma Griffin (2005), "*once majorities realized that certain Court decisions were contrary to their interests, they resolved to put their own representatives on the Court*" ("a partir do momento que as maiorias percebessem que certas decisões da Corte eram contrárias a seus interesses, elas resolveriam colocar seus próprios representantes na Corte").

De novo: a principal consequência da politização de questões constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais sobre o *judicial review* é a de solapar a propalada vantagem comparativa do Judiciário. Griffin salienta que dentro de uma *democracia de direitos* é necessário devolver à arena eleitoral a decisão sobre questões constitucionais controversas e reconhecer que o Judiciário poderia ser apenas mais um dos poderes estatais a atuar no sentido de assegurar direitos aos indivíduos. Neste ponto, Griffin adianta o posicionamento que será adotado por Vermeule em 2006,¹⁸¹ mas sob outro viés: se o Judiciário é permeado pela política de maneira semelhante aos demais poderes, é melhor que estes, por terem os instrumentos próprios para lidar com ela – para retirar dela o que há de melhor e para evitar o que tem de pior –, resolvam as questões constitucionais controversas.

A noção de *democracia de direitos*, contudo, não deve ser vista como opositora do *judicial review*, como será visto adiante.

¹⁸¹ Uma das conclusões da teoria interpretativa de Vermeule (2006) é no sentido de que o Legislativo possui maior capacidade decisória (e sistêmica) para decidir questões constitucionais controversas, tais como os grandes conceitos, princípios etc.

2.2.5

Mutação constitucional em Griffin: a experiência dos estados americanos e diálogo com Bruce Ackerman

Os EUA não são governados apenas por uma Constituição, mas por cinquenta e uma – uma federal e as restantes estaduais. Deste modo, nenhuma investigação sobre o constitucionalismo americano ou teoria de mudança constitucional seria completa sem a análise da experiência dos estados. A experiência estadual na mudança de suas Constituições seria importante para iluminar o processo de mudança constitucional federal. Demonstra o impacto constitucional das mudanças nas responsabilidades do governo.

Contrastando com a cautela de Madison em relação aos ajustes constitucionais, os americanos mudaram continuamente suas Constituições Estaduais desde a primeira onda pós-revolucionária de edição de constituição ter atingido os estados, no início do séc. XIX. No nível estadual, diz Griffin, citando vários autores como base, as mudanças ocorrem com muito maior frequência por meio de emendas constitucionais, algumas vezes a constituição inteira era revisada em uma assembleia constituinte (*constitutional conventions*), e a constituição se tornava mais longa, prolixa, mais parecida com leis ordinárias.¹⁸² Após a Guerra Civil americana (*Civil War*), muitas constituições novas foram escritas, em resposta às mudanças sociais e econômicas. Elas continham dispositivos muito mais específicos e extensos e assemelhavam-se muito mais a códigos legais do que os seus homólogos do séc. XVIII. As mudanças formais da Constituição foram muito mais frequentes no nível estadual, portanto, do que no nível federal.

Os números apresentados por Griffin são de fazer inveja ao constituinte reformador do Brasil.¹⁸³ Isso demonstra que comparar a nossa Constituição Federal de 1988 com a Constituição Federal dos EUA, sem fazer as devidas

¹⁸² Diz que, em 1860, a única constituição estadual dos EUA que datava de 1776 era a Constituição do estado da Carolina do Norte, que mesmo assim tinha sofrido uma revisão substancial em 1835.

¹⁸³ Desde 1776, os cinquenta estados tiveram 146 constituições e trinta e um dos cinquenta estados tiveram pelo menos duas constituições. Ao longo dos anos, mais de 5800 (cinco mil e oitocentas) propostas de emendas às Constituições estaduais foram aceitas, enquanto no nível federal foram propostas 10.000 (dez mil) emendas, tendo pouquíssimas sido aceitas – as conhecidas 27 emendas à Constituição americana.

ressalvas, é, no mínimo, inapropriado. Os americanos parecem estar submetidos a dois modelos completamente diferentes de mudança constitucional: um federal e outro estadual. Qual o motivo desta diferença tão radical? Griffin responde.

Em primeiro lugar, emendar as Constituições Estaduais é fácil em comparação ao processo de emenda à Constituição Federal e, nos estados, a ideia de precaução com mudanças constitucionais foi pouco aderida. Além disso, as Constituições Estaduais não são consideradas como um esqueleto/estrutura básica (*framework*) de princípios permanentes, o que faz com que a constituição seja transformada numa espécie de superlei (*superstatute*). Em segundo lugar, encontram-se os motivos que levaram ao quadro do parágrafo anterior. No século XIX, o governo estadual era o responsável pela maior parte das obrigações normais de um Estado, enquanto o governo federal, especialmente a partir do período jacksoniano (*Jacksonian period*), era mais um governo provisório com uma burocracia rudimentar – nos termos de Leonard D. White, citado por Griffin.¹⁸⁴

Outro motivo para a frequente mudança nas Constituições Estaduais era a desconfiança na legislatura estadual. Elas eram famosas por se autoconceder uma variedade de privilégios especiais e por endividarem os estados. Por isso, no final do séc. XIX, as Constituições Estaduais tornaram-se ainda mais codificadas, na tentativa de regular as legislaturas estaduais em detalhes. Fenômeno que lembra o processo e circunstâncias das emendas à Constituição brasileira.

Após observar as características do sistema constitucional dos estados, Griffin afirma ser possível chegar a várias conclusões que iluminam a questão da mudança constitucional nos EUA. Primeiro, que, ao contrário do que afirma a saberia convencional, os americanos não têm uma filosofia consistente sobre mudança constitucional. Como a mudança é relativamente fácil, nos estados, os

¹⁸⁴ O governo estadual tinha responsabilidade sobre as principais incumbências de governo: seguir com uma política mercantilista para estimular o desenvolvimento econômico, regular políticas financeiras e bancárias, subsidiar transportes, legislar e cuidar de crime, pobreza e várias questões morais e religiosas. Durante o séc. XIX, as Constituições Estaduais foram reescritas em resposta a todo o embate referente à adaptação da política governamental exigida pelo desenvolvimento da economia norte-americana e em resposta às demandas ordinárias do eleitorado sobre variadas questões. Várias Constituições Estaduais adquiriram dispositivos regulando corporações, sindicatos e associações trabalhistas, e sistema sobre educação superior, ou seja, tópicos não existentes da Constituição Federal. Já o governo federal não era visto como um agente adequado para fazer as mudanças necessárias para responder às alterações sociais, econômicas e políticas. Por isso, não se sentia necessidade de alterar a Constituição Federal.

americanos não estão presos ao tabu contra ajustes constitucionais. Segundo, indica que a mudança constitucional geralmente segue mudanças gerais no ambiente político. Portanto, conclui Griffin, é razoável dizer que como o governo federal adquiriu novas responsabilidades no séc. XX – como resposta dos atores políticos às pressões das forças sociais, econômicas e tecnológicas –, responsabilidades que foram suportadas somente pelos estados no séc. XIX, tinha de ocorrer mudança na Constituição Federal. Terceiro, a experiência estadual indica a dificuldade de se aderir ao "critério Randolph" (*Randolph's criterion*) – de que a constituição deveria conter somente os princípios essenciais.¹⁸⁵

Para o autor, o melhor modo de explorar por que as mudanças na Constituição Federal praticamente não ocorreram por meio de emendas é o exame do período do *New Deal*. Nesse período, o governo federal foi assumindo, de modo permanente, novos poderes e responsabilidades, muitos dos quais continuam a estruturar o sistema político-constitucional contemporâneo dos EUA. As mudanças feitas durante o *New Deal* alcançaram o *status* de uma verdadeira revolução constitucional ("*constitutional revolution*"). E, não obstante a revolução constitucional ocorrida durante o *New Deal* ter gerado uma das mais significativas mudanças na ordem constitucional americana, nenhuma delas foi ratificada através de emendas formais – ou seja, feitas sob o procedimento exigido pelo Artigo V da Constituição Federal. As principais mudanças ocorridas neste período não deixaram qualquer registro no texto da Constituição. Sob a iniciativa do presidente Roosevelt, pelo menos três foram as mudanças fundamentais na ordem constitucional americana.¹⁸⁶ Nenhuma destas três mudanças constitucionais foi

¹⁸⁵ O primeiro meio que os estados usaram para adaptar suas Constituições às mudanças foi enchê-las de regras regulatórias específicas. Mas havia, para Griffin, uma via alternativa, uma que teria preservado a característica das Constituições Estaduais como uma ampla estrutura básica de sustentação e ordenação do governo (*as broad frameworks for government*). Se um governo estadual precisasse de autoridade para lidar com um novo problema político, uma concessão do poder-geral poderia ter sido feita.

¹⁸⁶ i) O prestígio e o poder da presidência aumentaram dramaticamente pela liderança de Roosevelt durante a Grande Depressão – tornou-se um novo tipo de escritório constitucional, permitindo ao presidente transpor a separação de poderes e tornar-se a cabeça do governo federal, senão do país como um todo; ii) alterou a natureza do federalismo americano, pela assunção de novas responsabilidades pelo governo federal e da grande mudança no relacionamento entre estados e o governo federal, gerada por estas novas responsabilidades – a inabilidade dos governos estaduais para responder adequadamente à Depressão foi um dos motivos para a transferência do *poder constitucional* para o nível nacional; iii) o Congresso e os órgãos do Governo para os quais foram delgados poderes de regulação adquiriram, praticamente, plena autoridade sobre a economia e permissão para lidar diretamente com vários problemas sociais.

processada do modo determinado pela Constituição Federal dos EUA (artigo V) ou constaram do seu texto. O motivo disso é explicado, segundo Griffin, por meio da análise do conflito entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte americana. As razões de Roosevelt para não processar as mudanças acima por meio de emendas à Constituição são igualmente aplicáveis a todas as mudanças constitucionais ocorridas após o *New Deal* e mostram por que estas mudanças não ocorreram por meio de emendas. Roosevelt, na metade de 1935, considerou seriamente a possibilidade de emendar a Constituição Federal após a decisão da Suprema Corte que anulou importantes leis de fomento econômico e ajuda social (decisões ocorridas entre 1935 e 1936), sob a alegação de inconstitucionalidade material. Mas mudou de ideia por, basicamente, quatro razões.

Após dois anos de estudo, em relação a todas as emendas pretendidas, ele continuava sem um acordo sobre qual linguagem deveria usar nelas – se utilizava um texto minucioso, analítico, prolixo, ou um texto com linguagem bem abrangente.¹⁸⁷ A segunda razão era que qualquer nova emenda estaria sujeita a interpretação judicial.¹⁸⁸ A terceira: o processo de emenda à Constituição, como previsto pelo artigo V, era muito trabalhoso (*cumbersome*), complexo, e não havia uma chance clara de sucesso.¹⁸⁹ A quarta razão era a estratégia de Roosevelt para a eleição presidencial de 1936. Uma eleição era sua maior chance para ganhar apoio popular para as emendas necessárias, mas ele mantinha uma plataforma democrática ambígua. O público respeitava a Corte como uma instituição e reverenciava a Constituição. E propor emendas constituiria não só uma crítica à Corte, mas também sugeriria que a Constituição não era adequada para enfrentar a crise. Isso daria um excelente tema de campanha para os republicanos (*Republicans*) contra a campanha de Roosevelt. Eles poderiam lançar-se como

¹⁸⁷ O objetivo era assegurar, com essas emendas, que a Suprema Corte não pudesse julgar a legislação do *New Deal* inconstitucional. Se usasse um texto sintético, com linguagem ampla, as emendas poderiam ter efeitos imprevistos e não desejados pelo poder governamental. Por outro lado, não havia garantia de que um texto analítico, minucioso, extenso teria o efeito esperado, dada a natureza ampla do poder regulador que o governo precisava para enfrentar a crise.

¹⁸⁸ Se a emenda contivesse termos amplos, a Corte poderia eliminá-la por meio de uma interpretação concretista – a Corte esmiuçaria, determinaria, na verdade, o que a emenda expressava. Se a emenda fosse prolixa, detalhada, com o fim de derrubar precedentes judiciais específicos, ela poderia não ser aplicável a todas as circunstâncias nas quais o governo precisasse de novos poderes.

¹⁸⁹ Bastava que mais de um quarto dos trinta estados americanos não ratificasse a emenda, e ela cairia – na época, este era o número de estados federados nos EUA. Isso preocupava muito Roosevelt.

defensores da doutrina constitucional e denunciar os democratas (*Democrats*) como destruidores da Constituição. Por isso, Roosevelt abafou o debate constitucional nos meses que antecederam à eleição. O advogado-geral da União (*Attorney General*) Homer Stille Cummings encorajou Roosevelt a enxergar o problema sob outra perspectiva. O problema não seria com a Constituição, mas apenas com a interpretação míope, limitada da Constituição pela Suprema Corte. Bastaria mudar a composição da Corte. E foi o que Roosevelt fez.

Portanto, para Roosevelt, mudar a Constituição por meio de emenda tornou-se um ponto irrelevante. Mudar a Constituição era muito perigoso. Era melhor preservar a Constituição como um documento a ser reverenciado do que mudá-la em resposta às novas condições. Isto provaria que a análise de Madison no *The Federalist n° 49* estava correta: a veneração à Constituição estabelecida é a base estável para o governo, porque é muito difícil mudar um documento reverenciado. E conclui Griffin: enquanto os americanos não acreditarem que os valores aprovados pelos fundadores (*the Framers*) e solenemente reafirmados pelas gerações seguintes são imperfeitos, haverá uma barreira enorme para adaptar a Constituição Federal às transformações históricas.

Essa tendência contra a alteração por meio de emenda foi reforçada pela crescente institucionalização da política norte-americana, principalmente após o *New Deal*. Qualquer emenda que fizesse uma importante diferença estrutural no modo do governo operar está fadada a encontrar forte oposição – pelo estabelecido poder das burocracias do governo, pelas comissões do Congresso e pelo poder dos grupos de interesse.

Após levantar todos esses dados, Griffin entende possível tirar suas conclusões a respeito de como se pode mudar uma constituição e, conseqüentemente, como ela efetivamente muda. Logrando essa resposta, também é possível identificar qual é a Constituição vigente hoje. Primeiro, concluiu que se uma alteração do quadro estrutural tiver que ser feita na Constituição cada vez em que houver uma transformação nas circunstâncias históricas, toda a estrutura constitucional poderia, muito facilmente, ser posta em dúvida. Seria como se o Estado estivesse numa convenção constitucional (assembleia nacional constituinte) eterna. E não é do interesse de ninguém, afirma Griffin, colocar em questão, numa base contínua, *as regras fundamentais do jogo político* previamente acordadas. Ou seja, a *ordem política* seria abalada, tornada incerta,

pela constante necessidade de legalizar alterações fundamentais na Constituição em resposta às novas condições históricas. Segundo, que ter uma constituição permanente que serve como um quadro estrutural/base para o governo é um objetivo louvável. Mas só se poderia usar o método formal de emenda à Constituição para adaptá-la às mudanças históricas sob o preço de abandonar o compromisso de ter uma constituição como um quadro estrutural/base para o governo. Daí concluir Griffin que os dois objetivos da geração fundadora (*the founding generation*),¹⁹⁰ não obstante serem louváveis, são inconsistentes quando se percebe a necessidade de adaptar a Constituição às novas circunstâncias.

Griffin conclui, então, que o método de alteração constitucional usado pelos estados – por meio de emendas formais – é bastante desvantajoso em relação ao federal – alteração da Constituição sem tocar no texto constitucional, mas apenas atribuindo novos poderes aos órgãos e poderes estatais e estes sendo aceitos pelas instituições governamentais. Especialmente por engrandecerem (essas emendas) o caráter antidemocrático da Constituição, porque permitiria que maiorias temporárias bloqueassem políticas em particular, bloqueio este que não poderia ser eliminado por uma maioria legislativa ordinária. Essa postura dificulta severamente a habilidade dos governos de responder a novos problemas sociais e econômicos.¹⁹¹ A detalhada restrição contida nas maiorias das Constituições Estaduais fez isto com os seus respectivos governos durante a Grande Depressão, além de ajudar a criar um vácuo no qual o poder constitucional federal teve que ser exercido.¹⁹²

Há, entretanto, uma similitude crucial entre a experiência federal e a estadual. Em ambos os casos, a opção pela atualização da Constituição através de emendas formais que preservassem o quadro característico do documento não foi adotado. Ou seja, em ambas foi alterada a sua estrutura básica, característica.¹⁹³

¹⁹⁰ Pretendia que o governo fosse baseado e guiado pela lei escrita e pretendia manter o quadro-base (ou estrutura-base) característico da Constituição, que subsistiria através dos séculos.

¹⁹¹ Nesse ponto, observa-se uma divergência entre Griffin e Vermeulle. Como será visto, Vermeulle conclui que o melhor para a atualização da Constituição é sua alteração formal, seja pelo artigo V, seja por meio de leis ordinárias que lhe deem conteúdo ou esclareçam.

¹⁹² Ainda nos anos 1950 e 1960 as Constituições Estaduais continuavam a ser criticadas por emperrar o desenvolvimento econômico.

¹⁹³ Os estados foram capazes de mudar suas Constituições através de emendas, mas a maioria das emendas transformaram suas Constituições em super-códigos (*superstatutes*). As emendas à Constituição Federal têm sido tão difíceis, que a maioria das mais significativas alterações

Outro ponto importante neste tema é o papel da Suprema Corte na tarefa de adaptar a Constituição às transformações históricas. E Griffin entende necessário fazer uma análise em apartado dele.

O autor discorda da tese aceita por muitos observadores de que a interpretação judicial tem sido o meio primário para a adaptação da Constituição às mudanças, sem passar pelo processo exigido pelo artigo V. De acordo com ela, a Suprema Corte tem servido de *guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais* (*primary gatekeeper of constitutional change*) – ideia próxima à brasileira de *guardião primário da Constituição*. A Corte teria o poder de selecionar as alterações que passarão pelo "portão", excluindo as que não desejar. Isto indicaria que a Corte estaria no controle do processo de alteração constitucional. A despeito da plausibilidade da "tese do guardião" (*gatekeeper thesis*), Griffin afirma que ela, como abordagem para a compreensão da mudança constitucional federal, é profundamente errada. Para ele, duas características do constitucionalismo americano impedem que a Suprema Corte venha a ser o agente primário da alteração constitucional.

Primeiro, a positivação (*legalization*) da Constituição significava que a Suprema Corte tinha que agir como outras cortes e esperar por uma litigância efetiva antes de proferir um julgamento – então, em suas primeiras decisões, diminuiu o poder de emitir pareceres consultivos aos outros poderes do governo. Ou seja, a Suprema Corte não se envolvia nas mudanças constitucionais enquanto não se gerasse um litígio judicial.¹⁹⁴ Então, conclui Griffin, quando alterações constitucionais forem necessárias para atender aos interesses do Congresso, do presidente, dos estados e dos cidadãos em geral, a alteração não envolverá a Corte, porque ninguém terá interesse para iniciar uma disputa judicial.¹⁹⁵ Griffin reconhece, entretanto, que geralmente as mudanças constitucionais significativas resultarão em algum tipo de disputa judicial. Mas isto não significa que a Corte é quem inicia ou é a maior contribuinte para uma alteração constitucional. A Corte não é capaz, nem mesmo, de servir de guardião primário da Constituição, o

constitucionais do século XX não foram impressas no documento, mas também houve mudanças estruturais nela, embora informais.

¹⁹⁴ Um dos exemplos citados por Griffin para demonstrar isso foi a impossibilidade de a Corte analisar os novos poderes adquiridos pela Presidência da República no *New Deal*.

¹⁹⁵ Como o exemplo referido no início deste trabalho, a respeito do falecimento de Tancredo Neves e a sucessão presidencial no período de transição.

guardião do portão das alterações constitucionais (*primary gatekeeper of constitutional change*), pela sua fraqueza institucional (GRIFFIN, 1996, p. 43). Esta fraqueza adota a forma de *autorrestricção* (*self-restraint*) quando se depara com o exercício de um poder constitucional que ela não consegue influenciar com sucesso.¹⁹⁶ É um equívoco dizer que a Corte aprovou os novos poderes e responsabilidades do governo federal como se ela tivesse a escolha, de fato, de continuar a supervisionar a constitucionalidade da regulação social e econômica. Ela não tinha tal poder de escolha. A Corte recusou-se a exercer qualquer papel significativo no controle da legislação econômica federal e estadual.¹⁹⁷ Isto também se deu em relação aos casos envolvendo relações internacionais dos EUA. Ou seja, o Congresso e o presidente, não a Corte, iniciaram a mudança constitucional em tela e a efetivaram. O papel da Corte foi, para Griffin, nitidamente secundário.

Portanto, a ideia da Suprema Corte como o guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais é inerentemente implausível. Também é equivocada a ideia de que a interpretação judicial seria o principal meio de adaptação da Constituição às mudanças fora do Artigo V. Pela natureza fluida da alteração constitucional sem observância do artigo V, a ideia do guardião do portão (*gatekeeper*) seria válida apenas se a Corte fosse o mais poderoso dos poderes. Este argumento é bem próximo do utilizado por alguns constituintes responsáveis pela Constituição brasileira de 1891 vencidos quanto ao tema do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça, previsto pela Constituição do Império no art. 164), que mesmo após sua promulgação afirmavam ineficaz, na prática, o controle judicial de constitucionalidade, dado que o poder estava nas mãos do Executivo e este só cumpriria as decisões judiciais se quisesse. Sem adentrar na análise dos

¹⁹⁶ Essa argumentação de Griffin é próxima, por exemplo, à argumentação de Carl Schmitt (2007), que não via como um tribunal poderia ser "o" guardião da Constituição, tarefa somente possível ao presidente do Reich. Ela também não é distante de grandes defensores do controle judicial de constitucionalidade, como John Hart Ely (1980) e Alexander M. Bickel (1986). Ely (1980) entende que justamente o fato de o tribunal não ter como exigir pela força o cumprimento de suas decisões faz com que ele se autorrestringa – sendo aconselhado a se autorrestringir. Bickel (1986) o coloca como o poder menos perigoso e adequado para "tomar conta" da Constituição também por esse fato.

¹⁹⁷ Para comprová-lo, Griffin (1996, p. 43) cita Tribe: "in the years after 1937, the Supreme Court essentially offered the Congress carte blanche to regulate the economic and social life of the nation, its actions subject only to the requirements of the Bill of Rights".

motivos que poderiam (e estavam) por trás do seu posicionamento, cabe mencionar o senador Aristides Lobo:

É preciso não ser cego. A maior necessidade do momento não é correr atrás de um suposto e imaginário constitucionalismo, mal pensado, aliás, pelo primeiro de seus guardas, o Supremo Tribunal de Justiça [*sic*], mas o fortalecimento do Executivo, única garantia, não se iludam, da permanência da República. (17.08.1893, apud. RODRIGUES, 1965, pp. 37-38).

No jogo de nossas instituições, a garantia institucional não está na mão desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do Poder Executivo, depositário fiel da execução de todas as leis, imediato representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social. (19.08.1893, Apud. RODRIGUES, 1965, pp. 37-38).

E, obviamente, a Corte nunca teve este tipo de poder. Griffin cita Sidney George Fisher, que escreveu logo após o início da Guerra Civil americana: "*If the Constitution be immutable, what was law in 1787, must be law as long as the Constitution lasts. To maintain it, therefore, the Judiciary must be stronger than the people, stronger than the representatives of the people. In a popular government this is impossible*" ("Se a Constituição for imutável, o que for lei em 1787 deverá ser lei enquanto a Constituição permanecer em vigor. Para manter isto, entretanto, o Judiciário tem que ser mais forte que o povo, mais forte do que os representantes do povo. E num governo democrático, popular isto é impossível").

Griffin ressalta a importância de se ter em mente o fato de as mais famosas decisões da Suprema Corte, inclusive *Lochner vs. New York* e as opiniões pós-*New Deal* como *Brown vs. Board of Education* e *Roe vs. Wade*, serem casos relativos ao poder dos governos estaduais, e não do governo federal. Decisões verdadeiramente significativas, que limitassem o poder do Congresso Nacional ou do presidente após o *New Deal*, são raras. Após o *New Deal*, a Corte especializou-se em verificar o atendimento dos *standards* encontrados no *Bill of Rights* e nas emendas da Guerra Civil americana (*Civil War Amendments*) pela legislação estadual. Então, o impressionante corpo de jurisprudência constitucional da Suprema Corte formado a partir do *New Deal* é baseado em uma porção relativamente pequena da Constituição Federal. Essa jurisprudência, ademais,

trata de apenas uma mínima porção das políticas totais produzidas por todos os poderes, órgãos e entes do governo federal.¹⁹⁸ Como então se poderia afirmar que a Suprema Corte seria o guardião do portão das mudanças constitucionais e que sua interpretação é a que seria responsável pelas alterações da Constituição Federal fora do artigo V? Sendo esta ideia totalmente descabida, por que então é tão largamente aceita e difundida?

Para Griffin, parte da resposta encontra-se justamente no substancial corpo jurisprudencial relativo aos estados, noticiado acima.¹⁹⁹ Obviamente, esta jurisprudência não pode ser fonte de iniciativa das mudanças ocorridas no Executivo e no Legislativo. Entretanto, o principal problema da análise convencional sobre mudança constitucional é a ausência de apreciação das diferenças existentes entre a Constituição e a lei (*ordinary law*), expressas na primeira seção do livro de Griffin – cuja base ele retira de Bruce Ackerman. E a principal delas é que a Constituição não pode ser garantida como as leis ordinárias podem. A legalização/positivação/normatização da Constituição fez com que ela fosse tratada como outro tipo de lei. Todos os poderes são responsáveis, simultaneamente, por obedecer e fazer cumprir a Constituição. Enquanto eles têm algum apoio popular, somente poderão ser responsabilizados por alterarem a Constituição quando assim desejarem. Então, por exemplo, se o Executivo desejar alterar seus poderes e responsabilidades e o Legislativo concordar ou for indiferente, não há muito que a Suprema Corte possa fazer. Se a Corte adotar uma linha dura contra as mudanças que os poderes eleitos consideram necessárias, a Corte sabe muito bem que a objeção de seus ministros pode ser sobrepujada por outros ministros que sejam mais condescendentes, afirma Griffin.

A Constituição foi projetada para ser garantida pelos tribunais e interpretadas pelo mesmo método usado para outros tipos de lei. A partir do momento em que a Constituição estrutura políticas e sistema de governo, dar ao Judiciário o único poder de garantir a Constituição é equivalente a transformar o Judiciário no mais poderoso poder do governo. A partir do momento em que isto não é sustentável politicamente, o escopo do Direito Constitucional torna-se

¹⁹⁸ Esse é outro dado relevante no estudo de Vermeule, Schauer, Posner dentre outros, sobre as limitações do Judiciário.

¹⁹⁹ Não é apenas curioso que a grande maioria dos atos normativos julgados inconstitucionais pelo STF sejam estaduais, como veremos adiante.

necessariamente limitado. É justamente isto que significa *o movimento da "teoria" para o "político"*, referido por Griffin no título de seu livro. O constitucionalismo americano deslocou-se da *teoria* na qual toda a Constituição poderia permanecer separada da *política* para a situação onde *o significado da maioria da Constituição é determinado através de políticas fixadas pela legislação ordinária*.²⁰⁰

Este deslocamento da Constituição não era óbvio até o governo federal tornar-se efetivamente ativista, um Estado intervencionista, no século XX. A experiência do *New Deal* tornou evidente que o Judiciário somente pode garantir uma pequena porção da Constituição. *O significado da maioria dos dispositivos constitucionais é, portanto, determinado pela interação entre Executivo e Legislativo*.²⁰¹ Enquanto é possível para estes poderes alterarem suas interpretações sobre a Constituição por meio de procedimentos legalistas cuidadosamente fundamentados em argumentos escritos – como se supõe que uma mudança ocorra no Judiciário –, não é muito frequente que elas ocorram deste modo.

Griffin, nesse ponto, faz uma última indagação: como nós sabemos que houve significativas alterações constitucionais no século XX fora do artigo V, se tais mudanças ainda estão em andamento?

Há certo consenso entre muitos estudiosos de que alterações constitucionais fundamentais ocorreram durante o *New Deal*. Entretanto, a experiência constitucional dos estados mostra que as mudanças nos poderes e responsabilidades do governo conduzem a uma contínua mudança constitucional – as emendas formais às constituições estaduais comprovam esse fato. *O mesmo teria ocorrido com a Constituição Federal dos EUA caso o processo de emenda fosse mais simplificado e não houvesse o tabu contra as mudanças na Carta Magna, tal como ocorria nos estados*. Então, a ausência de emenda constitucional

²⁰⁰ Aqui notamos mais uma ideia base para a tese de Vermeule (2006 e 2009) em seus livros de 2006 e de 2009, quando afirmará que a atualização e correção da Constituição devem ser feitas pelo Legislativo, por meio de leis ordinárias (codificação da Constituição), ao invés de pelo Judiciário por decisões judiciais (*common law constitutionalism*). A divergência entre os autores quanto às emendas à Constituição é dispersada neste ponto.

²⁰¹ Reitere-se uma distinção importante, mas não excludente, entre Vermeule (2006 e 2009) e Griffin: aquele afirma que a alteração da Constituição deve ser feita por meio da legislação ordinária, no que a escolha pela postura interpretativa formalista é decisiva; já Griffin constata que isso já ocorre, de um modo ou de outro.

para validar o *New Deal* não significa que não houve alteração na Constituição. Significa, ao contrário, que a mudança constitucional assumiu outras formas. Os importantes períodos de alteração constitucional do século XX, dentre eles o do *New Deal*, fluíram através do Executivo e do Congresso Nacional, e não da Suprema Corte e da Constituição positivada (*legalized Constitution*) – ou Constituição normativa ou positiva ou legalizada, aquela identificada e afirmada pela técnica jurídica.

2.2.5.1

Alteração constitucional na teoria de Bruce Ackerman

Bruce Ackerman (2006) produziu, pouco tempo antes de Griffin escrever seu livro, uma importante teoria sobre mudança constitucional, que Griffin considerou merecedora de uma consideração à parte. Focou sua análise na ideia central de Ackerman, a de que os EUA é uma *democracia dualista* – estabelecida pela Constituição –, e numa alegação chave que segue esta ideia.

A concepção de Ackerman deve ser distinguida de duas concepções mais familiares e aceitas sobre o constitucionalismo dos EUA: *i*) a ideia a respeito da diferença entre lei e Constituição, tratada por Griffin na primeira seção do primeiro capítulo de seu livro, e *ii*) a concepção sobre o contraste entre emendas à Constituição que ocorrem através do processo especificado no artigo V e aquelas mudanças constitucionais que ocorrem sem observar o artigo V. Griffin tratará da concepção dualista de Ackerman relacionada a esta segunda ideia, ressaltando que tal concepção é bem mais complexa e controversa.

O dualismo de Ackerman extrai uma distinção entre a *política ordinária* e a *política constitucional* e uma distinção relacionada entre o *legislador ordinário* e o *legislador maior* ou *constituente* (*higher lawmaking*). Como Griffin, Ackerman afirma que a mudança constitucional nos EUA decorre de um episódio qualificado. Verdadeiras alterações fundamentais na estrutura constitucional dificilmente ocorrem e não necessariamente resultam numa emenda formal à Constituição. A teoria de Ackerman é, no fim das contas, uma tentativa de justificar e de mostrar sentido a esta característica do constitucionalismo norte-americano.

Ackerman, como reconhece Griffin, defende como plausível a ocorrência de somente três verdadeiros momentos fundamentais (ou *momentos transformadores*, nos termos de Ackerman) de mudança constitucional na história dos EUA: a) a adoção original da Constituição e da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), b) a Reconstrução estadunidense (*Reconstruction*), e c) o *New Deal*. Todos estes momentos são exemplos sobre o legislador maior/constituente, um especial tipo de política que envolve todo o povo americano agindo na sua condição de soberano. Griffin discorda desse ponto. Acredita que houve muitos períodos da política constitucional em que uma maior conscientização e debate das questões constitucionais, no entanto, não resultaram num momento transformador editado pelo legislador maior – uma emenda formal à Constituição. Este momento constitucional fracassado inclui a *Populist Era* e a *Progressive Era*, do final do século XIX e do início do século XX, e o movimento pelos direitos civis dos anos 1960 (*the civil rights movement of the 1960s*).

Para colocar todos estes três momentos constitucionais num mesmo plano,²⁰² Ackerman procura solapar o entendimento legal convencional sobre a fundação (*the founding*) e sobre a Reconstrução dos EUA. Afirma que *todos* os momentos de transformação constitucional na história americana ocorreram independentemente do processo especificado no artigo V da Constituição. Ou melhor, ocorreram sem obedecer à legislação vigente à época, ou seja, ocorreram de modo ilegal, eram ilegais. Esta assertiva pode ser comprovada pela própria adoção original da Constituição Federal dos EUA, já que, obviamente, ocorreu independentemente do artigo V, por ser anterior a ele. Mas, como dito, Ackerman vai mais fundo. Para ele, todos os momentos de transformação constitucional ocorreram ilegalmente, num certo sentido – ocorreram fora dos meios aceitos de realização de tais mudanças. A Reconstrução e o *New Deal* ocorreram fora do que determina o artigo V, enquanto que a *founding* ocorreu fora dos meios especificados na legislação da Confederação (*Articles of Confederation*). Interessante notar que algo semelhante já aconteceu na história constitucional

²⁰² O *New Deal* não constava originalmente do texto Constitucional adotado, nem foi aprovado por meio de emenda formal à Constituição, como foram as *Reconstruction Amendments*

brasileira. Trata-se da Reforma Constitucional de 1926, que não teria seguido o procedimento exigido pela Constituição Brasileira de 1891.²⁰³

Ackerman (2006) pretende que ensaios de James Madison e de Alexander Hamilton no *The Federalist* demonstrem que sua teoria sobre mudança constitucional fora do artigo V teria o apoio dos *pais fundadores* (*founding fathers*). Foca-se em numerosos ensaios que tentam responder a duas objeções levantadas por antifederalistas – ou seja, aqueles contrários às ideias de Madison e de Hamilton, entre outros federalistas: a) a Constituição é ilegal porque a Convenção Federal adotou um plano inteiramente novo para o governo em vez de apenas emendar os artigos da Confederação, e b) o processo de ratificação previsto no artigo VII da Constituição não estava adequado aos artigos da Confederação, que requeriam um consenso unânime dos estados antes que as emendas pudessem ser aprovadas. Nestes ensaios, Madison e Hamilton, para Ackerman, produziram a *teoria da política constitucional e a teoria do legislador*

²⁰³ Essa é a posição convicta de João Barbalho. Antes da Emenda Constitucional de 1926, João Barbalho e Carlos Maximiliano trataram da questão nas suas obras de Direito Constitucional. A questão é ainda mais interessante porque foi impetrado um *habeas corpus* exigindo a declaração da inconstitucionalidade da reforma constitucional pelo STF, o HC 18.178, STF, Relator Hermenegildo de Barros, julgamento em 01.10.1926, *Diário de Justiça* de 03.02.1931, p. 818. Importante observar que as decisões do STF, assim como as das Suprema Corte dos EUA, só tinham efeito entre as partes do processo. O STF, entretanto, filiando-se a uma posição doutrinária divergente da de João Barbalho, a de Carlos Maximiliano, entendeu que havia dúvida se a reforma era inconstitucional, embora se tratasse de regra objetiva, e que, portanto, não poderia declará-lo. Interessante notar que vigia claramente também no Brasil a regra do caso duvidoso. Fica bem claro, no julgado, que embora os magistrados pudessem concordar com João Barbalho, uma mínima dúvida razoável impediria a declaração de inconstitucionalidade: "... o impetrante argui de inconstitucional a recente reforma da Lei Magna, dizendo: que ela não foi aprovada por dois terços dos votos do Senado, exigido pelo art. 90, § 2º, da Constituição de 1891, segundo o qual 'a proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos das duas Câmaras do Congresso'; que a exigência não é, portanto, simplesmente de dois terços dos membros presentes, e assim deve ser entendido porque sempre que a Constituição se refere à votação das decisões do Congresso, fala em 'membros presentes' (art. 33 § 2º, 37 § 3º, 39, § 1º e 47 § 2º); somente neste caso não se refere a 'membros presentes' mas a 'Câmaras' – o que significa 'da Casa Legislativa', isto é, dos membros que a compõe. (...) Tratar-se-ia de uma interpretação (de João Barbalho) que não exclui a contrária, firmadas ambas em raciocínio mais ou menos aceitáveis. (...). Enfim, não tenho necessidade de indagar qual dessas interpretações é a mais aceitável. O que está fora de dúvida é que se trata de uma interpretação razoável da lei, o que nunca foi motivo para invalidá-la por inconstitucional." Caso adotada uma interpretação *textualista*, estaria com a razão João Barbalho. Caso adotado o *formalismo estratégico*, teria razão Carlos Maximiliano. Numa interpretação histórica (histórico legislativo) e teleológica, provavelmente a razão estaria com João Barbalho. Para conferir o processo legislativo que aprovou a Constituição brasileira de 1891, e daí tentar extrair o seu histórico legislativo, veja Aurelino de Araújo Leal (2002, pp. 195-249), João Barbalho (Comentários, art. 90, §1º e 2º), renovando a posição da "Comissão dos 21", que deu parecer sobre o projeto da Emenda Constitucional do Governo Provisório aprovada em 1926, Carlos Maximiliano (Comentário à Constituição Brasileira, nº 487), Calderon (Derecho Constitucional Argentino, tomo I, p. 339) e o próprio HC 18.178, STF.

maior, a fim de justificar a não observância do processo de mudança especificado nos artigos da Confederação. Madison, no *The Federalist n° 40*, arguiu que, a partir do momento em que a Constituição fosse submetida à Convenção, seria, então, aprovada ou desaprovada pelo povo como um todo. Se o povo aprovasse a Constituição, isto teria o efeito de solapar qualquer erro ou irregularidade antecedente que porventura tivesse ocorrido na Convenção Federal – que aprovou a Constituição Federal de 1787.

Mas há uma diferença significativa, para Griffin, entre o *founding* e os períodos subsequentes de mudança constitucional. Estes, como a Reconstrução e o *New Deal*, ocorreram sempre à sombra do artigo V e, infelizmente para a teoria de Ackerman, não há razão para pensar que Madison e Hamilton aceitassem tal procedimento como adequado ou como uma verdadeira alteração na Constituição. Embora não apareça na exposição de Ackerman, eles dois discutiram o artigo V e indicaram que entendiam que este era o meio adequado para se alterar a Constituição – até porque eles defenderam e fizeram aprovar o artigo V. Tanto que os fundadores usaram o artigo V para emendar a Constituição não menos do que doze vezes nos vários anos que se seguiram à sua aprovação. Ainda segundo o autor, nem mesmo o argumento de Ackerman no sentido de que tais emendas – as feitas formalmente, obedecendo ao artigo V – não seriam transformações constitucionais verdadeiras salvaria sua tese neste ponto. Porque, entre elas, está a ratificação do *Bill of Rights*, que atende ao disposto no artigo V e é geralmente entendido como fundamental para a ordem constitucional americana.

Griffin também critica o uso de Ackerman da tese de Madison no *The Federalist n° 49* – "a constitutional road to the decision of the people, ought to be market out, and kept open, for certain great and extraordinary occasions", estas ocasiões seriam, para Madison, aquelas em que emendas foram aprovadas na forma do artigo V (GRIFFIN, 1996, p. 50) – e da tese de Hamilton sobre o Judiciário no *The Federalist n° 78*. Mas conclui que, não obstante a teoria de Ackerman não ter sustentação no *The Federalist*, sua avaliação sobre a história constitucional dos EUA continua desafiadora. A resposta dada por Ackerman sobre como os americanos distinguem os momentos de legislação maior que resultam em emendas constitucionais transformadoras dos momentos constitucionais fracassados não tem relação com o pensamento da geração fundadora, mas subsiste ainda que sem apoio nela. Ele demonstra não só uma

evidente ilegalidade da Constituição americana, mas também o desconfortável fato de a emenda constitucional da Reconstrução não ter sido ratificada validamente, uma vez que os estados da Confederação vencedores impuseram aos estados vencidos a sua aceitação.²⁰⁴

Griffin critica Ackerman por ele se contentar em analisar esses momentos transformadores como sendo legais ou ilegais, não obstante sempre estar atento ao contexto histórico e político. A limitação a esta análise seria um erro. Apesar dos seus desvios do processo de emenda especificado nos artigos da Lei Maior, o Congresso da Confederação aprovou a Constituição proposta nos estados e os estados elegeram delegados para ratificarem a Convenção. Este processo poderia ter sido anulado em qualquer fase caso um número suficiente de cidadãos estivesse convencido de que *a questão da legalidade* era importante. Isto não ocorreu, no entanto. Para Griffin, então, o *contexto político* no qual a Convenção Federal foi convocada e a Constituição ratificada²⁰⁵ eliminam qualquer vício que o procedimento pudesse ter em relação à legislação em vigor.²⁰⁶ O mesmo em relação às emendas da Reconstrução. A Guerra Civil gerou uma crise política e constitucional na qual ações como a exigência forçada de aceitação de emendas pelos estados relutantes tornaram-se necessárias. Esse é um aspecto do constitucionalismo que pretendemos chamar à atenção. De um modo geral, mas especialmente em determinados momentos, a política indica que o Direito Constitucional não pode ser encarado pelas *instituições que sustentam a ordem constitucional* como se fosse um ramo como outro qualquer do Direito. As técnicas tradicionais de interpretação e aplicação do direito não são úteis aqui.²⁰⁷ Com essa passagem do estudo de Ackerman e Griffin, esperamos aclarar essa peculiaridade do Direito Constitucional e o modo como deve ser interpretado.

Há outra crítica importante de Griffin a Ackerman. Não há dúvida de que ocorreram períodos de política constitucional importantes na história dos EUA, nos quais questões constitucionais tornaram-se prioritárias e mudanças fundamentais foram feitas no sistema constitucional, mas eles foram bem mais do

²⁰⁴ Obviamente, a previsão normativa de emenda exigia aceitação de todos os estados sem coação. Daí a ilegalidade.

²⁰⁵ A inadequação dos dispositivos da Confederação gerou a crise política e constitucional que os membros da Convenção Federal desejaram resolver.

²⁰⁶ Como defendiam os *federalistas*, a concepção sobre legalidade aqui é totalmente irrelevante.

²⁰⁷ Apesar de isto ser alertado pelos grandes estudiosos da hermenêutica, como Carlos Maximiliano, os juristas não costumam perceber a importância e cogência de sua observância.

que os três momentos admitidos por Ackerman. Especialmente a *Progressive Era* e o *Civil Rights Movement*, classificados por Ackerman como *momentos constitucionais fracassados*.

Para Griffin, os aspectos questionáveis da teoria de Ackerman também sugerem que é um equívoco tentar transmutar a alteração constitucional fora do artigo V para dentro da alteração legal – analisá-la com base nos conceitos utilizados para verificar a alteração legal. Tendo em vista o contexto produzido pela Constituição positivada (*legalized Constitution*), chamar *alterações constitucionais significativas* de "emendas" implicaria dizer que elas têm o mesmo *status* das emendas editadas na forma do artigo V – das emendas legais, as que passaram pelo procedimento exigido pelo Direito Positivo. Uma vez compreendido que a *Constituição positivada* limita o âmbito no qual a Constituição pode ser garantida da mesma maneira que uma lei ordinária/comum, alterações fora deste âmbito não podem ser legais nos termos requeridos pela teoria de Ackerman.²⁰⁸ O que Griffin afirma é que, segundo o argumento de Ackerman, do qual discorda, a normatização da Constituição serve para que ela possa ser garantida tal qual uma lei comum. Se isso fosse verdade, apenas uma emenda que observe a Constituição positivada, uma emenda formal à Constituição, poderia ter o mesmo tratamento. Porque a alteração constitucional feita sem a observância da Constituição positivada – portanto ilegal, para Ackerman – não irá se integrar a esta, mas apenas à parte não positivada/legalizada da Constituição (GRIFFIN, 1996, pp. 52-53). Adiante, será visto que, para Griffin, ambas as alterações à Constituição, a emenda formal à Constituição (conforme o artigo V) e a alteração constitucional sem a observância do artigo V, são funcionalmente equivalentes, ou seja, na prática, têm mesma natureza e características – alteram a Constituição e devem ser respeitadas da mesma forma.

Compreender a Constituição positivada (*legalized Constitution*) – a Constituição reconhecida como norma jurídica – significa aceitar a realidade na qual significativas transformações constitucionais podem ocorrer por meio de políticas do legislador ordinário, fora do domínio do Direito Constitucional, conclui Griffin.

²⁰⁸ Não poderiam contar com as garantias, idênticas às de uma lei comum, que detém a Constituição positivada.

2.2.6

Qual é a Constituição estadunidense?

Se for assim, qual é então a Constituição em vigor nos EUA?

Griffin afirma que a Constituição muda mais por outros meios do que por emenda formal. A soma total da Constituição americana, obviamente, não é aquela guardada sob os vidros do Arquivo Nacional americano – a Constituição de 1787. Por este motivo, entende que a difícil tarefa de definir a Constituição somente pode ser feita após o problema de a alteração constitucional ser bem compreendido. A tarefa de definir a Constituição torna-se ainda mais complicada pelo fato de exigir uma cuidadosa distinção entre tentativa de descrever e explicar o sistema constitucional e tentativa de traçar os limites da ordem normativa estabelecida pela Constituição.

Griffin inicia seu raciocínio com uma definição convencional, usualmente aceita nos EUA, de Constituição: "the content of the 1787 document as ratified and validly amended plus valid precedents interpreting the document issued by the federal judiciary" (GRIFFIN, 1996, p. 53). Isto seria o Direito Constitucional (constitutional law). Mas, muito embora esta definição pareça inquestionável, Griffin afirma que ela pode ser criticada, implicitamente, pelo fato de que não só os precedentes da Suprema Corte podem fazer parte da Constituição; muitos estudiosos já afirmaram que algumas práticas do presidente e leis federais têm o status de quadro estrutural da legislação (*framework legislation*). Gerhard Casper, citado por Griffin, define *framework legislation* como sendo uma legislação diferente da legislação comum.²⁰⁹ Ou seja, são leis que visam implementar a Constituição, dar concreção a seus dispositivos, e não resolver um específico problema político, como no caso das leis ordinárias. Fazendo-se uma comparação com o sistema constitucional brasileiro, seria um tipo de Lei Complementar não previsto formalmente.

²⁰⁹ "(...) in that it does not formulate specific policies for the resolution of specific problems, but rather attempts to implement constitutional policies", como, por exemplo, o National Security Act, de 1947, o Congressional Budget e o Impoundment Control Act, de 1974, o National Emergencies Act, de 1976 e o War Powers Resolution, de 1973.

Tal definição convencional de Constituição também é criticável pelo fato de não reconhecer a discussão exposta acima sobre mudança constitucional sem o procedimento exigido pelo artigo V e sem a interpretação judicial – alteração da interpretação do Judiciário a respeito de um dispositivo da Constituição (*common law constitutionalism*). O que sugere, para Griffin, que esta definição de Constituição deve ser revista, a fim de incluir verdadeiras mudanças fundamentais como parte do sistema e aquelas que seguiram o *New Deal* – como fez Ackerman, dentre outros poucos. Entretanto, essa nova definição de Constituição também é questionável, uma vez que é incerto se o sistema legal reconhece tais mudanças como sendo parte da Constituição, afirma Griffin.

Concluindo, há um dilema: um sentimento de que a definição convencional não captura toda a realidade da mudança constitucional e, ao mesmo tempo, a crítica no sentido de que expandir a definição convencional gera o risco de obscurecer o claro *status* do texto como lei suprema. Esta foi a base de um longo debate sobre se a Constituição é mais bem caracterizada como escrita ou como não escrita.

Griffin (1996 e 2005) tem uma solução para o dilema: nós devemos apreciar ambas as definições de Constituição (a convencional e a revisada) não como necessariamente antagônicas. Podemos entender a revisão sugerida (a definição de Constituição revisada) como uma tentativa de descrever e explicar a Constituição que temos, percebendo que normas que não estão no texto são *funcionalmente equivalentes* a normas que estão no texto da Constituição.²¹⁰ Aqui notamos mais uma grande semelhança com a proposta de interpretação da Constituição de Vermeule (2006), no que toca aos *greats concepts* (grandes conceitos/concepções constitucionais).

²¹⁰ Cabe, aqui, fazer uma observação. Griffin utiliza o conceito *Constituição positivada* (*legalized Constitution*) para indicar aquilo que os juristas afirmam ser, empregando a técnica jurídica, a Constituição. Ele utiliza este conceito para distinguir a Constituição que é afirmada pelos poderes eleitos, que poderia ser chamada de simplesmente *Constituição* ou de *constitucionalismo*. Para Griffin, este é mais abrangente que a *Constituição positivada*, tem função idêntica, mas o espaço que um ocupa não é ocupado pelo outro. Esta classificação de Griffin (*Constituição vs. Constituição positivada*) serve, basicamente, para diferenciar quando a Constituição foi concretizada ou esmiuçada por meio da técnica jurídica (*theory*) – e, portanto, está resguardada pelo Direito – do momento em que ela está sendo concretizada ou esmiuçada por meio da disputa política (*politics*) – e, portanto, é resguardada apenas, a princípio, pelo sistema político, a democracia no caso dos EUA. Ambas compõem a Constituição Federal.

Alguns estudiosos, tal como Carl J. Friedrich (1967), têm visto uma convergência entre a "escrita" Constituição norte-americana e a "não escrita" Constituição britânica. Enquanto a Constituição britânica se tornou mais escrita e formalizada ao longo dos anos, à Constituição americana foram embutidos compromissos políticos e interpretações judiciais. Então, a definição convencional continua válida, mas só enquanto se estiver considerando a Constituição legalizada, a Constituição positivada. Para entender a Constituição como um todo, é preciso recorrer também à definição revisada de Constituição.²¹¹ Isto evita que se retire o claro *status* – e, portanto, também, a eficácia social, e não só jurídica – de norma fundamental do texto escrito da Constituição.

Finalmente, Griffin dá a sua definição de Constituição, a qual pega emprestada de Munzer e Nickel: "*a text-based institutional practice in which authoritative interpreters can create new constitutional norms*" (“um texto baseado na prática institucional a partir do qual intérpretes legitimados podem criar novas normas constitucionais”). Estas normas são parte da estrutura do Estado. A partir do momento em que intérpretes autorizados a interpretar a Constituição podem criar novas normas constitucionais, o texto da Constituição é somente uma fonte de tais normas. Mas, por óbvio, uma vez criadas, essas novas normas constitucionais passam a integrar a Constituição. Portanto, a Constituição é o todo. Logo, para o propósito de descrever e explicar como a Constituição muda ao longo do tempo, a Constituição seria mais bem compreendida como *um texto baseado na prática institucional*.

2.2.7

Reflexos no constitucionalismo norte-americano

A relativa infreqüência de emendas importantes à Constituição e a aparente permanência da estabilidade das instituições levaram os norte-americanos a acreditarem que a Constituição é uma máquina que se move sozinha. Sugeriria que a Constituição pode operar o sistema político sem refinamento adicional ou intervenção externa. Entretanto, essa impressão é falsa.

²¹¹ Aquilo que for reconhecido como fazendo parte da Constituição, seja pela incorporação feita pelos compromissos políticos, seja pelas interpretações judiciais, terá que ser respeitado como se norma constitucional fosse – como se *Constituição positivada* fosse.

A dificuldade de emendar a Constituição forçou *a mudança constitucional na esfera federal* a assumir um caráter *protean* – a assumir uma capacidade de mudar rápida e facilmente. Se as responsabilidades do governo federal mudam, as normas constitucionais relevantes mudam também. Se o texto da Constituição é congelado devido à dificuldade de emenda, então, a mudança constitucional simplesmente assume uma forma diferente. Desse modo, a mudança pode ocorrer por meio de uma nova lei, por uma decisão da Suprema Corte ou por um ajuste na prática política. Isso está bem detalhado no "Capítulo 2" do livro de Griffin.

Para explicar a estrutura do constitucionalismo americano em larga escala, Griffin utiliza uma metáfora: imagine uma esfera ampla contendo uma esfera menor. A maior corresponde ao domínio constitucional como um todo, inclusive normas constitucionais não criadas através da adoção original da Constituição, do artigo V ou por interpretação judicial. A esfera menor é o domínio da Constituição positivada, o domínio mais facilmente identificado por advogados e juízes como *a Constituição* – é aquela reconhecida pelo Direito Positivo, por meio da técnica jurídica. Nela, alteração constitucional é compreendida em termos de emendas feitas sob o artigo V, interpretações judiciais e, talvez, *leis de importância transformadora* – ou "fundamental", para usar o termo de Griffin. Caso a Constituição positivada tente ocupar um espaço reclamado pelos poderes eleitos, então, a esfera menor contrai, fica ainda menor. Caso os poderes eleitos não cheguem a uma conclusão a respeito de uma específica questão constitucional e lancem-na às mãos da Suprema Corte, a esfera da Constituição positivada (a menor delas) expande. Mas, a forma e a natureza da Constituição positivada não podem ser entendidas sem que se leve em conta sua maior companheira (a Constituição ou o constitucionalismo, pode-se dizer).

O exposto sugere que o constitucionalismo entendido pela geração fundadora (*founding generation*) como tal é incompatível com o moderno Estado de bem-estar social, democrático e regulador. A *geração fundadora* esperava que o governo federal mantivesse apenas os poderes enumerados na Constituição, que precisasse apenas deles. Pelo menos alguns deles acreditavam que todos os poderes, e não apenas a Suprema Corte, deveriam interpretar a Constituição com o objetivo de dar efeito aos seus dispositivos. Mas estabelecer uma Constituição normativa requer que a Corte tenha monopólio do poder de emitir interpretações jurídicas sobre a Constituição. Se a Corte declarar uma ação governamental

inconstitucional ou não, está será a última palavra, em um sentido jurídico. Ou seja, a ideia da Constituição como uma lei maior de cumprimento obrigatório é preservada apenas na medida em que a Corte dá pleno efeito a todos os seus dispositivos. Mas, como observado quando da discussão sobre o *New Deal*, a Corte respondeu ao advento do moderno Estado Democrático recusando-se a decidir questões cruciais a respeito do poder constitucional. Isto significa que o poder governamental nestas áreas já não está mais sujeito às restrições constitucionais – a não ser que se pense que o Executivo e o Legislativo estariam dispostos, por escrúpulo, a colocar um controle externo sobre si.²¹²

Para Griffin, portanto, a ideia de constitucionalismo do século XVIII está intrinsecamente ligada à concepção de Estado Mínimo. A partir do momento em que o governo federal já não é mais um Estado Mínimo, a ideia do século XVIII de limitar e de delegar competências ao governo através de uma enumeração taxativa de poder constitucional não é mais viável. O controle do moderno Estado Democrático é alcançado, principalmente, por meio da operação normal do sistema político, e não através da Constituição positivada. Neste sentido, a democracia substituiu o constitucionalismo (*rectius*, o constitucionalismo do século XVIII) como o meio de constituir e controlar o governo.

Dito de outro modo, Griffin afirma que somente é possível continuar afirmando que o constitucionalismo está legitimando e controlando o governo caso ele seja entendido não como a Constituição positivada (concretizada pela técnica e instituições jurídicas), mas como a esfera maior, o domínio constitucional como um todo, concretizado e ditado politicamente, em arenas políticas. Quem vem desempenhando o papel de controle e limitador do governo, nos EUA, é o sistema político ordinário, a democracia – esta seria, então, atualmente, a grande responsável pelo constitucionalismo ou pela manutenção da ordem constitucional.

²¹² Mais à frente, trataremos dessa questão, da autorrestricção política, com base na obra de Jon Elster.

2.2.8

A concepção de democracia de Griffin e consequências à sua concepção de *judicial review*

Nesse ponto, é relevante expor a concepção de *democracia* que Griffin usa em sua teoria. Porque é justamente a sua concepção de democracia que lhe dá suporte para elidir a Constituição americana de 1787 do posto de parâmetro para a jurisdição constitucional (*judicial review*) e pôr em seu lugar os direitos constitucionais conquistados pelo povo, direitos humanos básicos – como o *Civil Rights Act of 1964*, o *Voting Rights Act of 1965* e suas respectivas emendas constitucionais, bem como o *Disabilities Act of 1990*, reflexo, principalmente, do movimento norte-americano pelos direitos civis.

Concordando com Amy Gutmann e Dennis Thompson, afirma que democracia é uma concepção de governo que prevê igual respeito à pretensão moral de cada cidadão, sendo, portanto, moralmente justificável a partir da perspectiva de cada cidadão. Na mesma linha, Robert Dahl, Thomas Christiano e Rex Martin afirmam, com o apoio de Griffin, que *o valor da democracia viria não da regra da maioria, mas do compromisso de tratar cada cidadão igualmente e garantir que o governo funcione de fato para fazer avançar o interesse de todos.*

Para Griffin, democracia pode ser pensada como um sistema de governo em que haja ou que resulte em uma impossibilidade natural de impedir que pessoas comuns levem adiante valores políticos primários, como a liberdade, igualdade e justiça. O autor salienta que a nova ordem de informações que chegará aos membros do governo (*policymakers*) é fundamental para a compreensão de diferentes pontos de vista e questões que estes pontos de vista levantam, possibilitando antecipar as consequências de vários possíveis planos de ação e de soluções para os possíveis problemas. Uma democracia deve ser imparcial – como defende Christopher Eisgruber.²¹³

Por isso, o Judiciário não deve atuar no sentido de anular atos legislativos que criem novos direitos – como de fato tem feito – ou que implementem alguns outros já consagrados. Ou seja, em alguns aspectos, o *judicial review* não é

²¹³ Cujas teoria Griffin utiliza para testar a sua, haja vista que tem concepção de democracia semelhante à concepção dele. Ou seja, um sistema de governo que deve responder pelos interesses e opiniões de todo o povo.

adequado ao papel contemporâneo que o Judiciário deve exercer numa *democracia de direitos* – em que todos os indivíduos podem ter seu interesse defendido nas arenas políticas. Nela, o procedimento padrão para a resolução de conflitos entre *política* e *princípios morais* deve ser o do debate público, e por meio das instituições representativas.

Griffin observa que, de fato, na ausência de uma *democracia de direitos* o Judiciário assumiu um relevante papel na defesa de direitos contra a discriminação. Mas isto só foi possível porque ele foi assistido nesta tarefa por um controle do Partido Democrata sobre os poderes eleitos e sobre a composição da Suprema Corte. Ou seja, *é ingenuidade acreditar que o Judiciário seja capaz de, sozinho, reverter políticas que desrespeitem direitos civis.*²¹⁴

Com o fim deste predomínio nos poderes eleitos e com a ascensão de uma *democracia de direitos*, os direitos constitucionais passam a receber proteção muitas vezes menor do Judiciário do que dos demais poderes, dependendo de sua composição, existindo uma rede de proteção legal que abarca todos os níveis de governo e que encontra eco numa sociedade civil consciente de tais direitos. O Poder Judiciário teria o papel, então, dada suas limitações e riscos que oferece hoje, de apenas dar suporte a esta rede, tendo em mente que o objetivo dela é o de assegurar uma ordem política que respeite a igual dignidade de todos os cidadãos – este é o parâmetro de controle de constitucionalidade principal ou final para Griffin.

A proposta de Griffin é de que o *judicial review* seria justificado apenas: *i)* para casos em que verdadeiramente se trata de matéria que deva ser submetida ao crivo judicial e que diga respeito somente às partes em litígio, e *ii)* para os raros casos nos quais seja demonstrado que as avenidas para as mudanças políticas estão fechadas.

Percebe-se, portanto, por parte de Griffin, uma limitação do *judicial review* muito maior do que o minimalismo de Sunstein, bem como que ele não deixa de ter uma concepção pragmática ou realística.²¹⁵ Na escolha a respeito de quem

²¹⁴ Essa questão será retomada no item "2.3.4."

²¹⁵ Uma vez que investiga o panorama institucional, concluindo haver nos EUA hoje uma *democracia de direitos*; e que investiga as potencialidades de cada instituição na preservação de direitos, concluindo que o Judiciário não tem poder para impor a maior parte do Constitucionalismo e mesmo da chamada Constituição positivada aos Poderes eleitos quando estes resistirem.

deve dizer o que a Constituição significa, Griffin fica com os Poderes eleitos, *dada a abstração do Constitucionalismo norte-americano*²¹⁶, a possibilidade de qualquer cidadão ser ouvido em quaisquer dos três Poderes, *a constatação de que também os Poderes eleitos têm uma racionalidade moral quando enfrentam questões que envolvam direitos*, sendo aptas para tratar e defender princípios primários. Não obstante entender que o papel do Constitucionalismo do Século XVIII está sendo exercido, hoje, nos EUA, pela democracia²¹⁷, enxerga ser ainda importante e útil a Constituição positivada e a jurisdição constitucional (*judicial review*), mas que dado o seu risco, devem se limitar a duas hipóteses apenas, repita-se: *i*) para casos em que verdadeiramente se trata de matéria que deva ser submetida ao crivo judicial e que diga respeito somente às partes em litígio, e *ii*) para os raros casos nos quais seja demonstrado que as avenidas para as mudanças políticas estão fechadas²¹⁸, devendo o Judiciário servir, só aí, como agente contramajoritário.

2.2.9

É possível uma "*democracia de direitos*" no Brasil?

Uma das questões mais urgentes do Direito brasileiro é definir o papel do Judiciário na interpretação (e aplicação) da Constituição. Essa discussão não é nova no Brasil.²¹⁹ Apesar de a jurisdição constitucional estar expressamente prevista na Constituição de 1988, há muitas questões em aberto, não definidas no texto constitucional.

A competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para ditar o que é constitucional e o que não é, inclusive quanto a emendas à Constituição, após a

²¹⁶ Mais à frente, vemos um avanço de Vermeule e Schauer em relação a Griffin neste ponto. Os dois primeiros identificam que, na verdade, há mais casos constitucionais fáceis do que difíceis. Consequentemente, que haveria mais hipóteses em que seriam aplicáveis regras constitucionais do que *standards* constitucionais num julgamento. A partir disso, Vermeule (2006 e 2009) concluirá que caberia ao Judiciário fazer cumprir preferencialmente as regras constitucionais. Quanto aos *standards*, o Judiciário os faria cumprir nos termos definidos pelo Legislativo (e pelo Executivo).

²¹⁷ E que, portanto, a definição atual de Constitucionalismo deve incorporar a prática de concreção da Constituição feita pelos Poderes políticos

²¹⁸ No caso excepcional em que os Poderes eleitos estiverem evitando, com sucesso, mudanças políticas.

²¹⁹ Como indicam os debates que precederam à edição da Constituição de 1891 e os debates ocorridos previamente à edição da Constituição Federal de 1988. Quanto aos primeiros, confira Aurelino de Araújo Leal (2002, pp. 195-249) e Fábio Carvalho Leite (2003); quanto aos últimos, confira Gisele Cittadino (2004, pp. 43-64).

Constituição de 1988, é encarada pelas demais instituições com surpreendente naturalidade.²²⁰ Também impressiona a naturalidade com que juízes declaram inconstitucionais leis e até emendas à constituição, inclusive em matérias de administração financeira.²²¹ Entretanto, é crescente o número de vozes no Brasil defendendo a importância de questionar o papel do STF na interpretação constitucional;²²² notícias de mobilização parlamentar, em reação ao ativismo do STF e/ou visando à criação de controle sobre os seus atos;²²³ e a necessidade de os

²²⁰ O Min. Gilmar Mendes Ferreira, p. ex., afirma ficar surpreendido com a normalidade com que a "sociedade" e os juristas aceitam decisões do STF que julgaram inconstitucionais emendas à Constituição – decisão que impede a mudança do ordenamento jurídico de maneira absoluta, qualquer que seja o instrumento jurídico de reforma empregado. Cf. Gilmar Mendes Ferreira (2009).

²²¹ Um bom exemplo, diante de vários, seria a decisão unânime da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declarou inconstitucional, em 27.10.2011, os § 9º e § 10 do Art. 100 da CRFB, introduzidos pela EC 62/2009, com base no princípio da proporcionalidade, no da coisa julgada, na separação de poderes, no princípio federativo dentre outras normas abstratas da CRFB: "5. *Em conclusão: os §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, introduzidos pela EC n. 62, de 2009, ofendem, a um só tempo, os seguintes dispositivos e princípios constitucionais: a) art. 2º da CF/88 (princípio federativo que garante a harmonia e independência dos poderes); b) art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 (garantia da coisa julgada/segurança jurídica); c) art. 5º, inciso LV, da CF/88 (princípio do devido processo legal); d) princípio da razoabilidade/proporcionalidade.*" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0036865-24.2010.404.0000/SC, Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, julgado em 27.10.2011, publicado em 10.11.2011, Corte Especial do TRF 4ª Região). Preveem os dispositivos declarados inconstitucionais: "§ 9º *No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.*" e "§ 10. *Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previsto.*"

²²² Na doutrina, p. ex., José Ribas Vieira (Blog *Supremo em Debate*; 2011, p. 160), afirmando que o modelo constitucional brasileiro pós-1988 vivencia certo esgotamento institucional em virtude da excessiva judicialização e do tipo de ativismo dos ministros do STF contemporâneo – de ampliação de suas atribuições ao invés de ampliação dos direitos e garantias fundamentais –, e Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 143), arguindo que a discussão mais urgente do constitucionalismo brasileiro possivelmente seja sobre o papel do STF na interpretação constitucional.

²²³ Cf. a aprovação por unanimidade na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados da PEC 3/2011 (dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal, de maneira a possibilitar ao Congresso Nacional sustar não só ato do Executivo, mas também ato do Judiciário que exorbite de sua competência); Consultor Jurídico, dia 17.06.2012 (<http://www.conjur.com.br/2012-jun-17/grupo-senadores-transformar-senado-ultima-instancia-recurso>), sobre a movimentação para a proposição de uma emenda à Constituição que possibilite recurso ao Senado em face de decisão do STF; *Senadores na Mídia* do dia 09.03.2012, em que o senador Pedro Simon diz que o STF "humilha o Congresso" ao considerar inconstitucional a criação do Instituto Chico Mendes por medida provisória (<https://www.senado.gov.br/senadores/notSenamidia.asp?fonte=js&codNoticia=114980&nomSena dor=Pedro+Simon>): "— Dessa forma, o Supremo põe 466 leis no limbo, feitas a partir de medidas provisórias — afirmou o senador." – curiosamente, o controle das medidas provisórias pelo STF,

ministros do STF terem de afirmar não serem ativistas durante sua sabatina no Senado, ou de explicar que sua atuação, na verdade, não é ativista, para jornalistas e pesquisadores.²²⁴ Independente de se concordar ou não com essas medidas, é necessário constatar que elas existem. É relevante fazer uma análise positivista²²⁵ nesse âmbito.

Ao contrário do geralmente difundido, é possível, por exemplo, questionar a constitucionalidade de juiz singular declarar norma inconstitucional no Brasil, com base na norma que exige a reserva de plenário para declarar norma inconstitucional (Art. 97). Não havendo norma constitucional expressa autorizando a declaração de inconstitucionalidade por juiz singular e havendo norma expressa exigindo a reserva de plenário aos tribunais para fazê-lo, não seria absurdo defender a impossibilidade de juiz singular declarar norma inconstitucional, pelo contrário. A legislação processual poderia regulamentar o Art. 97 da Constituição prevendo o envio do processo ao plenário do tribunal a que o juiz da causa estiver vinculado, na hipótese de este entender pela inconstitucionalidade, nos moldes do que ocorre quando um juiz de tribunal assim entende. E, ainda que não houvesse qualquer alteração na legislação ordinária processual, caso uma das partes, num processo civil, entendesse que a lei aplicada pelo juiz singular é inconstitucional, caberia o agravo²²⁶ e a apelação,²²⁷ de modo que o órgão competente faria a análise quanto à constitucionalidade.

quanto ao que seria "urgência e relevância", era uma das maiores e mais consensuais reivindicações dos constitucionalistas brasileiros. Cf., por todos, Humberto Ávila (1997, pp. 84-86), Celso Ribeiro Bastos (1989, pp. 263-264 e 268-269), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, pp. 68-69) e Clèmerson Merlin Clève (1999, pp. 143-147). Posteriormente, o STF reviu sua decisão anterior que havia julgado inconstitucional a Medida Provisória criadora do Instituto Chico Mendes: "Para evitar uma avalanche de ações na Justiça, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quinta-feira (8) que a mudança no rito de aprovação das medidas provisórias só valerá para as que forem editadas a partir de agora." (DÉBORA SANTOS, 2012). Confira, por fim, a aprovação, no Senado, no dia 04.07.2006, do Projeto de Lei do Senado nº 50/06, que visa impedir a concessão de liminar monocraticamente pelo STF em mandado de segurança contra ato do Supremo Tribunal Federal, do presidente da República e das mesas ou comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

²²⁴ Cf. *Anuário da Justiça Brasil 2012* (pp. 38-91), em que se destaca: "Supremo nega ingerência nos demais poderes e diz que só age quando é preciso fazer valer a autoridade da lei"; e Caio Junqueira e Juliano Basile (Blog *Supremo em Debate*, 9.01.2012): "Para Gilmar Mendes, o STF não está sendo ativista ao decidir a respeito de temas que o Congresso se omite e demora a legislar. 'A expressão ativismo traduz uma exorbitância. Mas, nós temos que tratar de direitos sociais tão amplos. Então, como dizer que exorbitamos?'".

²²⁵ Quanto à importância de ser positivista (*positive*) na análise da jurisdição constitucional, veja Barry Friedman (2004).

²²⁶ Art. 496, inciso II, e Art. 522 e ss. do Código de Processo Civil Brasileiro. Logo, cai por terra qualquer arguição de demora numa decisão desse tipo, o que por si só seria complicado sustentar,

Outra verdade quase absoluta no Brasil, no sentido de que o STF seria o guardião da Constituição,²²⁸ tendo em vista a redação do Art. 102, *caput*, ("Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:") também pode ser contestada. Ora, a norma citada não diz que o STF seria o guardião da Constituição, mas apenas que dentre as funções deste tribunal a função precípua é a guarda da Constituição, o que é muito diferente. O Art. 23 também nomeia outros guardiões: a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios – "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela *guarda da Constituição*, das leis e das instituições democráticas (...)" (grifou-se). O Art. 78²²⁹ exige que o presidente e o vice-presidente da República prometam defender a Constituição. A Constituição permite ao presidente da República vetar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (qualquer projeto de lei ordinária e complementar) caso o considere inconstitucional (§ 1º do Art. 66). A decisão a respeito da inconstitucionalidade, no caso, cabe exclusivamente ao presidente da República. Não parece ser possível qualquer recurso ao STF, não apenas por inexistência de previsão constitucional, mas também porque a Constituição prevê um remédio específico contra um possível veto "incorreto": a sua derrubada por quórum qualificado (maioria absoluta) de deputados e senadores em sessão conjunta. Os guardiões da Constituição nas hipóteses citadas, que não são poucas, são os deputados, senadores e presidente da República, e os agentes correspondentes nos estados, Distrito Federal e municípios – cumpre lembrar a

tendo em vista que dificilmente os efeitos de uma lei exigirão uma medida cautelar de extrema urgência.

²²⁷ Art. 496, inciso I, e Art. 513 e ss do Código de Processo Civil Brasileiro. Como há o entendimento de que o juiz de primeira instância apenas decide incidentemente quanto à inconstitucionalidade, nenhuma parte da instrução processual fica comprometida com o entendimento defendido acima. A instrução será desenvolvida normalmente.

²²⁸ Por todos, Min. Gilmar Mendes, na Reclamação 4.335/AC (posiciona o STF como guardião e intérprete máximo da Constituição brasileira); Antonio Carlos Faustino e Marcelo dos Santos Bastos (2008, p. 155: afirmando que a doutrina brasileira entende que o Supremo Tribunal Federal exerce, exclusivamente, a função de guardião da Constituição); Gisele Cittadino (2004, p. 44: afirma que a Constituição colocou o STF como "o guardião da Constituição", embora não como "Tribunal Constitucional"); Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 130): "(...) se o STF é o guardião da constituição por excelência (...)"; e Ricardo Lobo Torres (1995, p. 125): o Supremo Tribunal Federal é o "intérprete da Constituição por excelência".

²²⁹ "Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil."

importância das comissões parlamentares neste mister. Não o tribunal. Por fim, não se pode esquecer que compete ao presidente da República garantir o cumprimento das decisões judiciais, inclusive as do Supremo Tribunal Federal.²³⁰ Caso não o faça, é passível de incorrer em crime de responsabilidade (Art. 85, Inciso VII), sendo julgado pelo Senado Federal, caso permitido por dois terços da Câmara de Deputados (Art. 86, *caput*). Ou seja, o cumprimento das decisões judiciais, inclusive quanto à jurisdição constitucional, é garantido pelo Presidente da República e, em última instância, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal – aos quais competem decidir sobre a abertura de processo e a condenação, respectivamente, do Presidente caso ele não garanta o cumprimento de decisão judicial.

Logo, não é nenhum absurdo afirmar que todos estes atores, incluindo o STF, têm o dever de defender e guardar a Constituição com o mesmo afincamento e nível equivalente de responsabilidade.

Outro ponto importante é verificar se, realmente, ainda se encontram presentes, no Brasil, dois dos principais fundamentos para a concepção e interpretação pós-positivista (ou não formalista) do direito: *i*) a aplicação de legislação produzida durante período de exceção e a necessidade de sua adaptação à nova Constituição democrática (leitura constitucional da legislação); e *ii*) o desrespeito em nível acima do tolerado aos direitos fundamentais (liberais) pelos poderes políticos (Administração Pública e Legislativo) e a capacidade de o Judiciário proteger esses direitos, especialmente os direitos fundamentais das minorias.

O ponto "*i*" acima foi talvez o motivo que levou mais imediatamente as cortes europeias a adotarem uma interpretação não formalista do direito, muitas vezes identificadas como pós-positivista.²³¹ Após a mudança de regime, altera-se

²³⁰ A Constituição Francesa de 1958 é expressa nesse sentido. Cf. os seus Art. 62, 3º parágrafo ("Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles") c/c Art. 64, 1º parágrafo, ("Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire").

²³¹ Como é exemplo o julgamento das sentinelas do Muro de Berlim, na Alemanha. Cf. o aspecto e críticas a esse julgamento na decisão do recurso interposto junto à Corte Europeia de Direitos Humanos *K.-H. W. vs. Germany (Application no. 37201/97)* e em Robert Alexy (2003b). Cf., ainda, como obras referência que justificaram a aplicação não formalista do direito com base no que foi dito no texto, Gustav Radbruch (1962, p. 35), na Alemanha, Gustavo Zagrebelsky (2003), na Itália, Eduardo García de Enterría (1985, p. 41), na Espanha e J. J. Gomes Canotilho (1982), em Portugal. No Brasil, essa foi provavelmente a grande causa do sucesso da doutrina do Direito

a Constituição, mas a legislação do país era fruto de longo tempo sob um regime de exceção ou sob doutrina fascista ou nazista. Como a vida não para, havia casos que precisavam ser julgados sem que se pudesse aguardar pela adaptação (alteração) formal de toda a legislação nacional. Daí ser natural que os juízes, especialmente os da Corte Constitucional, sentissem a necessidade de aplicação dos novos valores/princípios constitucionais sobre essa legislação anterior à nova Constituição. Porque muito das opções políticas concretizadas nessa legislação anterior por meio de regras – nas quais não caberia ao decisor se imiscuir, uma vez se tratar do próprio núcleo da função legislativa – colidia frontalmente com as opções políticas consolidadas na nova Constituição democrática, ainda que não expressas. Tal fenômeno era mais comum em relação aos direitos fundamentais.

O caso norte-americano poderia ser usado aqui para contrabalancear ou amenizar a afirmativa supra. Afinal, a atividade não formalista do Judiciário, baseada em princípios, é prática comum nos Estados Unidos, contando, inclusive, com um dos maiores desenvolvedores da concepção pós-positivista do direito, Ronald Dworkin. Inicialmente, essa atividade jurisdicional não formalista é uma característica da *common law*, que representa o "estilo interpretativo da *common law*" (*the common law interpretive style*) (VERMEULE, 2006, p. 19). Característica, inclusive, combatida desde os tempos de Jeremy Bentham.²³² Em segundo lugar, embora se possa entender que o Direito americano não sofreu grandes rupturas como ocorreu na Europa,²³³ ele passou por rupturas. E não foram rupturas pequenas. A não ser que deixar de aceitar a escravidão humana; passar a aceitar a intervenção do Estado em questões sociais e econômicas, com medidas

Civil-Constitucional – cf. Gustavo Tepedino (2004, especialmente pp. 1-22), cuja base encontra-se na doutrina do italiano Pietro Perlingieri (1999), doutrina esta disseminada às demais cátedras, de maneira que praticamente todas as demais disciplinas do Direito, no Brasil, desenvolveram-se com este sufixo "-Constitucional".

²³² Um dos responsáveis pela reforma do direito inglês e grande defensor da codificação, afirma que as leis devem ser literalmente seguidas ("*laws should be literally followed*") (BENTHAM, 1840). Essa afirmativa deve ser lida contextualizando o momento histórico em que foi feita e em conjunto com as demais obras de Bentham. Naquela época, era dominante o pensamento de que o legislador cometia erros e que era dever do juiz corrigi-lo. Bentham teria identificado os problemas que esse tipo de posicionamento gera ao Direito – insegurança acima do aceitável, um direito *ex post facto* e gerado pela mesma instituição responsável por aplicá-lo, deficiência sistemática e dificuldade em identificar o que seria o Direito para o caso.

²³³ Como afirma Jürgen Habermas (1996, pp. 214-215), ao analisar o "direito como integridade" e a "leitura moral da Constituição" de Dworkin: "Dworkin, como americano, tem atrás de si mais de dois séculos de contínuo desenvolvimento constitucional; enquanto liberal, ele tende a uma avaliação bastante otimista dessa história".

diferenciadas sobre cidadãos americanos em virtude da desigualdade material existente entre eles; deixar de permitir a segregação racial em espaços públicos; passar a igualar o peso do voto do americano negro com o voto do americano branco sejam rupturas constitucionais pequenas.²³⁴ Também nos Estados Unidos há relevante corrente doutrinária e jurisprudencial que defende não apenas a necessidade de reinterpretação da legislação infraconstitucional com base em novos dispositivos constitucionais, mas também a reinterpretação da própria Constituição americana, em razão dos momentos de criação constitucional que não foram registrados formalmente no texto da Constituição.²³⁵

Uma conclusão possível, quanto a esse ponto "(i)", seria que um controle de constitucionalidade e de legalidade não formalista ou pós-positivista por parte do Judiciário seria desnecessário ou bem menos recomendável quando ele estiver diante de uma legislação produzida pelos poderes políticos após a entrada em vigor da nova Constituição (democrática) e houver uma maturidade institucional em relação à democracia e à República. O motivo seria: *a*) ser papel imanente dos poderes políticos dar conteúdo a valores e princípios político-sociais, tendo em vista que nesse processo é preciso fazer escolhas políticas; *b*) o compromisso dos poderes políticos com a nova Constituição e a sua tendência em respeitá-la quando da edição de seus atos, especialmente os valores e princípios constitucionais.

Quanto ao ponto "(ii)" acima, não seria fácil provar que ele ocorre no Brasil e, se ocorre, provar que o processo judicial seria o melhor ou principal meio, atualmente, de corrigir esses desvios. Pense-se, p. ex., nos casos de servidores públicos demitidos a bem do serviço público.²³⁶ Ao Judiciário cabe zelar pelo seguimento das regras e pelos direitos desses indivíduos. Mas esse exemplo demonstra que a Administração Pública brasileira pune, às vezes com excessivo

²³⁴ Cf. Bruce Ackerman (2006).

²³⁵ Nesse sentido, Bruce Ackerman (2006) e Stephen Griffin (1996 e 2005).

²³⁶ Recentemente o STF anulou a decisão do CNJ que aposentava compulsoriamente juíza que permitiu a prisão de menina menor de idade junto com presos homens, local em que foi sistematicamente estuprada, e que teria falsificado documentos para tentar demonstrar o contrário. Cf. em *Consultor Jurídico*, 15.06.2012 (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-15/supremo-cassa-aposentadoria-compulsoria-juiza>>). O STJ anulou decisão do advogado-geral da União que havia demitido a bem do serviço público advogado da União que falsificara diploma de pós-graduação a fim de "furar a fila" de progressão da carreira. Cf. *Consultor Jurídico*, 03.07.2012 (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/stj-anula-portaria-demitiu-advogado-uniao-justa-causa>>).

rigor, seus agentes que desrespeitam leis e os direitos humanos. Pense-se nos direitos e garantias criados pelo Legislativo e pelo Executivo, incluindo as políticas públicas desenvolvidas para assegurá-los concretamente. Pense-se, agora, no número de direitos e garantias criados pelo Judiciário ou na dimensão que ele deveria ter para poder garantir o cumprimento daqueles criados pelos poderes políticos, caso estes não o garantissem de modo mínimo. Por outro lado, como estão sujeitos ao controle popular, os legisladores e gestores públicos tendem a comportar-se em consonância com os anseios do eleitorado. E não parece ser um bom argumento para sua reeleição o descumprimento frequente ou grave da Constituição e de direitos e garantias individuais. Não é crível que o eleitor brasileiro apoiaria esse tipo de postura. Pelo contrário, assim como revelou estudo americano,²³⁷ acredita-se que o brasileiro apoie o respeito às regras constitucionais, no mínimo, na maior parte do tempo. E os legisladores reforçam e exigem o cumprimento das regras constitucionais se for isso o que os eleitores demandam (GARRETT e VERMEULE, 2001; TUSHNET, 2006).

Não é óbvio nem mesmo que o Judiciário seja capaz, por meio do controle judicial de constitucionalidade, de promover um reforço significativo das proteções das minorias contra a maioria do momento – uma das teses principais do constitucionalismo judicial. Na verdade, Michael Klarman (1998), ao levantar a história americana recente, conclui que isso não ocorre – ou seja, conclui que o controle judicial de constitucionalidade não é capaz de prover um reforço significativo das proteções das minorias contra a maioria do momento.

Os legisladores tendem a estender suas metas para a margem, em direção a outros grupos sociais menores que não seus eleitores originais ou a outros temas que não aqueles da sua campanha. É uma atitude normal do legislador, que visa maximizar suas chances de reeleição por outras propostas, pela prática de uma boa política pública e de uma boa política constitucional (GARRETT e VERMEULE, 2001; FENNO, 1978). Não se deve esquecer que eles também podem ajustar os órgãos internos do Legislativo e seus procedimentos visando construir um tipo de pré-acordo no sentido de realizar deliberações constitucionais sérias quando da análise de projetos de lei. As Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal são um exemplo. No controle de

²³⁷ Cf. Elizabeth Garrett and Adrian Vermeule (2001).

constitucionalidade pelo Legislativo, há funcionários, comissões e órgãos específicos encarregados de verificar possíveis inconstitucionalidades das suas propostas, há regras que exigem um procedimento padrão de deliberação sobre a constitucionalidade de projetos de lei, e regras especiais que garantem que minorias legislativas rejeitem projetos de lei por inconstitucionalidade, de modo a proteger direitos de minorias.²³⁸ Não raras vezes, a maioria não é unitária. Existe mais de um grande grupo de legisladores. Nessas hipóteses, quando eles divergem, o voto decisivo fica com a minoria; caberá a ela desempatar a votação.

Stephen Griffin (2005) acredita que, nos últimos anos, a defesa dos direitos e garantias ocorre em nível equivalente nas três esferas de poder dos EUA. É o que ele chama de "democracia de direitos". É possível que Griffin seja um otimista em relação aos poderes políticos, ao defender a existência de uma "democracia de direitos" nos EUA,²³⁹ cujas características indicariam a necessidade de um controle de constitucionalidade judicial bem mais brando para o bom desenvolvimento e efetividade dos direitos fundamentais. É possível, também, que esse tipo de democracia ainda não exista no Brasil,²⁴⁰ de maneira que a doutrina de Griffin seria de pouca utilidade prática por aqui. Contudo, essas afirmativas não são aceitáveis sem um mínimo de comprovação empírica. Principalmente quando os dados mínimos que se têm revelam justamente o oposto.

Na verdade, basta uma pesquisa rápida para verificar que a concessão e garantia de direitos, especialmente os sociais e econômicos, são feitas pelo Legislativo e pelo Executivo, e não pelo Judiciário.²⁴¹ Quem editou uma

²³⁸ Cf. a respeito Vermeule (2007b).

²³⁹ Como afirma Denis de Castro Halis (2004, p. 55), baseando-se no fato de que nem todos os estudiosos americanos consideram que a democracia dos Estados Unidos vai bem, citando Ronald Dworkin como exemplo.

²⁴⁰ Nesse sentido, por exemplo, José Guilherme B. Pinto (2005, p. 104), entendendo que o Legislativo brasileiro "não é dos mais confiáveis ou representativos", que, no Brasil, não é possível falar em "democracia de direitos" e que seria um retrocesso retirar o Judiciário brasileiro da agenda de efetivação de direitos por meio do controle de constitucionalidade; e Denis de Castro Halis (2004, p. 53: "a realidade brasileira parece ser bem distinta" da realidade tratada por Griffin).

²⁴¹ Para demonstrar que já há essa percepção no meio jurídico brasileiro, por todos, Oscar Vilhena Vieira: "Os juristas brasileiros e juristas do mundo todo de ter um encantamento com o Poder Judiciário que afinal é a nossa catedral e nós tratamos de cuidar de cada um dos nichos dos santos que estão dentro dessa catedral. Mas há um encantamento de ver que nos Estados Unidos, numa época muito específica, o Judiciário teve um papel progressista. Agora, se nós olharmos no marco histórico mais geral e no marco histórico geral do Brasil, o Judiciário nunca teve esse papel progressista, ele foi resistente em alguns momentos. Ele nunca foi quem avançou. Quem avançou

Constituição tão progressista quanto à Constituição brasileira de 1988 foram os poderes políticos, não o Judiciário. Quem propôs, aprovou e executa o "Bolsa Família", o maior ou um dos maiores programas de assistência social do mundo, foi o Executivo e o Legislativo. O mesmo em relação à "Lei de Medicamentos", o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, do Deficiente. Olhando-se "toda a legislação infraconstitucional [ver-se-á que] ela é profundamente progressista. Não foi o Supremo que determinou que todo aidético pode receber medicamento gratuito. Quem determinou foi a legislação" (VILHENA VIEIRA, 2009, pp. 158-159). O progresso social, a decisão consequencialista é feita, em todo mundo, pelo Legislativo e pelo Executivo – como foi o caso de Bismarck, na Alemanha, e de Getúlio Vargas, no Brasil (VILHENA VIEIRA, 2009, p. 159).

Griffin apoia sua assertiva, dirigida aos EUA, em diversos autores e em diversos fatos. No Brasil, uma pesquisa séria certamente revelaria dados capazes de surpreender os defensores da ineficiência do Legislativo e do Executivo na defesa dos direitos fundamentais e a imprescindibilidade do Judiciário nessa tarefa. Há um encantamento com o Judiciário pelos juristas de todo o mundo, inclusive do Brasil (VILHENA VIEIRA, 2009, p. 159; VERMEULE, 2006, pp. 24-59), o que gera um dos "*nirvana fallacy*" sustentado por Vermeule e, consequentemente, uma conclusão assimétrica no que toca às capacidades das instituições (VERMEULE, 2006, pp. 15-18), gerando doutrinas interpretativas distorcidas, não úteis e mesmo prejudiciais.

2.3

A escolha institucional e a escolha interpretativa

A escolha institucional (institutional choice)

Na área da interpretação jurídica, o trabalho de William Eskridge (1987 e 1990), um reconhecido e radical antiformalista, defensor da "*dynamic statutory*

foi a legislação trabalhista, quem avançou foi a Constituição de 88. Ele tem tido muito papel de desconstruir avanços. Então, quando eu falo que o Judiciário tem que ser um pouco mais prudente, eu estou muito mais preocupado com o Judiciário que não atrapalhe os avanços que estão sendo propostos pela legislação do que o Judiciário que sai aí fazendo a revolução social. Ele não vai fazer, ele não fez e não fará em nenhum lugar do mundo. Isso é uma peculiaridade, uma situação muito específica dos Estados Unidos." (VILHENA VIEIRA, 2009, p. 159) .

interpretation" em detrimento do textualismo (*textualism*), teve importância fundamental para a evolução do novo institucionalismo (VERMEULE, 2006, p. 36), bem menos estilizado e abstrato do que as análises das capacidades do Judiciário, Legislativo e Executivo na aplicação do direito feitas até então.²⁴²

Na década de 1990, Einer Elhauge (1991) e Neil Komesar (1994) aplicaram instrumentos metodológicos complexos de alto nível na análise do Direito Constitucional-Administrativo. Demonstraram que a especificação de uma excelente técnica interpretativa nada diz sobre qual seria a melhor instituição para implementá-la. Ou seja, concluíram que dizer qual é a melhor forma de interpretar uma norma jurídica não responde a questão "qual é a instituição mais apta a aplicá-la da melhor maneira?". Esses autores, com formação jurídica e econômica, utilizaram a teoria dos grupos de interesse e a análise econômica dos custos de transação para refutar o entendimento disseminado desde John Hart Ely (1980) no sentido de que os juízes devem intervir para corrigir as falhas do processo democrático. Esses instrumentos da economia e da estatística demonstram que as falhas do processo democrático – o acesso diferenciado dos grupos de interesse e a captura econômica dos servidores públicos – também afligem o Judiciário, do mesmo modo que o Legislativo (ELHAUGE, 1991). Demonstram, ainda, que qualquer quantidade de isolamento do Judiciário, para evitar essas falhas semelhantes às falhas do Legislativo, vem ao custo de severo déficit de informação, o que compromete a capacidade (interpretativa e) decisória do Judiciário (KOMESAR, 1994).

Portanto, uma teoria da interpretação útil à prática do direito deveria, também, identificar qual seria a *escolha institucional (institutional choice)* a ser feita. Ou seja, diante da constatação de que nem todas as instituições respondem da mesma forma a uma técnica de interpretação,²⁴³ quando da definição de uma estratégia interpretativa, o teórico não deveria apenas dizer qual a melhor técnica de interpretação leva ao melhor direito, mas também indicar a qual instituição sua técnica se dirige ou deveria ser dirigida.

²⁴² Por exemplo, a análise de John Hart Ely (1980), uma das obras mais influente sobre teoria do *judicial review* até então escrita, bastante influente até os dias atuais.

²⁴³ Tendo em vista, entre outros, a variação da capacidade das instituições em obter e processar as informações necessárias, bem como por ser distinto o tempo que dispõem para julgar/decidir.

Portanto, para fazer a escolha institucional, devem antes ser respondidas questões como: se o relativo isolamento dos juízes, visando evitar sua pressão por grupos de interesses ou sua captação pelo poder econômico, e o decorrente déficit informacional gerado poderiam levá-los a errar em outras direções; se os juízes poderiam anular um número relevante de normas importantes justamente por não compreenderem adequadamente as políticas públicas ou políticas regulatórias ou por discordarem de um acordo político obtido com muito custo; se é possível que juízes atualizem regras jurídicas em nada obsoletas por não compreenderem adequadamente a atual utilidade social da norma e por pensarem erroneamente que a maioria dos cidadãos ou do Legislativo atual fosse a favor da rejeição da norma. A conclusão pode ser no sentido de que é melhor que os juízes ajam formalisticamente, mesmo que isso signifique deixar de atualizar algumas normas realmente defasadas. Isso porque o custo gerado por atualizações normativas errôneas promovidas pelo Judiciário poderia ainda ser maior do que o custo gerado "por um regime no qual todas as atualizações normativas fiquem a cargo de um imperfeito Legislativo" (VERMEULE, 2006, p. 65) e um igualmente imperfeito Executivo.

Essa constatação exige, ainda, a quebra de uma cultura comum entre os estudiosos do direito, no sentido de apenas desenvolverem uma única técnica interpretativa, ou um único conjunto de regras e instrumentos interpretativos – uma panaceia –, dirigida a todo e qualquer aplicador do direito.²⁴⁴ E que, caso a desenvolva, deve identificar qual instituição deveria, de maneira prevalente, utilizá-la.

A escolha interpretativa (*interpretive choice*)

A escolha interpretativa é a escolha entre regras e doutrinas que estruturam um regime de interpretação (VERMEULE, 2006, p. 66). Por exemplo, a doutrina que diz que o aplicador deve sempre buscar a finalidade da regra aplicada, a doutrina que diz justamente o inverso ou que diz que isso deve ser feito somente quando o seu texto for vago ou ambíguo, a regra que diz que a finalidade do dispositivo deve ser verificada pela interpretação histórica (história legislativa) ou

²⁴⁴ Do mais sábio ao mais rústico, do servidor público mais simplório ao presidente da República, do juiz de primeira instância ao ministro do STF.

a que diz que deve ser buscada por meio da análise sistemática dos demais dispositivos que integram a lei em que está inserido ou, ainda, todas as demais leis. Interessa pontuar que, mesmo quando o aplicador do Direito se recusa a escolher a metodologia interpretativa que adotará, ele a terá feito. Ou seja, escolheu o método de definir a metodologia interpretativa caso a caso, provavelmente sem uma análise acurada de qual seria a melhor metodologia a adotar.

A escolha interpretativa, portanto, é algo inevitável ao julgador. Ele, necessariamente, terá que adotar uma postura interpretativa (VERMEULE, pp. 66-67), seja caso a caso, seja uma postura-regra. E essa escolha interpretativa depende de uma série de questões. Questões que estariam entre as *premissas de alto nível (high-level premises)*, como os compromissos jurisprudenciais, reivindicações a respeito da natureza da linguagem, concepções abstratas ou conceituais a respeito da democracia ou do constitucionalismo, de um lado, e o nível operacional das regras interpretativas, de outro.²⁴⁵ A teoria da interpretação não tem como esquivar-se delas, porque estas questões sempre surgem entre os dois níveis citados. Assim, a escolha interpretativa, que é inevitável ao intérprete, como se disse, tem que ser feita sempre levando em conta o nível operacional, e não apenas as premissas de alto nível, abstratas ou conceituais (SCHAUER, 1988 e 1991; VERMEULE and SUNSTEIN, 2002; e VERMEULE, 2006, pp. 68-70 e 71; 2009 e 2011). De todo modo, é possível chegar à conclusão de ser possível escolher a postura interpretativa que deve ser adotada apenas considerando o nível operacional, ou seja, sem levar em conta as premissas abstratas ou conceituais de alto nível, e sem a necessidade de adotar uma teoria valorativa (VERMEULE, 2006, p. 85). Assunto que será tratado mais à frente.

2.3.1

Regras vs. standards.

As considerações abaixo foram feitas tomando por base Louis Kaplow (1992), Vincy Fon e Francesco Parisi (2007), Frederick Schauer (1991 e 2009,

²⁴⁵ Cf. Vermeule (2006, pp. 66-67).

loc. 2295-2462), Larry Alexander (1999 e 2011) Kathleen Sullivan (1995), Cass Sunstein (1995), e Adrian Vermeule (2006 e 2009).

O direito é externado, basicamente, por meio de dois tipos de estrutura normativa: regra e *standard*. Optar por um ou pelo outro depende não apenas do conhecimento da sua anatomia e comportamento; depende também dos custos necessários para a sua aplicação, os custos decorrentes dos erros na sua aplicação, e o reflexo que a escolha por um ou pelo outro tem na alocação da *autoridade decisória* entre as instituições e entre os seus diferentes níveis hierárquicos (dirigentes *vs.* subordinados). Trata-se de informação importante para identificar onde foi ou deveria estar alocada a autoridade decisória e, conseqüentemente, para decidir a respeito de como os juízes e os demais órgãos de controle devem se comportar no nível operacional.²⁴⁶

A distinção entre regras e *standards*, especialmente sob as perspectivas acima delineadas, levanta uma das informações necessárias para responder aos problemas da escolha interpretativa.

As regras contêm mais informação do que os *standards*, cujo conteúdo é mais aberto. A regra é sistematicamente hiperinclusiva e hipoinclusiva no que diz respeito à sua escolha política racional subjacente (a causa eleita que gerou a regra), uma vez que impede o acesso à discussão subjacente da qual resultou. Por isso, as regras tendem a possuir um custo superior se comparada aos *standards* no que toca ao erro de sua aplicação, na hipótese de o julgador deter todas as informações e toda a competência necessária para tomar a decisão. Por outro lado, o custo com erro na sua aplicação será menor do que ocorreria caso fosse um

²⁴⁶ Inclusive para responder a questão que será tratada mais a frente: "os juízes devem, realmente, atualizar a legislação por meio da interpretação?". Importante pontuar que a base da discussão "*standard vs.* regra", embora tenha importante efeitos na discussão a respeito da escolha entre "*common law vs. statute* (lei)" – se a regulamentação das normas constitucionais e infraconstitucionais devem se dar por jurisprudência (prática judicial) ou por lei e atos administrativos normativos – (VERMEULE, 2006, p. 68), com ela não se confunde (VERMEULE, 2009, pp. 110-111). Ou seja, a conclusão a que se chegar a respeito do melhor tipo normativo a ser empregado influencia a decisão a respeito de qual instituição é mais hábil para aplicá-lo. Todavia, não decorre imediatamente da conclusão dessa análise a conclusão a respeito de se o Judiciário ou o Legislativo e o Executivo devem ficar responsáveis pela regulamentação da legislação. Caso, por exemplo, seja melhor usar *standards* no lugar de regras diante do cenário de incremento de complexidades na comunidade, isso não significa que o melhor também seja deixar a especificação das normas constitucionais e das normas legais para serem feitas pela prática judicial (*common law*). Na verdade, nesta hipótese, o mais recomendável seria deixar essa atribuição com o Legislativo e a Administração Pública. Essa é a conclusão a que se chega após as considerações de Vincy Fon e Francesco Parisi (2007, pp. 157-158) e Vermeule (2009, pp. 57-111) e que será trabalhada mais abaixo.

standard, na eventualidade de o julgador ser pouco capacitado e não deter todas as informações necessárias para tomar a decisão. Este julgador adotará uma decisão muito mais acertada por meio de regras do que por meio de *standards*. O mesmo ocorre na hipótese de algumas das informações cuja regra bloqueia o acesso gerarem efeitos distorcidos no procedimento de julgamento. Neste caso, mesmo o julgador bastante capacitado e bem informado terá uma decisão mais acertada caso baseie-se em regras, no lugar de *standards*.²⁴⁷

Regras precisam de mais investimento antes da sua produção, porque visam estabelecer de antemão um comportamento determinado a ser seguido, e pouco investimento para sua aplicação, uma vez que a racionalidade política eleita já foi traduzida e transformada na conduta descrita na regra. Com a regra, exige-se menos preparo de quem a irá aplicar e pouco tempo para encontrar a solução aplicável. Já os *standards* precisam de pouco investimento para sua confecção, uma vez que definem um padrão de conduta a ser adotado e não uma conduta já bem definida, e muito trabalho para sua aplicação. A sua aplicação (em cada uma delas), é o momento em que se terá que definir bem a conduta apenas delineada no *standard*, uma vez que terá de aplicar a racionalidade política eleita diretamente a fatos concretos, com um guia muito menos detalhado do que o da regra. Exige-se, portanto, mais preparo de quem irá aplicar um *standard* e bastante mais tempo para chegar à decisão (e fundamentá-la adequadamente).

Num modelo padrão, as regras são mais eficientes quando governam transações homogêneas, frequentes e repetidas, porque o custo mais alto de sua produção, em comparação com os *standards*, será diluído em vários casos. Assim, esse tipo normativo (regra) sai bem mais barato do que o emprego do *standard*, e não apenas em dinheiro e tempo para chegar a uma decisão (e fundamentá-la), mas também em economia e satisfação gerada com a diminuição do risco de erro decisório. Ao contrário, os *standards* são mais eficientes quando os casos sob análise são heterogêneos, pelo simples fato de o mais importante, nestas hipóteses, ser a informação obtida no momento da aplicação da norma. Também são mais

²⁴⁷ Cf. Frederick Schauer (1991, p. 151): "O desenhista de um sistema decisório (a *decision-making environment*) tem que ter em conta não somente a possibilidade de erro de hipoinclusão ou ultrainclusão derivada de uma aplicação honesta das regras em face de uma realidade não prevista pelo legislador, mas também os prováveis erros cometidos pelos menos do que Salomônicos aplicadores da lei quando, libertos das regras, são empossados do poder de aplicar as justificativas subjacentes [à regra] aos casos que eles têm que decidir".

eficientes quando o ambiente em que será empregado é volátil, porque as regras ficam obsoletas mais rapidamente do que os *standards*.

A autoridade decisória. Como já foi possível notar, os *standards* deslocam a autoridade decisória (o "poder de escolha" ou "a discricionariedade") para o ponto de sua aplicação. Já as regras deixam a escolha decisória junto a seu formulador – este toma a decisão política sobre o que é o melhor a ser feito. Ou seja, quem cria a regra faz a escolha que os seus aplicadores, no momento da aplicação, no futuro e para casos particulares, terão que observar. Portanto, na opção pela regra ou pelo *standard*, uma das considerações diz respeito a quem deteria mais ou melhores informações a respeito da política pretendida com a norma, se o criador da norma, no momento de sua criação, ou os aplicadores da norma, no momento da aplicação, caso a caso.

Outro aspecto importante está no fato de as normas poderem ser aplicadas *i)* pela mesma instituição que a criou – o Regimento Interno do Senado Federal, p. ex.; *ii)* por um subordinado, mas dentro da mesma instituição – uma súmula de um tribunal seguida por um juiz de primeira instância, p. ex.; ou *iii)* por outra(s) instituição(ões) – o caso da lei, p. ex., editada pelo Legislativo em conjunto com o Executivo e aplicada por este, pelos cidadãos, pelo Judiciário, pelos Tribunais de Contas etc. A cada item, a complexidade dos fatores a serem considerados na decisão a respeito da forma legal a ser utilizada aumenta. Mesmo que os subordinados sejam altamente capacitados e tenham condições de deter as melhores informações no momento da aplicação da norma, remanescerá a questão se eles adotarão o interesse do dirigente (que editará a norma) ou o deles próprios, ou seja, se realmente são confiáveis. Erros, sejam eles de quem forem (dirigente ou subordinados), geram perdas. Pode-se, então, pela adoção de *standards*, pensar em colocar os subordinados para decidir discricionariamente no caso concreto e os dirigentes para supervisioná-los. Mas esse monitoramento também tem um custo, que pode chegar a ser proibitivo. Se este custo for alto, o recomendável será a edição de regras, ainda que os subordinados sejam bastante confiáveis, pois o custo com monitoramento ficará bem mais baixo – reduzindo a possibilidade de erro e o tempo despendido para decidir, justificar a decisão e controlar cada ato.

Norma ampla, mas precisa. Tanto as regras quanto os *standards* podem ser amplos ou restritos, uma vez que vagueza (característica do *standard*) tem pouco a ver com amplitude, e precisão (características da regra) tem pouco a ver com

restrição/estreiteza (SCHAUER, 2009, loc. 2045). Por isso, regras amplas reduzem bastante o custo de aplicação. Em compensação, são mais difíceis de serem bem feitas: o risco é maior do que com a regra mais estreita. Explica-se: caso não seja bem feita,²⁴⁸ o estrago será muito maior, pois será aplicada em muito mais casos e em maior número de vezes do que ocorreria com uma regra de menor amplitude de incidência.

Regra e efeito sistêmico da interpretação. As regras, por conterem em si uma decisão, não permitem a ida aos motivos e às discussões subjacentes a ela. Na verdade, essa seria a sua principal utilidade: impedir o retorno da discussão, possibilitar uma decisão célere, mesmo por pessoas não muito capazes ou especialistas na matéria envolvida. Embora haja grande aceitação dessa afirmativa,²⁴⁹ ela pode trazer questões empíricas de grande complexidade. Se for entendido que a aplicação da regra não permite a ida até as razões de sua edição (história legislativa ou interpretação histórica), pode ocorrer o efeito colateral e sistêmico indesejado de inflação legislativa.²⁵⁰ É, por exemplo, o que Francis Leiber, no século XIX, denunciou ocorrer na Inglaterra, tendo a legislação se tornado absurdamente complexa (VERMEULE, 2006, p. 70), justamente em razão da recusa dos juízes ingleses em adotar interpretação que não fosse a formalista.²⁵¹ Já os textualistas americanos defendem justamente o inverso. Alegam que a interpretação flexível adotada pelos juízes americanos e o recurso frequente que fazem do histórico legislativo incentivam o Legislativo a editar leis não precisas ou muito gerais, uma vez que, em caso de problema gerado por norma defeituosa,

²⁴⁸ O que ocorre caso seu criador não possua todas as informações necessárias e a capacidade de processá-las no momento da edição da norma.

²⁴⁹ Não obstante os operadores do direito no Brasil nem sempre se lembrarem dela.

²⁵⁰ Ao aplicar a lei formalisticamente, os juízes e demais órgãos de controle acabam por aplicá-la em hipóteses que não deveriam estar incluídas na lei e por não aplicá-la em hipóteses que deveriam estar incluídas no campo de aplicação da mesma. A inflação legislativa seria a resposta do Legislativo e Executivo a esse fenômeno. Decorre da necessidade de especificar a legislação para deixar claro ao Judiciário a sua intenção ou fazer regras mais específicas, evitando novas decisões ruins nestas matérias.

²⁵¹ Cass Sunstein (2011, pp. 224-226) explica que esse é o comportamento do juiz inglês até hoje, e que isso decorre do fato de o Parlamento inglês ser reticente em delegar discricionariedade ao juiz, de os juízes ingleses geralmente encararem uma lei como uma regra, não questionando se ela é adequada sob o aspecto de algum princípio ou questão política, e do fato de o Parlamento inglês ter um comitê bastante especializado que redige as leis, sendo estas de muito boa qualidade. Como consequência, em virtude do comportamento mais uniforme de seu corpo judicial, o Parlamento tem condições de corrigir essas leis se o Judiciário começa a as aplicar de modo destoante do pretendido pelo poder político. Há celeridade neste processo, porque o Parlamento trabalha em conjunto com o Executivo, por ser um regime parlamentarista.

o Judiciário resolveria (VERMEULE, 2006, p. 70). Ou seja, defendem que, se os juízes americanos fossem mais formalistas, o legislador seria mais atento, faria melhores leis, além de corrigi-las mais rapidamente assim que o Judiciário decidisse de maneira que eles discordassem – após ocorrer um resultado judicial "absurdo", por exemplo. Existe, ainda, uma terceira possibilidade, defendida por Adrian Vermeule (VERMEULE, 2006, p. 118-151): que o efeito da postura interpretativa do Judiciário sobre o comportamento do Legislativo seja baixo, em virtude da dificuldade de coordenação da atuação dos juízes. Como há baixa coordenação no Judiciário, a postura interpretativa dos juízes será pouco homogênea, conseqüentemente as indicações ao Legislativo serão em sentidos diversos, impelindo o comportamento do legislador tanto num sentido quanto no outro. No Brasil, apesar de a possibilidade de coordenação judicial ser maior, por haver os recursos especial e extraordinário, as ações diretas de inconstitucionalidade e por não haver o *writ of certiorari*, a semelhança com a situação americana aumenta em razão da aprovação do instituto da *repercussão geral*.²⁵²

Essa terceira hipótese é o que se costuma sentir no Direito Administrativo-Econômico. Como será visto à frente, os juízes, principalmente os dos tribunais superiores, costumam ser deferentes às leis e atos administrativos normativos regulatórios. Entretanto, caso um tribunal regional ou especial declare a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma dessas normas para um, poucos ou todos os agentes regulados, uma política regulatória nacional pode ficar comprometida. Por exemplo, os custos com fiscalização e/ou a diminuição da competitividade entre os agentes econômicos podem aumentar sobremaneira caso seja declarada inconstitucional ou ilegal alguma exigência da legislação regulatória em favor de poucos ou muitos agentes regulados.²⁵³ A maioria desses

²⁵² Embora ainda restrita ao STF (Lei 11.418/2006), o STJ aprovou, em 05.03.2012, o envio de proposta de emenda constitucional prevendo o mesmo instituto para si. Cf. <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104922>.

²⁵³ Os exemplos concretos são os mais diversos. Caso algum agente regulado seja dispensado do limite de comercialização de combustível mensal fixado pela ANP, pode ficar comprometida a fiscalização da qualidade dos combustíveis, haver o comprometimento de abastecimento que o agente não é capaz de atender com segurança, gerando efeitos negativos em cascata na economia, etc. Outro exemplo seria decisão invalidando norma do Contrato de Concessão de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural para um ou vários concessionários obrigados a custear o acesso e hospedagem da fiscalização da ANP em suas instalações. Como a lei que criou essa agência reguladora contou com esse custeio privado da sua fiscalização, a agência teria dificuldade

casos é de análise de legalidade ou de "constitucionalidade reflexa ou indireta" de ato administrativo normativo, ou seja, estão sujeitos a, no máximo, recurso especial ao STJ. Como é de conhecimento geral, não há "ação direta de ilegalidade" no STJ, suas decisões não têm efeito *erga omnes*, muito menos efeito vinculante aos demais tribunais e juízos singulares. Logo, o nível de coordenação judicial na análise de "constitucionalidade reflexa ou indireta" e de legalidade no Brasil é tão baixo como ou próximo ao dos EUA. De maneira que dificilmente o Legislativo ou mesmo o Executivo saberiam para que lado estaria caminhando a jurisprudência.

Não se proporá que as decisões do STJ também tenham efeitos *erga omnes* e vinculantes, por se considerar que um erro não deve ser corrigido por meio de outro. Proporemos que essa baixa capacidade de coordenação da atuação dos juízes e os reflexos que traz na qualidade do Direito Regulatório individual e na do Direito Regulatório em geral devem ser considerados pelas teorias e pelos juízes que pretendam identificar o melhor método interpretativo desse ramo do Direito.

As regras jurídicas e a escolha institucional. A Constituição e as leis em geral podem ser regulamentadas/especificadas e atualizadas pela jurisprudência ou por outras leis ou atos administrativos normativos. Se as regras ficam obsoletas mais rapidamente num ambiente de mudanças rápidas, a questão institucional é se o Legislativo e o Executivo de um lado, e o Judiciário, do outro, podem suprir as alterações das regras a baixo custo – incluindo os custos relativos ao tempo que a instituição despense para adotar a nova regra. Se o custo com o tempo despendido para a instituição adotar a nova norma e o custo com a mudança da norma pela jurisprudência são altos, então a legislação é provavelmente mais apta a suprir a mudança necessária mais eficientemente do que o ajuste feito pela prática judicial. De todo modo, deve-se considerar não somente a velocidade das mudanças, mas também uma questão intimamente ligada a ela: a complexidade do ambiente. Se for verdade que o Legislativo e os órgãos administrativos possuem *vantagem epistêmica* sobre os tribunais (VERMEULE, 2009, pp. 57-96), então o incremento

em buscar e justificar uma nova fonte de custeio com base em decisões judiciais atomizadas e sem jurisprudência consolidada. Mais abaixo será exposto caso em que o STF considerou constitucional lei do Espírito Santo que elimina parte da regulação federal de GLP, que detém a competência legislativa sobre a matéria, naquele estado e os seus efeitos sobre essa regulação.

na complexidade do ambiente indica que deve haver uma mudança na autoridade decisora (final) em direção ao Legislativo e à Administração Pública (FON and PARISI, pp. 157-158; VERMEULE, 2009, p. 111).

A tese da eficiência da regulamentação constitucional/legal pela *prática judicial* (*case law*, nas palavras de Ponzeto et. al, ou *common law*, nas de Vermeule), portanto, é mais plausível nos períodos nos quais a taxa de mudança econômica, tecnológica e política é relativamente lenta. Consequentemente, é menos plausível quando essas mudanças ocorrem com maior rapidez. Torna-se ainda menos plausível caso se compare a regulamentação constitucional/legal pela prática judicial com aquela gerada por meio de produção legislativa (Legislativo e Administração Pública) (PONZETTO e FERNANDEZ, 2008 e VERMEULE, 2009, p. 111), uma vez que a adoção da nova norma pelo Legislativo e Administração Pública ocorre de maneira muito mais célere e coordenada. Este ponto é particularmente importante para as considerações a respeito da interpretação no âmbito do Direito Regulatório. Como ele deve acompanhar ou mesmo vir à frente²⁵⁴ do mercado ou da economia, a sua obsolescência, e consequente necessidade de atualizações e mudanças radicais de conteúdos de suas normas, ocorre em velocidade superior a todos ou quase todos os demais ramos do Direito.

Nesse ponto, é importante analisar, a famosa *sabedoria latente da common law*. Defendida por Edmund Burke em 1790, é a principal e mais incisiva tese do *common law constitutionalism*²⁵⁵ (constitucionalismo de *common law*) nos últimos anos. A *sabedoria latente da common law* indicaria que a *common law* é superior à *civil law*, por manter a legislação mais atualizada e próxima dos intentos da sociedade²⁵⁶ e por evitar interpretações mais audaciosas por parte de

²⁵⁴ Por exemplo, as legislações que preveem fomento estatal a uma nova atividade econômica e, consequentemente a sua regulação.

²⁵⁵ O *common law constitutionalism* é uma teoria ou família de teorias sobre jurisdição constitucional (VERMEULE, 2007, p. 1482). É revelada na seguinte máxima de Burke: "We are afraid to put men to live and trade each on his own private stock of reason; because we suspect that this stock in each man is small, and that the individuals would do better to avail themselves of the general bank and capital of nations and of ages. Many of our men of speculation, instead of exploding general prejudices, employ their sagacity to discover the latent wisdom which prevails in them" (BURKE Apud VERMEULE, 2009, p. 58).

²⁵⁶ Ideia já bastante aceita e até mesmo praticada no Brasil, sob a forma da defesa de precedentes judiciais e a previsão de edição de súmulas vinculantes pelo STF. De maneira que, embora os textos utilizados tratem da *case law* e da *common law*, os aspectos econômicos e jurídicos envolvidos são muito semelhantes, se não ainda mais presentes na prática brasileira de

um juiz isoladamente – uma interpretação sem a ajuda dos intérpretes anteriores (razão individual vs. razão coletiva). Ela afirma que os juízes fazem melhor identificando e aplicando a sabedoria inserta nos precedentes judiciais e na tradição – essa é a posição burkeana – para desenvolver os sentidos dos textos constitucionais gerais e ambíguos, ao invés de fazerem interpretações inovadoras ou mais ambiciosas sem a ajuda dos demais intérpretes e juízes mais experientes e tão ou mais sábios (VERMEULE, 2007, p. 1482).

Essa máxima de Burke, entretanto, possui alguns problemas, principalmente pela sua aplicação mais contemporânea. Pela teoria de Condorcet,²⁵⁷ explica Bentham (Apud ELSTER, 2007, p. 413), é verdade que cresce a probabilidade de aumento da sabedoria com o aumento no número de pessoas chamadas a decidir. Por outro lado, quanto maior o número de votos, menor o seu valor diante dos olhos de quem vota, e menor o seu incentivo em assegurar que seu voto conformasse à verdade final e mesmo que o todo (a soma dos votos) o faça. Outro problema é que possui um paradoxo derivado da *informação em cascata* que gera: a máxima de Burke é famosa por agregar sabedoria, entretanto, juízes livres para usar sua razão individual contribuem ao máximo para a linha da tradição ou do precedente judicial, enquanto que, à medida que os juízes seguem a tradição ou o precedente judicial, como aconselha a máxima, não contribuirão em nada para o valor epistêmico de suas decisões.²⁵⁸ Ou seja, a visão da máxima de Burke no sentido de que a tradição ou os precedentes judiciais representariam a sabedoria coletiva, na verdade, é uma falácia, a *falácia da composição* (BENTHAM e PASCAL Apud VERMEULE, 2009, p. 70) – a falácia de que haveria essa soma da sabedoria de todas as razões ou mentes individuais envolvidas na linha decisória, agregadas ao longo do tempo. Ora, se os juízes devem seguir a tradição, toda a

regulamentação legislativa pelo Judiciário – por exemplo, como a prática de interpretação judicial na conformação/atualização do antigo Código Civil brasileiro de 1916, que acabou por se tornar "legislação" quando da aprovação do Código Civil brasileiro de 2002; a previsão da edição da súmula vinculante e do controle concentrado de constitucionalidade com efeito *erga omnes*, instrumentos muito mais poderosos do que dispõe o Judiciário norte-americano para intervir no sistema político-jurídico.

²⁵⁷ Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, marquês de Condorcet, em obra publicada em 1785, desenvolveu um método matemático para a teoria da decisão que ficou conhecida como o "teorema do júri". Esse teorema visa melhorar a qualidade da decisão diante da limitação da razão humana. É largamente utilizado no direito, desde os julgamentos pelo tribunal do júri aos julgamentos feitos por colegiados, em que se exige maiorias ou supermaiorias para a decisão.

²⁵⁸ Quanto a esse paradoxo, veja Michael Moore (1996) e Vermeule (2009, p. 57-96).

sabedoria dos juízes que decidiram após a consolidação do conteúdo dessa tradição não podem ser contabilizadas na sabedoria total contida no precedente.

Com apoio na doutrina de Jeremy Bentham, portanto, jurista contemporâneo de Burke e autor base para o desenvolvimento do juspositivismo, Vermeule (2009, pp. 111-112) conclui:

Above, I mentioned the thesis that the common law was efficient into the 19th century but has since ceased to be so, because of the rise of organized litigation group or the decline of supply-side competition among legal systems. The current conjecture is in the same family, although the mechanism involves the relative rates of change in the common law and the background environment. Perhaps Burke's account of the latent wisdom of the common law, interpreted in evolutionary terms, offered a plausible account of common-law efficiency in England in the 17th and 18th centuries, because the common law had time to evolve close to efficiency in a relatively stable environment. Even if so, there is no reason to think that common law is efficient in other times and places, such as today. (Acima, eu mencionei a tese de que a common law era eficiente no século 19 mas deixou de ser, pela emergência da litigância organizada de grupo ou do declínio da competição do lado da oferta entre os sistemas legais. A presente conjectura está na mesma família, embora o mecanismo envolva as taxas relativas de transformação na common law e no ambiente de fundo. Talvez a análise de Burke da sabedoria latente da common law, interpretada em termos evolucionários, ofereça uma análise plausível da eficiência da common law da Inglaterra do século 17 e 18, porque a common law tinha tempo de se desenvolver perto da eficiência num ambiente relativamente estável. Mesmo assim, não há razão para pensar que a common law é eficiente em outras épocas e lugares, como hoje).

É importante lembrar, ainda, que a tese de Burke foi desenvolvida quando ainda não existia o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Diante do sistema constitucional estadunidense atual, é provável que Burke alterasse sua máxima, como diz Vermeule, no trecho transcrito acima. Então, se Burke tivesse ciência de que o sistema jurídico prevê não só controle concentrado de constitucionalidade por um tribunal, mas também que as decisões desse controle concentrado são vinculantes a todos – inclusive ao Congresso Nacional, em caso de o objeto ser proposta de emenda à constituição (!) – e, pior, que é possível a edição de súmulas vinculantes pelo mesmo tribunal, resta pouca dúvida de que ele diria não ser sua máxima aplicável a esse sistema jurídico. Como já foi possível notar, estamos falando do sistema jurídico brasileiro.

Em conclusão, os aspectos distintivos entre regras e *standards* não podem ser negligenciados pelo teórico, aplicador e/ou criador do Direito quando de sua

atividade. Eles também são relevantes para melhor compreender o papel que deve ter o aplicador da lei no sistema jurídico e, em especial, no Direito Constitucional e no Direito Regulatório.

2.3.2

Efeitos sistêmicos decorrentes da postura interpretativa adotada e a correlata necessidade de coordenação dos juízes para que o efeito sistêmico pretendido realmente ocorra

Muitas doutrinas interpretativas são defendidas sobre a rubrica de efetivarem a "*democracy-forcing interpretation*", ou seja, forçar o legislador a corrigir a legislação defeituosa ou vaga, ou editar novas leis para regular situações hiperincluídas ou hipoincluídas em outras regras legais. Vermeule (2006, pp. 118-148) considera que, apesar destas teorias muitas vezes apontarem para a direção correta, elas cometem um erro, que ele chama de *falácia da divisão*.

A *falácia da divisão*. Do mesmo modo que conceitos concebidos para estudar indivíduos podem ser enganosos caso empregados para estudar coletividades como se fossem indivíduos em escala ampliada, empregar conceitos usados para o estudo de coletividades em estudo sobre indivíduos também pode ser enganoso (ELSTER, 2009, p. 124; HOLMES, 1988, pp. 237-238). A falácia da divisão é o entendimento (equivocado) de que o que é bom para o todo também é bom para as partes que o compõem.²⁵⁹ Não é porque o exército é forte que todos os seus soldados também o sejam. O fato de muitos juízes terem tendências políticas não significa necessariamente que o Judiciário atuará politicamente. Essas tendências políticas podem ser divididas de um modo dentro do Judiciário que faça com que, no todo, elas praticamente se anulem (VERMEULE, 2011, loc. 22). Como comumente sustentado, não é porque a ordem constitucional é democrática que todas as instituições que a compõem precisem atuar democraticamente, uma atuação em padrões não democráticos pode ser necessária para a manutenção da ordem como democrática.²⁶⁰ Por fim, não é porque o Judiciário como um todo deva ter uma determinada postura interpretativa que o

²⁵⁹ Vermeule trabalha essa questão mais especificamente, quanto à ordem constitucional e a atuação das instituições e seus membros, no seu livro de 2011. Cf. Vermeule (2011).

²⁶⁰ Cf. Giandomenico Majone (1996) e Vermeule (2011).

melhor seria que todos os seus membros tivessem a mesma postura. Haveria um problema de coordenação aqui – os juízes não têm como obrigar os demais juízes a adotarem uma determinada postura interpretativa. E essa é uma consideração institucional importante.

Exemplo de teoria interpretativa que se justifica com base no reforço democrático é o *textualismo* – que se contrapõe à *legislative history* sob fundamento de empreender melhor o *democracy-forcing*. Muitos cânones interpretativos seriam desenvolvidos buscando esse objetivo.²⁶¹

Todos os cânones citados na nota de referência anterior, para Vermeule, partem de um equívoco empírico sobre a capacidade e o comportamento do Legislativo (VERMEULE, 2006, p. 134). Em erro semelhante incorrem os teóricos que aconselham uma determinada postura interpretativa "aos juízes" ou "às cortes" (VERMEULE, 2006, p. 122). A questão talvez seja mais bem colocada fora da classificação erro-acerto. Na verdade, esses cânones buscam orientar o jurista a aplicar a lei numa situação padrão, geralmente uma situação ideal. Cabe ao jurista estar atento a isso, e essa é uma das principais contribuições dos institucionalistas para a interpretação jurídica.

Portanto, é preciso reconhecer a *falácia da divisão*²⁶² e as dificuldades de o Judiciário adotar uma mesma postura interpretativa.²⁶³ Disso resulta que manuais de interpretação jurídica devem ser lidos com ressalvas. Os juízes devem procurar pelo que realmente almejam ("Como eu devo interpretar a legislação?", e não "Como os juízes devem interpretá-la?"). Também, que devem ser evitadas pelos decisores as teorias interpretativas que necessitem de ampla adoção dos juristas para ter seus efeitos benéficos concretizados, pelo simples fato de que ela dificilmente ocorre, sendo, assim, pouco ou nada efetivas.

²⁶¹ Vermeule (2006, p. 133) cita como exemplos o *canon of avoidance*, o *clear statement rules and nondelegation canons* (os cânones da não delegação tácita, no sentido de que só há delegação de competência do Legislativo para o Executivo caso a lei seja expressa nesse sentido) e o cânone da "rule of lenity" (regra da lenidade ou clemência: dispõe que as leis penais devem, quando claramente possível, ser interpretadas a favor do acusado; sua ideia seria forçar o legislador a tomar posição sobre punição criminal e a falar claramente quando decidir adotá-la).

²⁶² Que afirma que é bom para o todo não necessariamente é bom para as partes que o compõem.

²⁶³ De os seus membros, ou grande parte deles, adotarem uma mesma técnica interpretativa, cuja causa estaria na falta (ou dificuldade) de coordenação dos juízes (*the lack of coordination within the judiciary*)(VERMEULE, 2006, pp. 123-132).

2.3.3

Diálogo institucional ou constitucional: limites diante da estrutura do Judiciário e das características da jurisdição constitucional brasileira

Doutrinadores brasileiros, recentemente, têm sustentado o estabelecimento do *diálogo constitucional* ou *institucional* no lugar da *supremacia judicial*.²⁶⁴ Trata-se de um movimento interessante semelhante à ideia contida em teorias como a da "Constituição aberta", de Peter Häberle,²⁶⁵ a teoria da "sabedoria latente da *common law*", derivada da máxima de Edmund Burke (VERMEULE, 2009, p. 58) ou ainda a teoria da "*Constitution of many-mind*", de Cass Sunstein (2006 e 2009), todas com muitos adeptos, as quais, apesar de entenderem em geral que o sentido das normas constitucionais é conferido por todos os seus intérpretes (juízes, servidores públicos, legisladores, cidadãos em geral, nações) do passado e do presente, confia ao Judiciário, ou ao menos não retira dele, a tarefa de revelar esse sentido.²⁶⁶ Essas teorias não divergem, necessariamente, da linha "óbvia" de, num estado de direito, o tribunal ter a última palavra sobre lei e sendo a Constituição uma lei, ele também tem a última palavra sobre o seu significado.²⁶⁷

²⁶⁴ Cf. Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme B. Pinto, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle (2010); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Martonio Mont Alverne B. Lima et. al (2006); Luís Roberto Barroso (2010); Rodrigo Brandão (2012).

²⁶⁵ Teoria interessante, mas problemática na sua aplicação prática, que professa uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que conferiria uma representação técnica dos cidadãos aos juízes, que, por sua vez, seriam capazes (ou deveriam buscar ser capazes) de captar toda a interpretação legítima do texto constitucional feita por servidores públicos, agentes econômicos, tribunais e cidadãos em geral (todos).

²⁶⁶ Sunstein, por exemplo, vai trabalhar com ideias complementares a fim de permitir o balanço entre controle judicial (sobre as leis) e democracia (produção de leis e atos administrativos pelos poderes políticos interpretando a Constituição), como a ideia do formalismo (SUNSTEIN, 2011) e a ideia do minimalismo judicial (SUNSTEIN, 2001). O mesmo ocorre com Edmund Burke. Como a maioria dos juristas ingleses, mesmo ou principalmente os que defendem uma postura mais forte de controle e correção da legislação pelos juízes, Burke defende uma atuação judicial minimalista (SUNSTEIN, 2009, pp. 35 e ss.; 2011, pp. 224-225).

²⁶⁷ Mais à frente, será apresentada nossa proposta no sentido de que determinadas matérias devem ser decididas de maneira final pelo Poder Legislativo e/ou pelo Executivo, e não pelo Judiciário – essa postura é a defendida, por exemplo, por Vermeule (2006 e 2009), por Jeremy Waldron (1999 e 2006), Mark Tushnet (1999 e 2008) e Larry Kramer (2004). A fim de não desrespeitar a regra do Art. 5, Inciso XXXV, CRFB ("XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), e mantendo-se na linha de não trabalhar com hipóteses de alteração da legislação atual, ela é defendida por meio da aceitação de autocontenção do Judiciário, em respeito à maior capacidade interpretativa e decisória do legislador e dos órgãos administrativos em determinadas matérias legais (determinados tipos de norma jurídica). Mas, ainda que não haja a autocontenção do Judiciário em geral, afirma-se que, na maioria ou em grande parte dos casos, a última palavra sobre o significado da Constituição ou da Lei é do Legislativo ou dos órgãos

As teorias defensoras do diálogo constitucional ou institucional também entendem que o significado da Constituição é definido por muitas mentes e que vários são seus intérpretes. Entretanto, entendem que a jurisdição constitucional não deve prevalecer sempre sobre outros tipos de controle de constitucionalidade, como o exercido pelo Executivo e pelo Legislativo. É necessário ou útil ao desenvolvimento do direito, e do próprio Direito Constitucional, que outras instituições possam dar a palavra final e/ou contribuir efetivamente, na prática, para o significado de normas constitucionais.

Agora, como haver diálogo institucional ou constitucional com uma espada de Dâmocles? Referimo-nos às hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação direta de constitucionalidade, cuja potência foi incrementada quando se consignou que qualquer que seja o seu tipo o resultado significará que a lei/ato normativo ou é inconstitucional, ou é constitucional, e não se fala mais nisso²⁶⁸ –

administrativos. Isso porque na maioria dos casos ou em grande parte deles a decisão dessas instituições não é impugnada no Judiciário, como exemplificado já na introdução deste trabalho. E até mesmo que, na prática, dependendo da delicadeza do assunto e da comoção entre os legisladores, administradores públicos e população, é possível que os poderes políticos não deem cumprimento à decisão prolatada em sede de jurisdição constitucional por discordarem dela ou não aceitarem seus efeitos.

²⁶⁸ Como a doutrina e jurisprudência secular estadunidense mostra – por todos já citados, James B. Thayer (1893) e Carlos Maximiliano (2011, pp. 247-256) –, não declarar (o tribunal) uma norma inconstitucional não significa que ela seja obrigatoriamente (e cogentemente) constitucional. Com a alteração legislativa processada no Brasil, o STF acumula uma responsabilidade gigantesca, fica sempre "entre a faca e a navalha", porque se ele diz que a norma não é inconstitucional, estará afirmando que ela é constitucional e que, portanto, deve cessar todo e qualquer debate a respeito da mesma. O raciocínio que levou a essa alteração da legislação decorre de uma lógica formal, abandonada até mesmo nas ciências duras – p. ex. na física –, que negligencia o aspecto político que tangencia o Direito Constitucional. Lógica semelhante com a que empreendeu o Min. Gilmar Mendes, e que chegou a prevalecer no STF, quando objetivou revogar o Art. 52, X, CRFB, sob o pseudônimo de *mudança constitucional*. Confira a conclusão de seu voto, na Reclamação 4.335/AC: "Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 104,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê. Portanto,

porque seu efeito será *erga omnes* (atinge a todos) e vinculante. E, pior, com a possibilidade de edição de súmula vinculante e de declaração de inconstitucionalidade de emenda à constituição.

No Brasil, diante dos poderes extraordinários conferidos ao STF, dificilmente seria possível ocorrer o "diálogo constitucional" a respeito de assuntos mais sensíveis à maioria ou mesmo a poucos ministros do STF. O tribunal decidiria e engessaria a evolução do direito, tendo em vista que necessita do debate, de decisões colidentes etc.²⁶⁹ Não seria possível ou seria muito difícil ocorrer algo importante e não raro nos EUA: a reedição de legislação anulada pela Suprema Corte e a edição de lei para cancelar decisão da corte (o *case law* gerado). Também é muito difícil, atualmente no Brasil, algo semelhante à revisão, pela Suprema Corte dos EUA, da sua interpretação sobre a possibilidade e limites da pena de morte, após diversos estados americanos continuarem reeditando leis contrariando a decisão da corte.²⁷⁰

a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988". Salutarmente, outros ministros lembraram, e parte da doutrina fez o seu papel de mostrar-lhes, que o caráter jurídico-político do controle de constitucionalidade e a relevância e propósito de se ter uma casa legislativa no controle dos atos de legislador negativo de um tribunal, além do fato de que o STF não é comparável ao Tribunal Constitucional Alemão que, de fato, é um tribunal constitucional, cuja regulamentação de seus componentes e suas atribuições são distintas das dos membros do STF. Cf. Antonio Carlos Faustino e Marcelo dos Santos Bastos (2008, p. 155: afirmando que a doutrina brasileira critica a ainda existência do Art. 52, inciso X, CRFB, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, por exercer a função exclusiva de guardião da Constituição, não tem sua decisão em processos singulares submetida à chancela do Senado para passar a ter efeito geral e vinculante); Sérgio Resende de Barros (2003: informa que o STF não é um tribunal constitucional, sendo distinto dos tribunais que exercem a jurisdição constitucional na Europa. Expõe a razão de ser do Art. 52, inciso X, CRFB. Diz que essa norma confiou ao Senado ser um contrapeso de moderação no âmbito da Federação, impedindo que o próprio STF pudesse suspender a execução da lei. Por isso, o Senado não poderia ser um mero servo do tribunal constitucional. Afirma que o Senado não está obrigado a generalizar as decisões proferidas em casos individuais pelo STF, ainda que sejam muitos e reiterados, pois poderia muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada apenas *inter partes*).

²⁶⁹ Cf. Carlos Maximiliano (2011, pp. 76-77), criticando com rigor a atribuição de efeito vinculante de decisão de tribunal superior, diante do engessamento que gera ao direito.

²⁷⁰ A Suprema Corte dos EUA, no caso *Gregg vs. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), reviu seu posicionamento de anos antes, fixado em *Furman vs. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), após uma onda de reedições da legislação que ela havia julgado inconstitucional.

Por aqui, salvo as hipóteses de inconstitucionalidade por omissão,²⁷¹ a defesa de decisões ativistas do Judiciário parece acabar por colocá-lo não como um interlocutor democrático, mas sim, no melhor dos casos,²⁷² como "o regente da democracia" e, no pior deles, no seu substituto:

[É] de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desvio só aparentemente provisório; na realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário. (DEVLIN, 1979, p. 10).

Como foi e será visto, no entanto, ainda que queira o Judiciário não conseguiria regular a maior parte da aplicação do Direito. E as questões mais importantes que decidem são julgadas por um pequeno número de agentes públicos – no STJ, muitas das matérias são decididas por suas sessões especiais e, no STF, as declarações de inconstitucionalidade estão limitadas à análise de seus onze ministros. A sua atuação não formalista ou, pior, ativista, levaria a algumas decisões melhores do que a dos poderes políticos, outras (em maior número, acredita-se) piores,²⁷³ e a uma crescente dificuldade em se identificar qual é o Direito e qual a instituição legitimada a decidir. O incremento da incerteza jurídica e da baixa qualidade do Direito produzido decorreria não só da possibilidade de o Judiciário acabar legislando *ex post facto*, como é comum numa postura ativista e não raro numa não formalista, mas também por não conseguir dar igual tratamento a uma infinidade de situações idênticas ou semelhantes e "quebrar" políticas públicas ou regulatórias.

²⁷¹ Que são, não por acaso, os exemplos geralmente citados pelos estudiosos que aludem ao "diálogo" entre o STF e o Legislativo e o Executivo. Cf., p. ex., *Anuário da Justiça Brasil 2012* (CONJUR, 2012).

²⁷² Que seria o ativismo por meio da concretização dos princípios procedimentais ou instrumentais, negando o uso de princípios substantivos ou materiais pelo Judiciário, linha geralmente atribuída a Jürgen Habermas e a Antoine Garapon. Cf., por todos, José Eisenberg (2003, p. 45).

²⁷³ Entre outros fatores, pela desvantagem epistêmica para decidir que possui em relação ao Legislativo e ao Executivo e das suas limitações e vícios cognitivos próprios da estrutura dos tribunais e da classe jurídica.

2.3.4

Efeitos sistêmicos e colaterais decorrentes da postura interpretativa adotada: *ativismo judicial* e *desmobilização política*

Um dos efeitos sistêmicos e colaterais que podem decorrer da postura interpretativa adotada é o incremento ou desmobilização política dos indivíduos. Portanto, trata-se de mais um dado do plano operacional que uma teoria institucionalista não pode deixar de observar. Quem decidir adotar uma doutrina interpretativa de modo estratégico deve também estar atento a este tipo de consequência.

Quando se acredita caber ao julgador a tarefa de atribuir conteúdo a direitos principiológicos, é certo que se estará reconhecendo o dever dele fazer integrar ao direito os conhecimentos e fatos não positivados. Seria necessário, para manter a coerência do modelo de universalização das instituições, a institucionalização de um canal que fomentasse ou permitisse a mobilização e organização dos movimentos sociais – ou seja, que interligasse os cidadãos – e outro que possibilitasse a interferência desses nas decisões jurídicas (judiciais, administrativas e legislativas). Isto é, um canal que permitisse maior fluxo de informações entre os cidadãos e as instituições tradicionais de aplicação do Direito.

Tal como o conhecimento profissional deve servir aos não profissionais (SOUZA SANTOS, 2005, p. 32), as instituições devem ser um instrumento, um facilitador do acesso das ideias e interesses da população aos espaços públicos de decisão. Não o inverso. Não pode ser considerado teoricamente aceitável que esse acesso se dê apenas quando a instituição entender pertinente – como é o caso do juiz que, tendo em vista um determinado princípio, "pega" alguns fatos da vida ou interesses não positivados e confere conteúdo ao mesmo, inserindo-o no fundamento de sua decisão. A conformação do conteúdo desses princípios e das demais normas jurídicas não pode ficar adstrita ao desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência. Essas (a doutrina e a jurisprudência) deveriam, ao contrário, auxiliar o desenvolvimento e emergência do direito. O que o *conhecimento técnico-formal* fez com a razão, a *institucionalização ampla da política* acaba fazendo com o direito. Seria o estabelecimento do "governo dos sábios" defendido por Platão (1996) e objurgado por Maus (2000, pp. 186-187). Seria a sociedade,

diante das falhas da representatividade política, voltando-se "para o Judiciário como se, num passe de mágica, juízes sem lei e sem recursos pudessem resolver conflitos que pendem há décadas de solução por falta de vontade política e coragem cívica de enfrentá-los".²⁷⁴ A ideia de se ter um governo de sábios, a quem os indivíduos possam entregar o seu dever de atuação política, é realmente tentadora, como disse Lord Devlin.²⁷⁵ E, ao longo do século XX, foi se fortalecendo a tese da inevitabilidade da transferência do controle sobre as atividades políticas e econômicas para instituições burocráticas, em decorrência da "escolha" por uma sociedade de consumo de massa e por um Estado de bem-estar social – numa economia protegida, regulada e planejada.²⁷⁶ O equívoco dessa cultura legitimadora da espera da concretização do Direito pelas instituições é bem percebido com a sensação de inversão de sentido que se tem diante do conhecimento do resultado de uma pesquisa junto aos líderes indígenas colombianos: "com frequência o tribunal (constitucional) tem sido mais generoso do que o esperado" (RB, p. 4, *apud* UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2003, p. 312).

Nessa perspectiva, o tão afamado estado democrático de direito não se confirma, apesar desse modelo de judicialização ter sido formulado justamente para garanti-lo. Isso porque, numa universalização institucional e diante dos limites da capacidade das instituições aplicarem o "conhecimento popular", os cidadãos voltam a ser tratados como clientes do Estado,²⁷⁷ das suas instituições.²⁷⁸

²⁷⁴ Documento aprovado pela Assembleia Geral da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, em 16.06.1989 (Apud FARIAS, 1992, p. 130).

²⁷⁵ Pela importância, repita-se: "de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desvio só aparentemente provisório; na realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário." (DEVLIN, 1979, p. 10).

²⁷⁶ Souza Santos (2003, p. 47) acusa Bobbio (1986, pp. 33-34) de ser o responsável, na seara da teoria democrática, pela sintetização dessa mudança de perspectiva do pensamento weberiano – de crescente tensão entre o controle dos governos pelos governados (*soberania crescente*) e o controle dos governados pela burocracia (*soberania decrescente*). No Brasil, também entendendo inevitável o aumento da *soberania decrescente*, embora não utilize esse termo, Aragão (2002, pp. 74-81, 103-115, 433-445).

²⁷⁷ Esta também é a conclusão a que chega Garapon (2001, pp. 225-234) e Habermas (2010, pp. 341-354). Pela relevância, cita-se Habermas: "temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na 'comunidade dos intérpretes da constituição' – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz

Num universo exclusivamente institucional, até que isso não seria de todo ruim, uma vez que incute a ideia de que a atividade institucional é desenvolvida para o indivíduo, deve-se respeitá-lo. Contudo, o máximo que proporciona é um estado de direito ou um "*welfare state* avançado", não sendo possível chamá-lo, corretamente, de estado democrático de direito, em que haveria verdadeiros cidadãos²⁷⁹ – pessoas influenciando, de fato, ainda que por meio de representação,²⁸⁰ as decisões estatais.

Os *direitos sociais e econômicos*, e outros direitos que dependem de mudanças estruturais ou de cultura de diversos indivíduos, dependem de *política*

sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado (...) ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação..." (HABERMAS, 2010, pp. 346-347).

²⁷⁸ Cappelletti (1989, pp. 89-90), admitindo a inevitabilidade da "politização" das funções judiciárias, afirma que elas não podem ficar submetidas aos poderes políticos, aos movimentos sociais, aos partidos políticos, às pressões de litigantes irritados nem, o que seria pior, permanecer sem qualquer tipo de controle político, que é garantido pelo "isolamento corporativo da magistratura" e pela "anarquia incontrolada e irresponsável dos membros individuais do Judiciário". Propõe ele, então, um modelo de "responsabilização social" dos juizes, mais democrático do que a concepção tradicional de Direito e Justiça, que vão tratar os cidadãos como *consumidores* do Direito e da Justiça. Assim, a imparcialidade necessária a um controle adequado da atividade política seria conjugada com um "razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo *serviço exclusivo* deve agir o sistema judiciário". É justamente neste ponto que Cappelletti e os demais defensores desse modelo de judicialização acabam limitando os indivíduos, novamente, a clientes do Estado, como ocorria no *Welfare State*. Seria uma cidadania limitada, haja vista que devem se comportar como *consumidores* do Judiciário ao invés de permitir um maior espaço de atuação política por parte dos mesmos. Então, embora apresentem um modelo que dizem garantidor do estado democrático de direito, os cidadãos são tratados, por sua própria palavra, como *consumidores*. Ou seja, esse modelo de judicialização é limitado. Restringi-se a um quadro institucional de Estado e a um pensamento *pragmatista imediatista*, que, aliás, é admitido pelo próprio Cappelletti (1999, p. 133) quando conclui que o grau de criatividade do juiz deve variar em razão do grau de respeito ao "modo" do processo judicial" que se tem numa determinada sociedade: "verdade é que nossas conclusões sobre este ponto devem ser caracterizadas por agudo senso de realismo e relativismo pragmático".

²⁷⁹ A relação da *participação* de agentes e grupos comunitários com a *cidadania* e a *democracia* fica bem demonstrada em Gurutzu Jáuregui (1994, pp. 113-140).

²⁸⁰ A burocracia (institucional) teria sido necessária para controlar a atividade política – em substituição aos mecanismos de exercício da soberania popular –, ampliada com as novas funções do Estado na área social, econômica, ambiental e cultural (BOBBIO, 1986, pp. 33-34). Entretanto, justamente em razão da complexidade e quantidade de informações envolvidas na gestão de políticas sociais, econômicas e ambientais, "a concepção tradicional de gestão democrática" – que confere uma decisão homogênea para cada *tipo* de problema – depara-se, cada vez mais, com exigências de "soluções plurais", tendo que saber coordenar diversos grupos distintos e propor soluções diversas dentro de uma mesma seara. Dessa forma, o conhecimento dos atores sociais passa a não ser mais captável pelas "burocracias centralizadas" quando da solução de problemas (SOUZA SANTOS, 2003, pp. 46-48). Quebra-se, assim, sua legitimidade (democrática) – que se dava pela representatividade efetiva que exercia ou acreditava exercer.

pública e política regulatória para sua concreção.²⁸¹ Dessa forma, o ato de conferir direitos sociais não deixa de ser uma forma de impor um controle subjetivo sobre o cidadão.²⁸² A título de exemplo, "antes da Constituição Brasileira de 1988, tinha-se o movimento 'das diretas', dentre outros. Após, com a positivação dos direitos reivindicados, todos foram para casa, uma vez que os direitos já tinham sido garantidos" (BALDEZ, 2006). O Direito se presta a garantir decisões políticas. Numa "universalização de instituições", a estas caberia o dever de garantir que essas decisões políticas – v.g., a promulgação de um direito – sejam cumpridas. Juridicizando-se, ter-se-ia um processo de naturalização de relações sociais, pois, agora, estão elas positivadas e "devem ser" controladas pelas instituições, sendo despiciendas a formação e a intensificação de movimentos políticos pelos diversos grupos de interesses conflitantes para sua concretização, e, por isso mesmo, não se abre espaço para agirem.

Um segundo momento, em que se teria um reforço dessa naturalização, ocorre com a emergência da *teoria dos princípios jurídicos*, desenvolvida pelos "pós-positivistas". Seria um segundo momento de naturalização ou um reforço desta porque reconhece as "falhas" da técnica positivista. Reconhece que as regras jurídicas não conseguem, de fato, esgotar e adequar satisfatoriamente o direito ao caso concreto. Admitindo que as regras jurídicas devam respeitar os valores da sociedade, os "pós-positivistas" desenvolvem uma teoria na qual "os interesses sociais", a moral e/ou a historicidade passam a influenciar, tecnicamente, a

²⁸¹ Nesse sentido Baldez (2006) e Lewandowski (2006). É inquestionável que a atuação direta e individualizada do Ministério Público e do Poder Judiciário – para citar os órgãos de maior destaque na doutrina jurídica brasileira – teria, no máximo, efeitos pontuais sobre o problema, dada a largueza do problema e a capacidade de atuação desses órgãos (PENALVA SANTOS et al, 2002, p. 12-43).

²⁸² O próprio Shapiro, ao pesquisar as benesses do *judicial process* para a inclusão de grupos marginalizados nas decisões do espaço público, formula o conceito *clientela da Corte* (SHAPIRO, 1966, pp. 34-37). Outrossim, Uprimny e García-Villegas (2003, pp. 320-321) afirmam que "o Direito pode ser usado para reativar a esperança coletiva". Esta esperança tem pelo menos duas facetas: a aceitação e confiança no presente – legitimam-se as instituições, evitando a rebeldia e revoluções – e a possibilidade de obter uma mudança futura a partir da ação – funcionando como "um remédio contra o conformismo". O que costuma ocorrer é uma estratégia governamental que escalona essas duas facetas no tempo: promulgam-se constituições progressivas, com direitos sociais e econômicos, além de garantir formas democráticas de gestão da coisa pública, obtendo-se os benefícios políticos da aceitação popular de maneira imediata, para só depois lutar por uma intervenção e aplicação dessas normas progressivas compatíveis com as possibilidades econômicas, políticas e sociais. É o que ocorre na Colômbia, não obstante os elogios à atuação de sua Corte Constitucional feita pelos autores (UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2003, pp. 320-321) e na sua crença de que essa segunda faceta pode ser explorada pelos movimentos sociais e grupos minoritários. Não seria leviano afirmar que este também é o caso brasileiro.

política e o direito. Defendem uma interpretação não formalista pelos juristas em geral. Dito de outra forma: uma grande massa de atores sociais, finalmente incrédula da capacidade do direito e das instituições de garantirem seus direitos básicos, depara-se com uma "nova técnica institucional".

Não se duvida que essa nova técnica jurídica possa permitir avanços sociais em relação à técnica tradicional.²⁸³ Mas não se pode negar que exerce um controle subjetivo sobre os indivíduos ainda maior do que a tradicional, além dos demais problemas de qualidade do direito gerado, discutido ao longo deste trabalho. Pelo fato de afirmar não só reconhecer seus direitos, mas também que as regras jurídicas devem ser adequadas aos seus interesses, aos seus valores. O questionamento que não se faz muitas vezes, no entanto, é a qual interesse ou valor essas normas devem ser adequadas. Ao "interesse geral", aos "valores consensuais"?²⁸⁴ Qual é o "interesse geral"? É o do capitalismo financeiro, o da especulação imobiliária, o das multinacionais, o dos sem-teto, o dos sem-terra, o dos sem-comida, o da classe média, o dos trabalhadores formais, o dos trabalhadores informais, o do lumpemproletariado? Seria uma mistura deles? Ou partes mínimas, essenciais de cada um, de forma a não ferir o "núcleo inviolável" de cada princípio que os representa? Seriam as instituições capazes de conciliar e encontrar o consenso entre esses interesses de forma a positivá-los e aplicá-los? Seriam as instituições capazes de serem compostas por representantes de todos os grupos de interesses? Caso não, será que as instituições jurídicas, em especial os tribunais, compostas por técnicos ou sábios do mais alto gabarito (jurídico), seriam capazes de trazer à discussão sem distorções os argumentos em favor dos interesses de todos os envolvidos num litígio social? Certamente não. É comum ouvir dos pós-positivistas que o Judiciário deve descobrir os valores sociais, ir

²⁸³ Dworkin (1991), Cappelletti (1999, p. 85) e Barroso (2006) acreditam que os efeitos positivos obtidos com a liberdade decisória que o uso dos princípios jurídicos permitem são em muito superiores aos negativos. Mas importa ressaltar que esses textos não consideram os efeitos que a judicialização pode ter sobre os movimentos sociais ou sobre – como um apoio ou estímulo – a participação dos cidadãos nas decisões que interferem, efetivamente, nas estruturas sociais. Entendem que o ativismo judicial pode ser estudado separadamente das questões relativas à necessidade de maior poder de interferência dos indivíduos nas escolhas políticas e, portanto, maior mobilização política dos mesmos.

²⁸⁴ É comum definir-se a Constituição como sendo "uma expressão do consenso social sobre os valores básicos", como faz Bonavides (1994, p. 261), Silva (1985, p. 39), Castro (1995). Daí o entendimento de que seus princípios devem ser obedecidos pelas demais normas jurídicas. A ideia de "Constituição aberta" permitiria a introdução de novos valores quando da interpretação e aplicação da norma constitucional.

concretizando os princípios com base no interesse social, interesse da sociedade. Mas onde se encontrará o conteúdo desse interesse social-comunitário? Nas palavras dos doutrinadores, da "imprensa livre"? Esse argumento pode respaldar uma nova forma de dominação, uma nova maneira de se legitimar a dominação, agora sob o manto da defesa dos interesses comunitários por uma elite sábia e imparcial, "embora sensível às diferenças e necessidades".²⁸⁵

Então, mesmo aceitando os citados argumentos de Barroso (2006) e de Uprimny e García-Villegas (2003), ou seja, mesmo explorando-se as previsões constitucionais progressivas, não se conseguirá abalar aquela estratégia governamental de imediata aceitação do presente pela população e postergação das atividades institucionais de concretização das mudanças estruturais e dos direitos sociais. Isso porque essa exploração deve-se dar nos meios institucionais (academia e Judiciário). Ou seja, é uma atuação já "calculada", de certa forma, naquela estratégia governamental. A possibilidade de busca de um direito no Judiciário – a ser declarado por ele – é também um remédio contra a rebeldia e, ainda, posterga a entrega efetiva do direito "prometido". Pois, dificilmente, num tempo aceitável pelos interessados, o Judiciário conseguirá, com o apoio dos doutrinadores, dar conteúdo aos princípios em questão ou solucionar todos os conflitos que se impõem na concretização deste direito.²⁸⁶ Exemplo: direito à moradia digna. Conflitos ínsitos ao mesmo: alocação de recursos escassos, determinação do percentual de responsabilidade de cada ente federativo, a questão da especulação imobiliária, da não agressão ao meio ambiente, tamanho mínimo da moradia, a questão do transporte, a questão do êxodo em decorrência do oferecimento de moradias em uma região e não em outras etc. Por mais dedicados e progressistas que sejam os juízes e a doutrina, há os limites impostos pelas

²⁸⁵ A *dogmática* jurídica, mesmo a moderna configurada pelos pós-positivistas – sobre esta veja Barroso (2006) –, acaba permitindo que "os modelos de legitimação das práticas (e dos discursos) jurídicas não sejam o produto do consenso, mas antes de lutas pelo poder no seio do campo profissional; lutas em que cada grupo procura impor um paradigma que aumente o seu capital político dentro desse campo, reduzindo (ou excluindo) o poder dos concorrentes; assim, à luta pela reprodução do seu papel global de árbitros das relações sociais soma-se a tensão entre os vários paradigmas de efetivar essa arbitragem" (HESPANHA, 1986, pp. 314-317).

²⁸⁶ "A realização das promessas emancipatórias de muitas constituições é um assunto demasiado sério para deixá-lo unicamente nas mãos de juízes constitucionais" (UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2003, p. 335). Essa assertiva também é verdadeira quanto à realização dos vários outros objetivos emancipatórios legítimos não reconhecidos pelo direito estatal.

regras e jurisprudência, além de casos evidentes de necessidade de políticas públicas amplas.

A *juridicização*²⁸⁷ e a conseqüente judicialização extremada permitem excluir ou dispersar, mais uma vez, os reclames sociais, ao se aguardar que o juiz tenha sensibilidade para as necessidades sociais. É claro que ele deve ser sensível às necessidades sociais e, conseqüentemente, aos direitos e reivindicações legítimas. Mas o problema é a dificuldade, ou melhor, a impossibilidade de chegar a ele essas necessidades de forma intacta, sem distorções, bem como mudar suas concepções ideológicas sobre a realidade,²⁸⁸ que certamente influenciam sua decisão. A questão da capacidade decisória – conhecimento técnico específico, amplo conhecimento da "realidade real", limites da "técnica" – também é importante. É bastante questionável que a "imprensa livre" brasileira, os doutrinadores e sábios do país e a "sociedade civil"²⁸⁹ sejam capazes de repassar essas necessidades e o "retrato da realidade dos fatos" ao Estado e aos juízes. E, caso consigam repassar, que os juízes realmente consigam se livrar de seus valores próprios e vícios cognitivos e os substituam pela "síntese" dos valores sociais vigentes. Também é bastante questionável que juízes sejam capazes de captar todos os reclames sociais, todas as informações necessárias, processá-los e dar as soluções – ainda que parte delas.

Concluindo, a aplicação não formalista do direito, no modelo proposto por exemplo pelos pós-positivistas, tende a gerar uma forma de clientelismo. Coloca os indivíduos no aguardo da solução dos seus problemas pelos órgãos estatais. Gera uma naturalização do processo social e, o que é pior, em que não há uma representatividade adequada e nem a colocação apropriada dos argumentos dos grupos minoritários e mesmo os da maioria. Não se pode dizer, pois, que esse modelo possibilitaria, *per si*, um estado democrático de direito.

²⁸⁷ É um termo que em sua origem teve um caráter de protesto em face da positivação, no Estado alemão, das relações trabalhistas. O motivo seria a *naturalização/despolitização* das relações entre o capital e o trabalho, o deslocamento das discussões político-ideológicas para as discussões técnico-jurídicas. Mas, nos anos 1980 e 1990, passou a ser usado pela sociologia jurídica alemã, em caráter menos crítico e mais analítico, "numa perspectiva *positiva* (como institucionalização de direitos básicos, por exemplo) ou *negativa* (como burocratização e engessamento)" (FARIA, 2004, pp. 134-140).

²⁸⁸ Mais à frente, trataremos das tendências cognitivas dos juristas.

²⁸⁹ Quanto à crítica sobre a representatividade exercida pela "sociedade civil", veja Ronaldo do Livramento Coutinho (2004, p. 36).

Um caminho não subversivo seria, então, uma maior abertura do espaço público aos atores sociais, limitando a atuação institucional ou fazendo das instituições instrumentos de captação e de emergência dos diversos interesses sociais. Porém, deve-se tomar cuidado com essa solução, haja vista que uma das mais famosas teorias que visam proporcionar essa "adaptação" das instituições – a teoria do agir comunicativo – não deixa de ser um avanço da tendência das ciências sociais fazerem uma desvinculação, no plano teórico, entre *as questões da cidadania* e *as crescentes desigualdades na distribuição de renda* nas sociedades latino-americanas (COUTINHO, 2000, pp. 329-330).

Explique-se. Os discursos derivados dos modelos dogmáticos de pensamento, principalmente o jurídico, expressam-se sob a forma de um saber acumulado difusamente, "sempre presente nos sistemas institucionais e provocando efeitos de realidade e coerência que ocultem as implicações políticas, sociais e econômicas dos dogmas jurídicos" (FARIA, 1992, p. 95). Seu objetivo seria configurar a história, gerando formas sociais hegemônicas, por meio de um "senso comum teórico". Esse "senso comum teórico" lançaria discursos que, por terem grande efetividade simbólica, parecem unitários (FARIA, 1992, 94-95), mas têm cientificidade bastante duvidosa (WARAT, 1983, p. 80). Por isso, esses discursos – que na verdade são políticos, ideológicos – estão, na prática, invariavelmente inseridos nos modelos de argumentos, de julgamentos, de ações e de conceitos. Acabam gerando modelos destinados "a maximizar o poder dos grupos que os enunciam sob a forma do senso comum teórico tanto em relação a concorrentes não juristas quanto perante subgrupos rivais no âmbito do próprio universo jurídico" (FARIA, 1992, p. 95).

O próprio fato de a *teoria da argumentação* reconhecer certa debilidade da razão – da razão tradicional – e questionar os saberes positivos que norteiam a organização das ações individuais e coletivas, acaba "subestimando ou mesmo invalidando toda tentativa de compreensão do processo social como constituído de dinâmicas contraditórias" (FARIA, 2004, p. 284). Tem uma percepção muito simplista dos diferentes conflitos sociais, "naturalizando" a realidade. Reduz conceitos tradicionais como participação, representação, democracia e legitimidade "a simples procedimentos de institucionalização dos interesses e das necessidades". Acaba convertendo a *política* em mero instrumento de neutralização dos conflitos, do "entrechoque" de opiniões e valores (FARIA,

2004, p. 285). Ou seja, acaba sendo um meio de controle subjetivo do indivíduo, impedindo que deixe de ser um cliente das instituições,²⁹⁰ tendo em vista que, nesse contexto, não haveria razão para lutar por novos direitos e liberdades. O problema é que, como lembrou Afonso Arinos Filho, o "povo não come *habeas corpus*".²⁹¹

Sob essa perspectiva, mais interessante do que desenvolver tipos de interpretação que possibilitem ao Judiciário substituir o legislador e o administrador público na criação e garantia de direitos, com resultados bastante questionáveis, talvez seja desenvolver doutrinas interpretativas que levem à ampliação dos espaços nos quais eles possam ser criados e garantidos. Por isso, a ideia de "democracia de direitos", de Griffin, é tão cara ao presente trabalho.

2.3.5

Limitação da razão, de informações e de tempo: incerteza e o dilema institucional

O problema do institucionalista²⁹² não é ter de escolher uma teoria moral da interpretação²⁹³ que informe as consequências ou padrão de consequência que deseja obter com sua estratégia interpretativa. A escolha de uma teoria moral subjacente é necessária quando se defende um *everyday pragmatism* (*consequencialismo-ato*), como visto através da crítica de Ronald Dworkin (1997, pp. 363-364) a Richard Posner, apoiada por Adrian Vermeule (VERMEULE, 2006, pp. 71-72 e 83-85). Ela é prescindível, entretanto, quando se adota um *consequencialismo-regra*. O consequencialismo-regra visa obter um melhor resultado na aplicação do direito, seja qual for a teoria interpretativa moral que se defenda. O institucionalista verifica as capacidades reais de cada instituição envolvida na aplicação do direito, bem como os efeitos sistêmicos (reais) que cada

²⁹⁰ E isso caso se consiga que as instituições diminuam seu caráter oligárquico. A atribuição de caráter oligárquico às instituições brasileiras é uma assertiva bastante comum entre os autores brasileiros. Cf., por todos, Fábio Konder Comparato (1999).

²⁹¹ Famosa frase em que acusa o perfil bacharelista e oligárquico dos componentes da UDN, dita após romper com Lacerda, *verbatim*: "a UDN pensa que o povo come *habeas corpus*" (SANTAYANA, 2006).

²⁹² Aqui considerados como aqueles que compreendem que devem adotar uma doutrina interpretativa de maneira estratégica em base empírica.

²⁹³ Ou teoria interpretativa valorativa baseada em concepções de alto nível (*high-level value theory of interpretation*), para usar expressão de Vermeule.

teoria interpretativa pode ter no mundo real. Após essas análises, ele seria capaz de indicar as consequências reais de cada doutrina interpretativa e, assim, identificar a doutrina interpretativa que melhor atenda, na prática, se não todas, ao menos a maior parte das teorias interpretativas de valor defendidas pela doutrina. Essa doutrina, dirigida ao Judiciário, pode ser o formalismo ou pode ser uma doutrina não formalista (SUNSTEIN, 2011, especialmente pp. 234-236), a depender, como se disse, da conclusão empírica do institucionalista. Vermeule (2006 e 2009), Larry Alexander (2011), Frederick Schauer (1991, 2009 e 2011), entre vários outros, chegaram à conclusão de que essa doutrina interpretativa é o formalismo – um "formalismo estratégico".

Seja como for, ainda que se insista pela necessidade de se ter uma teoria interpretativa moral subjacente à estratégia consequencialista-regra,²⁹⁴ como o institucionalista entende que a doutrina interpretativa a ser adotada é escolha de cada intérprete, deve-se concordar, ao menos, que é possível desenvolver uma *teoria institucionalista geral* a ser aplicada por cada intérprete. Estes, sim, deveriam ter, cada um, uma teoria moral anterior que lhes dissesse o que é uma melhor consequência e verificar se essa teoria interpretativa consequencialista-regra lhe atende. Mas, insiste-se, diante de certas condições, nem neste particular é necessária uma teoria moral anterior. O motivo encontra-se no fato de, no plano operacional, poucas doutrinas ou regras interpretativas terem o efeito prático que esperam. Dependem da capacidade do intérprete que fará seu uso diante das contingências que o cerca. Ao juiz bem intencionado não haveria alternativa que não concordar em utilizar a doutrina interpretativa que concluísse ser a mais confiável para atingir um bom direito – seja ele qual for. Por exemplo, tomemos uma hipótese em que foi arguida a inconstitucionalidade de um ato administrativo perante um tribunal. Caso o juiz chegue à conclusão de que: *i*) ele realmente não teria como obter todas as informações a respeito do histórico da edição da lei e sobre a realidade sobre a qual ela se dirige e, *ii*) ainda que tivesse, não teria como processar todos esses dados e, *iii*) ainda que conseguisse, não teria condições de fazê-lo de maneira melhor do que o órgão que editou o ato impugnado; ele

²⁹⁴ Não se deve esquecer que Richard Posner não entende relevante ter uma (teoria interpretativa moral) nem para o consequencialismo que professa (o consequencialismo ato a ato ou *everyday pragmatism*). E o ataque de Ronald Dworkin é justamente sobre esse tipo de consequencialismo, no seu debate com Posner.

concluiria que deveria ser deferente a esse ato, analisando, formalmente, se o mesmo incorreu em alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade. O juiz pode pensar: *i)* eu presento²⁹⁵ um órgão do Estado, quem editou o ato administrativo também; *ii)* eu sou um generalista ou menos especialista do que o órgão administrativo; eu detenho menos informação do que o órgão administrativo; eu tenho, portanto, menos condição de acertar a aplicação da lei do que o órgão administrativo ou de verificar se sua política regulatória realmente contém um erro; de maneira que o controle que devo exercer sobre ele deve ser menos ambicioso, aplicando a lei com o sentido mais imediato ou comum de seu texto, sem querer melhorá-lo com base em razões morais ou políticas de fundo.²⁹⁶ Como o juiz concluiu que deve ser deferente, ele não irá pretender substituir a possível interpretação não formal feita pelo órgão administrativo pela sua interpretação formal. Por isso, e com base no fato de as doutrinas interpretativas deverem olhar para quem as irá aplicar, é possível que o juiz seja formalista e o órgão administrativo ou outra instituição a ser por ele controlada seja não formalista. A conclusão a respeito da doutrina interpretativa a ser aplicada não depende de conceitos abstratos ou morais, mas de aspectos objetivos. A escolha da postura interpretativa estratégica não dependerá do resultado ideal geral ou caso a caso pretendido, mas basicamente de uma questão objetiva: "quem possui a maior capacidade de aplicar um melhor direito no caso (e garantir a sua aplicação)?". Nessas condições, não é preciso saber qual é o melhor direito, o que a estrutura da Constituição, seus princípios, o conceito de democracia ou outro dizem; não é preciso definir previamente o resultado ideal a ser alcançado com a postura interpretativa. Por isso, repita-se, não é necessária uma teoria interpretativa valorativa (moral) subjacente a um consequencialismo-regra.

O verdadeiro problema do institucionalista é a incerteza – limitação de dados a que o decisor tem acesso – e a limitação da razão – incapacidade de o decisor processar todos os dados necessários e, até mesmo, os dados que possui. O que leva ao chamado *dilema institucional* (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002; VERMEULE, 2006).

²⁹⁵ Sobre o uso do termo "presentar" no lugar de "representar", veja Hely Lopes Meirelles (2010).

²⁹⁶ Como é possível perceber, esse raciocínio é de *second-best order*, e será útil mais abaixo para a solução do *dilema institucional*.

Existe incerteza sobre a avaliação das capacidades interpretativa das instituições e seus efeitos sistêmicos; sobre o montante dos custos com as decisões, com os seus erros – perdas geradas aos indivíduos e ao Estado e o custo para corrigi-las – e com a coordenação necessária para repará-los. Os juízes não têm condições de adquirirem essas informações em tempo útil (VERMEULE, 2006, p. 155). Na verdade, as variáveis relevantes são tantas e tão amplas, e sua incidência se dá num âmbito também tão amplo e tão complexo, que dificilmente, algum dia, alguma pesquisa empírica poderá revelar esses dados. Várias pesquisas seriam necessárias para responder as questões empíricas relevantes para a defesa de uma ou outra postura interpretativa. Essas pesquisas apenas começaram e, dado o limite da razão humana e o grau de complexidade e peculiaridade da ciência social, determinados estudos de situações hipotéticas são impossíveis de serem analisados.²⁹⁷ Conclui-se, portanto, que muito das questões pertinentes à definição da capacidade institucional e os efeitos sistêmicos de sua postura interpretativa, além das relevantes à definição do custo/benefício com suas decisões, erros, acerto desses erros e coordenação necessária para obtê-los é objetivamente incerto no sentido técnico-econômico.²⁹⁸

O outro problema são os limites da razão. As autoridades de "carne e osso", inclusive os juízes, têm uma capacidade limitada de entender as informações que obtêm e de usá-las. Outro aspecto pertinente a este ponto é o fato de juízes, como outras autoridades, não serem sempre totalmente racionais. Como as autoridades políticas, eles também cometem falhas cognitivas, incluindo análises e argumentações heurísticas que levam a vícios ou tendências cognitivas. Um exemplo seria a tão denunciada "farra dos princípios"²⁹⁹ e/ou o uso indiscriminado de doutrinas por parte dos juízes brasileiros.³⁰⁰ Outro seria o problema da saliência que o caso particular tem sobre a compreensão da autoridade julgadora. É natural que a autoridade julgadora tenha a tendência de focar nas características do caso particular, dos riscos imediatos e perdas que as partes podem sofrer dependendo do tipo de interpretação que adote, enquanto ignora o que é abstrato e distante para ele, como os efeitos sistêmicos que sua postura pode gerar no sistema

²⁹⁷ Uma vez que, alterando um fator, alteram-se vários outros, e assim sucessivamente, não haveria como processar todas essas alterações e reflexos e chegar a uma conclusão.

²⁹⁸ Cf. Vermeule (2006, p. 155).

²⁹⁹ Como já visto ao citar Sundfeld (2009, 2011 e 2012, pp.60-84).

³⁰⁰ Por todos, confira Vilhena Vieira (2009) e Gonçalves (2009).

jurídico e político como um todo (VERMEULE, 2006, pp. 37-39) e, mais especificamente, a possível perda da função da regra jurídica e do próprio raciocínio legal, que garante a autonomia da ciência jurídica.³⁰¹

Posto o *dilema institucional*,³⁰² o institucionalista poderia chegar a duas conclusões: a) os juízes devem rejeitar todo o arcabouço institucionalista e simplesmente adotar qualquer doutrina interpretativa que lhe pareça intuitivamente a melhor ou justa; ou b) como a análise institucional é inescapável, ainda que haja incerteza na definição das capacidades interpretativas de cada instituição, é possível desenvolver técnicas para obter o melhor resultado, mesmo num ambiente de incertezas, como mostra a ciência econômica. A escolha pela conclusão "(b)" seria a medida correta. Tal conclusão implica na continuação do uso das considerações de segunda ordem (*second-order considerations*), além de outros instrumentos disponibilizados pela economia e pela estatística ao jurista.³⁰³

Concluindo, a investigação a respeito da melhor doutrina ou regra interpretativa a ser adotada pelas instituições que aplicam o direito deve ser feita com técnicas destinadas a julgadores de racionalidade limitada atuando sobre profunda incerteza (VERMEULE, 2006, p. 156). Essas técnicas buscam, justamente, diminuir o casuísmo empírico gerado com a incerteza e a limitação da capacidade de processamento das informações confiáveis, dando razões para agir de um determinado modo e não de outro.

³⁰¹ Nesse ponto, confira Schauer (2009).

³⁰² Incerteza quanto à capacidade das instituições e às respectivas melhores doutrinas interpretativas para elas aplicarem o direito, qualquer que seja o esforço empírico despendido.

³⁰³ Uma crítica pode ser feita neste momento. Pode-se sustentar que o juiz não para sua atividade para decidir sobre qual técnica interpretativa ou doutrina irá adotar por toda a sua vida profissional. Como resposta, pode ser dito que isto é verdade talvez na maioria dos casos (ou em todos), mas que isso não elimina o fato de que, toda vez que o juiz parar para escolher um instrumento de interpretação, ele fará uma escolha entre um dos tipos de regime interpretativo. Ainda que ele diga que não adota regime interpretativo algum, isso já é uma escolha interpretativa (não adotar nenhuma doutrina ou regra interpretativa específica), como já dito.

2.3.6

Características institucionais do Judiciário e a questão da limitação de informação e da razão (incerteza): técnicas para alcançar uma decisão racional

Acima se demonstrou apenas teoricamente a impossibilidade de se chegar a uma resposta segura com a pesquisa empírica exigida pela análise institucional (*virada institucional*). Agora, buscar-se-á demonstrar esse fato mais concretamente no que toca, em especial, ao Judiciário.

Caso não houvesse a limitação de informações e a limitação da capacidade de processá-las adequadamente, as características da instituição responsável pela aplicação do Direito não imporiam muitas dificuldades empíricas na indicação do método interpretativo mais indicado para ela (VERMEULE, 2006, pp. 157-158). O problema é que ambas as limitações existem.

Um primeiro problema geral, como foi possível notar, é o número muito grande de incerteza objetiva inerente ao conjunto de questões empíricas relevantes à análise institucional. Seriam questões *transcientíficas*.³⁰⁴ Questões que, apesar de serem empíricas, são irrespondíveis – seja em virtude dos custos para obtê-las, muito altos e, portanto, inaceitáveis, seja em virtude do tempo necessário para obtê-las, muito longo e, portanto, tampouco aceitável. Os dados necessários

³⁰⁴ Cf. Alvin M. Weinberg (1993, pp. 3-4): "Many of issues that arise in the course of the interaction between science or technology and society – the deleterious side effects of technology, or the attempts to deal with social problems through the procedures of science – hang on the answers to questions that can be asked of science and cannot be answered by science. I propose the term trans-scientific for these questions since, though they are, epistemologically speaking, questions of fact and can be stated in the language of science, they are unanswered by science; they transcend science. (...) the problems that arise when scientists can offer only trans-scientific answers to questions of public policy in situations in with the public, politicians, civic leaders, etc., look to scientists to provide scientific answers." ("Muitas das questões que surgem no curso da interação entre ciência ou tecnologia e sociedade – os efeitos colaterais deletérios da tecnologia, ou a tentativa de lidar com problemas sociais através de procedimentos científicos – dependem das respostas às questões que podem ser feitas à ciência, mas que não podem ser por ela respondida. Eu proponho o termo transcientífico para essas questões, uma vez que, embora elas sejam, epistemologicamente falando, questões de fato e possam ser estabelecidas em linguagem científica, elas não tem como ser respondidas pela ciência; elas transcendem a ciência. (...) os problemas que surgem quando os cientistas apenas podem oferecer respostas transcientíficas a questões de política pública em situações nas quais o público, políticos, líderes civis, etc., dirigem o olhar para os cientistas para que providenciem respostas científicas.”).

podem ser inacessíveis qualquer que seja o esforço e custo despendidos, em virtude da sua incerteza ser objetiva e irredutível. As questões transcienceíficas ocorrem tanto na ciência natural quanto, ou especialmente, nas ciências sociais (WEINBERG, 1993, pp. 3-4), em que a relação entre as variáveis é muito complexa e altera-se à medida que cada uma delas é alterada, numa cadeia infinita e de muito difícil, se não impossível, determinação.

O ideal seria uma experiência direta com as instituições às quais serão dirigidas as regras interpretativas. Mas nenhum experimento pode ser conduzido no formato aceito pelos padrões da ciência social. A alternativa seria um empirismo histórico-comparativo (VERMEULE, 2006, p. 159) – p. ex., comparando determinadas posturas interpretativas adotadas pelos tribunais em certo período com outras posturas adotadas em outros períodos pelo mesmo e outros tribunais, comparando os resultados. Mas esse tipo de experimento também não tem como ser conduzido, porque é muito difícil determinar quais são as variáveis num e noutro experimento, traçar seus efeitos e mesmo identificar o que é causa e o que é consequência (VERMEULE, 2006, p. 159). Especialmente nas ciências sociais, uma variável não só tem o condão de afetar outras, mas, ao fazer isso, estas últimas afetam a primeira, e assim sucessivamente – a interação entre as variáveis acaba sendo infinita, de maneira que a causa também é a consequência, e vice-versa.

Salientando que muito pouco trabalho empírico foi feito a respeito das consequências da escolha interpretativa, Vermeule (2006, p. 159) cita, como um dos melhores trabalhos desse tipo, o de Eskridge sobre a superação pelo Congresso norte-americano das decisões legais da Suprema Corte (*congressional overrides of the Supreme Court's statutory decisions*) no período de 1967 a 1990. Eskridge é o maior estudioso americano sobre a alteração de interpretação judicial pelo Congresso Nacional. Ele concluiu que as decisões judiciais que se baseiam primordialmente no sentido literal (*plain meaning*) do texto normativo têm maior probabilidade de serem afastadas pelo Legislativo do que as decisões baseadas primordialmente na interpretação histórica (*legislative history*), na interpretação teleológica (*purpose and policy*) e em precedentes. O trabalho dele fornece excelente base para vários estudos referentes à discussão de se adotar uma interpretação formalista ou uma não formalista. Mas, como conclui Vermeule (2006, pp. 162-163), os problemas empíricos relevantes para a escolha

interpretativa são frequentemente transcienceíficos (*trans-scientific*). Desse modo, o trabalho de Eskridge, como era de se esperar pela dificuldade já apontada nesse tipo de estudo, contém problemas, como categorias mal definidas e variáveis importantes que não foram consideradas, que comprometem a confiança do seu resultado (VERMEULE, 2006, pp. 160-161).

Nem sempre um pouco de dado é melhor do que dado nenhum e nem sempre o empirismo pode dar alguma informação útil na hipótese de não ser possível dar uma resposta definitiva. É tentador, neste ponto, tentar superar o problema empírico da análise interpretativa alegando que algum dado é melhor do que dado algum e que o empirismo poderia fornecer um dado sugestivo ou útil, ainda que não uma resposta segura. Vermeule (2006, p. 162) pontua que essa alegação seria correta no longo prazo e desde que se tivesse uma rede de coleta de informação contínua, mas que isso soa otimista demais para o curto prazo – deve-se lembrar de que nem os juizes, nem as autoridades administrativas têm o tempo que os acadêmicos possuem para obter uma resposta científica (ou transcienceífica). Ele fornece um exemplo: saber os cinco primeiros dígitos de um número de telefone (considerando também o DDD) é tão inútil quanto saber apenas 5% (cinco por cento) do que seria necessário sobre precedente legal para escolher entre as técnicas interpretativas disponíveis.

Os custos e benefícios do controle judicial. Tanto quanto as questões empíricas a eles associadas, os custos e benefícios do controle judicial são muito complexos. São transcienceíficos. Ou seja, eles são empíricos em tese, mas intratáveis na prática. Diante do grande número de informações relevantes e de as variáveis relativas às instituições serem de larga escala, os aplicadores da lei ficam impedidos de procederem guiados por palpites intuitivos que geralmente provam-se úteis para a tomada de decisão cotidiana (de menor escala). Portanto, dizer que os juizes (diante do dilema institucional) devem escolher a técnica interpretativa com base na sua intuição sobre aquilo que levaria ao justo não é adequado. Porque a intuição que seria útil diante de uma variável de pequena escala – útil para pequenas decisões que devem ser tomadas no dia a dia – deixa de ser, e é até mesmo perigosa, se usada numa variável de larga escala, como ocorre com as variáveis institucionais envolvidas na escolha interpretativa.

A recomendação científica. Diante de um quadro em que ainda não se têm os dados necessários para processar, em busca da resposta a respeito da melhor

técnica interpretativa a ser empregada pelo juiz, as normas gerais do processo de pesquisa científica³⁰⁵ recomendariam a suspensão do julgamento até esses dados serem obtidos e processados.³⁰⁶ Entretanto, o juiz não pode aguardar tanto tempo para solucionar seus casos, ao contrário do acadêmico (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002; VERMEULE, 2006, pp. 163-164). Por isso, caso cabível alguma analogia, ela deveria ser feita com a tarefa do engenheiro. Os juízes seriam vistos como "construindo um sistema de doutrina interpretativa" (VERMEULE, 2006, p. 164).

O engenheiro gostaria de fazer um protótipo perfeito, em escala real, do projeto que irá desenvolver, a fim de analisar todos os pontos fracos e as possibilidades de otimização. Entretanto, como o tempo necessário e o seu custo tornam a ideia proibitiva, ele acaba condenado a desenvolver seu projeto com estimativas incertas e por meio de deduções/inferências. Com os experimentos interpretativos judiciais ocorreria algo semelhante. Podem-se identificar duas formas principais de experimentação (VERMEULE, 2006, p. 164). Uma em que os juízes adotariam uma escolha interpretativa provisória (*provisional interpretive choice*). Como o nome indica, nessa hipótese, os juízes escolheriam uma doutrina interpretativa, deixando claro que ela não será definitiva. Caso não obtenha os resultados esperados, eles tentarão outra, e assim por diante. Com isso, espera-se acumular informação que permita, num determinado momento, indicar qual o melhor método interpretativo. A segunda forma de experimentação seria os juízes adotarem uma estratégia de descentralização (*decentralization strategy*). Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderiam permitir explicitamente que os tribunais regionais adotassem posturas interpretativas divergentes das deles e entre si, aguardando, com isso, o esclarecimento dos efeitos gerados a partir de cada qual, possibilitando a análise comparativa. Entretanto, nenhuma desses experimentos parece viável. Os custos (e perdas) gerados com elas, especialmente a incerteza que gerará àqueles que dependem do direito – toda a sociedade, praticamente –, provavelmente são proibitivos. De todo modo, essas experiências também não se mostram muito

³⁰⁵ Caso sejam aplicadas analogamente ao direito.

³⁰⁶ Como já citado, a economia e a estatística possuem instrumentos que visam superar essa "barreira", com ao menos uma quantidade mínima de cientificidade, nos casos em que não é possível ou recomendável aguardar uma pesquisa com todos os dados necessários e até que todos eles sejam processados.

úteis, pouco ou nada auxiliam na resolução do problema interpretativo (VERMEULE, pp. 164 e 166). Porque a própria questão de se os custos (e perdas) com a instabilidade, com a heterogeneidade nos entendimentos jurídicos, com a repetição da decisão e reavaliações sucessivas impostas por essas experiências compensam as informações obtidas é uma questão empírica de escolha interpretativa. E mais: os resultados da experiência não fornecerão "as informações necessárias para uma (eventual) escolha de regras interpretativas uniformes" (VERMEULE, 2006, pp. 165-166). De maneira que, assim como os engenheiros, os juízes estão fadados a fazer suas escolhas cruciais sob incerteza (VERMEULE, p. 166) – detêm limitações de tempo e recursos que reduzem drasticamente sua habilidade para produzir e colher as informações necessárias para tomar suas decisões cruciais.

Características do Judiciário e sua vantagem informacional. O Judiciário, em virtude de suas características, possui maior capacidade para gerar e colher alguns tipos de informação do que outros. O Judiciário é especialmente competente para gerar e colher informações relativas ao *custo decisório*,³⁰⁷ ou seja, os custos com o julgamento e os efeitos da aplicação de várias doutrinas interpretativas no número de casos submetidos aos juízes. Aplica-se aqui o que foi dito a respeito da distinção na criação e aplicação das regras e dos *standards* pelas autoridades julgadoras. Os juízes têm boas condições de entendê-lo e processá-lo. Entretanto, eles não têm boa condição de fazer o mesmo em relação às informações que lhes são externas. Têm baixa capacidade (ou capacidade de pequeno alcance) de compreender o entendimento das instituições e de empreender uma análise política positiva necessária para predizer ou ao menos observar as reações das outras instituições, inclusive quanto à sua própria (o

³⁰⁷ Vermeule (2006, pp. 165-166): "Decision costs is a broad rubric that might encompass the direct (out-of-pocket) costs of litigation to litigants and the judicial bureaucracy, including the costs of supplying judges with the information needed to decide the case at hand and formulate doctrines to govern future cases; the opportunity costs of litigation to litigants and judges (that is, the time spent on a case that could more profitably be spent on other cases); and the costs to lower courts of implementing and applying doctrines developed at higher levels." ("Custos da decisão é uma rubrica ampla que pode englobar os custos diretos (dispêndio) do litígio para os litigantes e para a burocracia judicial, incluindo os custos de suprimento dos juízes com as informações necessárias para decidir o caso sob análise e formular doutrinas para governar casos futuros; os custos de oportunidade do litígio para os litigantes e para os juízes (isso é, o tempo despendido com um caso que poderia ser utilizado em outros casos mais proveitosos); e os custos das instâncias ordinárias de implementarem e aplicarem as doutrinas desenvolvidas nos tribunais superiores").

Judiciário como um todo), frente à sua (a do juiz) mudança interpretativa. Essa assertiva é verdadeira tanto para o juiz individualmente considerado quanto para os juízes como um todo, tendo em vista a dificuldade de coordenação da sua atuação.

Em conclusão, a maioria das questões subjacentes à escolha interpretativa envolve dois tipos de variáveis empíricas: algumas sujeitas à experiência e vantagem informacional judiciária e outras que são amplamente misteriosas aos juízes generalistas (VERMEULE, 2006, p. 168). Como devem, então, os juízes proceder? É a pergunta que se buscará responder.

Técnicas para a escolha das regras interpretativas sob condição de incerteza.

Podemos fazer uso das técnicas ou estratégias para a escolha da doutrina/regra interpretativa sob condições de incerteza catalogadas por Vermeule (2006, pp. 168-181), entre outras. É certo que nenhum desses métodos é globalmente o melhor. Sua discussão visa identificar formas de superar o impasse das intuições empíricas (*the stalemate of empirical intuitions*),³⁰⁸ ocasionado pela ausência de informações necessárias para escolher o método interpretativo.

A alocação do ônus da incerteza.

Uma variante comum da alocação do ônus da prova é exigi-la de quem alega a necessidade de mudança do *status quo*, no caso, o *status quo* da postura interpretativa adotada. A menos que se demonstre que a medida proposta é melhor do que a anterior, a regra até então utilizada deve ser mantida. Seriam levados em conta tanto os custos/ganhos de ambas as medidas, bem como os custos com a alteração da postura interpretativa. Vermeule (2006, p. 169) fornece dois exemplos. Um exemplo seria a proposta do *textualismo* americano de deixar de usar o histórico legislativo, e a afirmação contrária no sentido de que a história do sistema jurídico americano é no sentido de permitir o uso do histórico legislativo quando a legislação não é clara ou é dúbia. Nesta visão, o textualista teria a obrigação de provar que sua proposta é superior, bem como que o custo de transição a justifica. O outro exemplo seria a proposta de uma regra de respeito ao

³⁰⁸ Cf. a respeito, Vermeule (2006, pp. 153-154).

precedente judicial mais robusta. Como seus opositores afirmam que sempre foi permitido ao tribunal alterar seus precedentes quando as circunstâncias assim o exigiam, os que alegam a necessidade de se ter precedentes mais rígidos devem provar que isto é melhor para o sistema jurídico, bem como que o custo de transição para essa postura vale a pena.

A técnica do ônus da prova, entretanto, é pouco útil, por ser, geralmente, limitada. Primeiro, sempre (ou quase sempre) será questionável qual é o *status quo*. Diante da complexidade e número de agentes jurídicos, como alegar que o sistema jurídico sempre foi num sentido ou no outro? Só o tempo e custo despendidos para identificar esse dado poderiam desestimular ou alongar em demasia toda a pesquisa. Por outro lado, essa técnica será útil, embora pouco útil, quando uma questão interpretativa totalmente nova fizer emergir discussão a respeito de qual doutrina interpretativa utilizar e as doutrinas concorrentes não estiverem sendo aplicadas até então (VERMEULE, 2006, p. 170). Isso porque, no procedimento de escolha interpretativa, o problema central não é qual ator tem o ônus de provar que sua doutrina interpretativa é a melhor. O problema central é que a informação necessária para definir essa questão é objetivamente inacessível ou acessível apenas por um custo muito alto – de tempo, de recursos humanos e/ou de incerteza jurídica durante um longo período etc. Mesmo que assim não fosse, essa informação é excessivamente complexa para ser processada por juízes com capacidade operacional limitada.

Ainda há mais um aspecto do ônus da prova relevante na seara interpretativa. Na verdade, trata-se de um alerta. O ônus argumentativo pode ser usado retoricamente contra qualquer proposta de alteração da postura interpretativa até então adotada. Como um proponente nunca conseguirá demonstrar com certeza que sua doutrina interpretativa é benéfica, sempre haverá um resíduo de incerteza. Basta então que qualquer oponente de qualquer proposta interpretativa exija um ônus de prova suficientemente elevado para impedir qualquer mudança no modo de aplicar o direito e, assim, sua própria evolução.

Os métodos da "teoria da escolha racional" ou "teoria da decisão" e a análise custo-benefício

A economia e a filosofia possuem uma "teoria da decisão" desenvolvida, ao contrário do que ocorre com o direito. Trata-se de um ramo da escolha racional

que estuda o processo de escolha de pessoas racionais sujeitas a diversos tipos de contingências. A teoria da decisão indica que o julgador racional deve maximizar a utilidade esperada (*expected utility*)³⁰⁹ na sua dimensão normativa. Conceitos como *risco*, *incerteza* e *ignorância* possuem um significado preciso na economia e na filosofia moral, sendo, assim, úteis para o nosso caso. *Decidir sob risco* significa que o julgador sabe quais serão os ganhos relativos a vários resultados e a probabilidade de ocorrência de cada resultado. Ao sopesar os resultados de acordo com as suas probabilidades, o julgador maximiza a utilidade esperada. *Decidir sob incerteza*, por seu turno, significa que o julgador conhece os ganhos relativos a vários resultados, mas não sabe a probabilidade de estes resultados ocorrerem. Agora, *decidir sob ignorância* significa que ele não sabe a probabilidade de ocorrência dos resultados e, nem mesmo, quais seriam os seus ganhos. (HAUSMAN and MCPHERSON, 2006, pp. 51-52).

A teoria da decisão dispõe que a *decisão sob incerteza* pode ser transformada numa *decisão sob risco* – a *incerteza* pode ser reduzida a *risco*. O julgador passa a poder maximizar a sua decisão quando passa a poder indicar as probabilidades de ocorrência de cada resultado. Existem dois métodos, desenvolvidos na economia e estatística, para determinar (interpretar) a probabilidade: o desenvolvido pela *escola frequentista (frequentist school)*, o frequentismo (*frequentism*), e o desenvolvido com base na teoria de Thomas Bayes, o *subjetivismo bayesiano (subjective degree-of-belief interpretation)* (HAUSMAN e MCPHERSON, 2006, pp. 51-54).

No método frequentista, analisa-se a ocorrência, no passado, de todos os possíveis resultados relativos a escolhas similares à que se está para fazer. Com base nesse dado, ou seja, com base na frequência com que ocorreu um determinado resultado a partir de uma série de decisões semelhantes, é possível, objetivamente, indicar a probabilidade de sua ocorrência.

Já no método subjetivo bayesiano, desenvolvido após crítica ao método frequentista, as probabilidades de ocorrência de cada resultado possível são apontadas subjetivamente. Essa indicação subjetiva é feita por meio de um processo de pressentimento intuitivo e de julgamento não muito claro. Uma

³⁰⁹ A *expected utility hypothesis* é uma teoria da utilidade desenvolvida na economia, na teoria dos jogos e na teoria decisória. Cf. a respeito, inclusive quanto à sua aplicação na definição de políticas públicas, Daniel M. Hausman e Michael S. McPherson (2006).

metáfora é capaz de explicar sua essência: no meio de uma batalha, você não tem outra escolha que não estabelecer probabilidades subjetivas às consequências possíveis de suas ações e, assim, ir tomando cada decisão. Na sua versão mais extremada, não haveria resultado em relação ao qual não pudesse ser indicada uma probabilidade de ocorrência. Assim, toda decisão seria tomada ou sob certeza ou sob risco – nunca sob incerteza, nem sob ignorância.

Entretanto, em muitos casos, nem o método frequentista, nem o *método subjetivo de grau de crença* de redução da incerteza para uma situação de apenas risco são totalmente racionais ou passíveis de aplicação. No caso do frequentismo, certamente há situações de decisão que não têm um longo histórico de decisões semelhantes em que se possa basear para aferir as probabilidades de ocorrência dos seus resultados possíveis. E, ainda que houvesse, alguns julgadores apenas participariam de uma ou algumas dessas situações de decisão constantes do histórico levantado. De maneira que esse método necessitaria de outro instrumento da estatística para corrigir esses desvios. Por exemplo, pense-se nas decisões tomadas pelo colegiado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cada conselheiro tem mandato de dois anos, sendo possível uma recondução. Caso se levante um histórico de dez anos de decisão, haverá vários julgadores diversos, bem como serão diversas suas ideologias, formações e reações a determinados fatos e argumentos. Um exemplo ainda mais significativo seria o tribunal do júri. Os jurados, geralmente, só julgam um caso. Assim, num levantamento histórico de um mesmo tribunal do júri pelo período de dez anos, ter-se-ão decisões de julgadores bastante distintos. Quanto ao *subjetivismo* (o método subjetivo de grau de crença bayesiano), haveria pelo menos dois problemas mais graves, ligados à inibição da apreensão do mundo externo pelo julgador. Como a probabilidade será indicada com base no conhecimento e intuição do próprio decisor, ela estará impregnada dos vícios e tendências dele, bem como estará despida de muita informação de fundo necessária para que essa indicação tenha algum caráter epistêmico.³¹⁰ Então, em muitas situações, casos

³¹⁰ Essa consideração é interessante para questionar, por exemplo, a possibilidade de o tribunal julgar com base em "valores sociais", valores e ideologias que sejam externas aos juristas e próximos dos sujeitos aos seus julgamentos. Também para questionar a possibilidade de o tribunal sintetizar, em seus julgamentos, as emendas não formais da Constituição (Ackerman, 2006) e as interpretações operadas pela "comunidade aberta dos intérpretes da Constituição" (Häberle, 2002).

com as características apontadas acima, haverá poucos motivos para confiar na probabilidade de ocorrência de um resultado indicada subjetivamente.

Em conclusão, quando for possível assinalar a probabilidade de ocorrência de um resultado, é relevante submeter as questões relativas a como decidir a uma análise de custo-benefício. Por isso, nesses casos, será questionado como os juízes devem escolher as técnicas interpretativas visando maximizar os benefícios esperados para o sistema interpretativo como um todo. Nas hipóteses em que as técnicas de transformação da incerteza em risco não sejam produtivas, devem ser buscados outros instrumentos, como indica a teoria da decisão.

O princípio da razão insuficiente

O princípio da razão insuficiente é uma técnica mais radical de redução da incerteza para o risco. Em situações em que o julgador, pela existência de incerteza objetiva, aponta subjetivamente a probabilidade de ocorrência de um resultado e esta probabilidade não é significativa/confiável, o princípio da razão insuficiente orienta o julgador a assumir todas as probabilidades desconhecidas como sendo iguais (VERMEULE, 2006, p. 173). Transforma, desse modo, o que era uma situação de incerteza em uma situação de risco. Em todo evento engolfado em severa incerteza, alguma versão do princípio da razão insuficiente parece ser um instrumento inevitável para se poder decidir (VERMEULE, 2006, p. 173). Apesar das críticas que essa técnica pode sofrer,³¹¹ certamente, em diversas situações, não se saberá a probabilidade de ocorrência de vários resultados possíveis de uma determinada atitude e, nem mesmo, os seus possíveis efeitos, mas ainda assim será preciso agir. Por isso, pode ser a melhor atitude focar-se nas variáveis e dados conhecidos, deixando que os demais se autoanulem. Como explica o teórico social e político norueguês Jon Elster (1989, p. 135):

In many, indeed most, decision problems there are associated with each of options a number of unknown and essentially unknowable possibilities whose materialization depends on the future development of the universe. When trying to make up one's mind, one has to assume that those and other unknowable factors on each side cancel out, so that one can concentrate on the knowable ones. Even among the latter, one has to focus mainly on the known ones, because of the direct

³¹¹ Como a afirmação de que desconhecer a probabilidade de ocorrência e efeitos de uma série de variáveis não significa que suas probabilidades de ocorrência e efeitos são as mesmas.

costs and opportunity costs of collecting and processing information. The ensuing decision, although not ideally rational from the point of view of an omniscient observer, will at least be as rational as can be expected. (“Em muitos, na verdade na maioria, dos problemas de decisão há associado com cada opção um número de possibilidades desconhecidas e essencialmente incognoscíveis cuja materialização depende do futuro desenvolvimento do universo. Quando se tenta fazer isso com a própria mente, tem-se que assumir que aqueles e outros fatores incognoscíveis em cada lado cancelam-se, de maneira que se pode concentrar nos cognoscíveis. Mesmo entre estes, tem que se focar principalmente naqueles conhecidos, em virtude dos custos diretos e dos custos de oportunidade da coleta e processamento da informação. A decisão que se segue, embora não idealmente racional do ponto de vista de um observador onisciente, será, pelo menos, tão racional quanto poderia ser esperado.”).

Essa técnica contribui para que questões importantes e propostas interessantes possam ser seriamente consideradas, ainda que não se tenha conhecimento sobre o comportamento de todas as variáveis em jogo, mas apenas de alguma ou algumas delas. De todo modo, o princípio da razão insuficiente mostra-se mais útil e, portanto, plausível, quando estiverem presentes duas condições. A primeira, que o julgador possua características que lhe confirmam maior capacidade para obter informações e processar a consideração (ou considerações) sobre a qual focará a sua decisão, quando comparado com as outras considerações (imponderáveis) que serão afastadas da sua apreciação. A segunda condição seria a consideração (ou considerações) escolhida para análise ser pelo menos da mesma ordem de importância que as que foram descartadas (por serem imponderáveis). A constatação desse nível de importância deve ocorrer ainda que por uma avaliação grosseira. Não teria sentido verificar qual decisão tomar com base em uma consideração cuja importância seja inferior a outras no que toca aos resultados dessa escolha. Por exemplo, não tem sentido decidir pela interpretação não formalista baseada em princípios por focar-se na consideração a respeito dos custos com aquisição de coletâneas legislativas pelos juízes e operadores do direito, arguindo que, caso os tribunais passem a decidir com base em princípios, não seria preciso comprar coletâneas legislativas atualizadas. Essa consideração está numa menor ordem de importância do que outras variáveis presentes na hipótese, como os custos decorrentes de uma possível segurança jurídica ou economia pela diminuição de decisões erradas que essa postura possa acarretar.

A teoria da restrição

Essa teoria foi desenvolvida sob a ideia de que, em algumas hipóteses, o menos pode ser mais. É subjacente, entre outras, à ideia da Constituição. Jon Elster (1985) considera-a a ideia base para a elaboração de uma constituição. A autorrestrição seria a essência de sua (constituição) elaboração.³¹²

Na maioria dos casos, é difícil imaginar algum motivo para as pessoas se autolimitarem, "descartar opções, retardar recompensas ou se autoimpor custos" (ELSTER, 2009, p. 11). E isso está correto. Mas, em alguns casos, o descarte prévio de opções futuras pode ser o melhor a fazer. Principalmente se não se tem muito tempo para decidir a respeito e é preciso tomar um curso de decisão. Por exemplo, numa estrada de alta velocidade, se de repente a estrada se ramifica em dez estradas menores você terá que parar para decidir qual seguir. Nesta hipótese, certamente, ter duas ou três opções seria melhor do que ter dez. A teoria em comento procura demonstrar que em algumas situações o indivíduo pode se beneficiar simplesmente por ter menos opções disponíveis, como no exemplo anterior,³¹³ por ter algumas opções específicas indisponíveis, ou indisponíveis por um período ("disponível apenas com certo atraso") ou a um custo superior do que ordinariamente exigido, e assim sucessivamente (ELSTER, 2009, p. 12).

Essa técnica pode ser útil ao jurista, especialmente ao juiz, na escolha de qual doutrina interpretativa adotar. Ele pode se restringir, previamente, comprometendo-se a adotar apenas a postura interpretativa formalista, a fim de evitar os custos e perdas geradas com uma interpretação não formalista – expostos mais à frente –, uma atividade interpretativa mais complexa, ambiciosa e muito mais longa que pode obter um resultado igual ou pior do que a primeira, bem mais curta e célere.

³¹² Elster (1985). Entretanto, na obra em que faz uma revisão de sua teoria desenvolvida em *Ulisses and the Sirens*, após o convívio com vários estudiosos de diversas especialidades, e neste ponto influenciado por uma afirmação do historiador norueguês Jens Arup Seip, Elster (2009, pp. 7-8), revê a afirmação de que a constituição seria uma autorrestrição política. Dificilmente, na política, as pessoas se autorrestringem, restringem, isto sim, os outros. Conclui que sua assertiva está mais afastada da verdade do que à de Seip: "no mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas os outros". E conclui que "Ulisses amarrou *a si mesmo* no mastro, mas também pôs cera nos ouvidos dos remadores." (ELSTER, 2009, pp. 7-8).

³¹³ Elster (2009, p. 12) utiliza o exemplo das artes (escolha do artista) para ilustrar a hipótese em que o indivíduo se beneficia da restrição de "opções disponíveis, sem o desejo de excluir qualquer escolha específica".

O paradoxo da onipotência. Uma ideia importante para a conclusão deste trabalho e que está relacionada à autorrestrição é a contida no *paradoxo da onipotência*. Esse paradoxo é revelado pela constatação de que, embora abstratamente considerada a onipotência seja um conceito bastante claro e coerente, como pode ser observado na definição de *soberania política* em Thomas Hobbes,³¹⁴ no plano operacional (na política da vida real) seria uma contradição em termos: "se uma instituição tem o poder de fazer qualquer lei ou de cometer qualquer ato a qualquer momento, poderia limitar seu próprio poder de agir e de legislar? Se pode, então não pode, e se não pode, então pode".³¹⁵ Na Bíblia, na passagem da condenação do profeta Daniel com base numa lei decretada pelo rei Dario, fruto de uma armadilha montada pelos seus sátrapas,³¹⁶ há uma demonstração do paradoxo. Mesmo sendo venerados com deuses, os reis da Pérsia "não tinham o poder de alterar as leis estabelecidas" (ESPINOSA, 1979, p. 331) e o rei Dario não pode evitar a condenação de Daniel e a sua execução. Embora a Bíblia não seja clara sobre o porquê de o rei Dario não poder revogar sua lei, nem regular o caso específico de Daniel, mesmo sendo onipotente sobre as leis do seu reino e, obviamente, sobre sua interpretação, podem-se levantar alguns motivos de não tê-lo feito. Caso precisasse revogar seu decreto para anular a condenação e, assim, impedir a execução de Daniel, Dario daria mostra de que não era, de fato, onipotente. Porque seu poder estaria atrelado ou sujeito a certos procedimentos fixos, não mutáveis por ele. Ou porque, ao fazê-lo, poderia perder legitimidade religiosa, garantida pelos sacerdotes, o que, por si só, revelaria existir um poder rival ao do rei e que, na verdade, não seria onipotente.

³¹⁴ "O soberano de um Estado não se encontra sujeito às suas próprias leis civis, esteja representado por um homem ou uma assembleia. Já que tem o poder de fazer revogar as leis, pode, quando lhe aprouver, libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras leis. Deduz-se que já era livre antes. É livre quem pode ser livre quando quiser. A ninguém é possível estar obrigado perante si mesmo, pois quem pode obrigar pode libertar. Portanto, não está obrigado quem obrigado está apenas perante si mesmo" (HOBBS, 2004, p. 198).

³¹⁵ Peter Suber (1990, p. 12), que trata de um caso especial do paradoxo da onipotência: o paradoxo da autoemenda (*self-amendment paradox*). Uma síntese da sua ideia está contida no ensaio "The Paradox of Self-Amendment in American Constitutional Law" (SUBER, 1990b) [SUBER, Peter. O Paradoxo da Auto-Revisão no Direito Constitucional. Tradução Fernando Borges Araújo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n. 31, pp. 93-128, 1990].

³¹⁶ Livro de Daniel, Capítulo 6.

Como mostra a política, e tudo o mais, é mais fácil comprometer-se do que quebrar uma promessa – a *irreversibilidade das promessas*.³¹⁷ Promessas feitas perante o público são muitas vezes irreversíveis.³¹⁸ O argumento de Hobbes não pode ser aplicado na política da vida real não apenas em razão da irrevogabilidade das promessas em regimes democráticos, mas também em regimes autoritários (ELSTER, 2009, pp. 190-193).

Não só para manter-se,³¹⁹ mas também para ser eficaz,³²⁰ o poder precisa ser dividido. Essa ideia será retomada quando da análise das razões pelas quais os juízes deveriam autorrestringir-se na interpretação da Constituição e do Direito Regulatório. Será dito que ele, realmente, poderia pretender dizer de maneira final o significado das normas constitucionais, inclusive modificando o significado de diversas normas infraconstitucionais, incluídas as normas regulatórias, uma vez que juridicamente a Constituição o permitiria. Mas será dito, também, que isso não seria o mais sábio a fazer, caso pretendam manter, tornar mais eficaz e mesmo ampliar seu poder de dizer o significado da Constituição e do Direito Regulatório.

³¹⁷ Elster (2000, pp. 190-191), referindo-se ao discurso de Cléon, demonstra que é melhor não fazer uma promessa do que fazê-la e depois quebrá-la.

³¹⁸ Elster (2009, p. 190), citando o anúncio de medidas radicais tomadas durante a Revolução Francesa de 1789 e a promessa de uma nova Constituição republicana durante a Revolução Francesa de 1848. Destaca, ainda, as seguintes frases, ditas no primeiro exemplo e no segundo, respectivamente: "as pessoas estão penetradas com os benefícios que lhes foram prometidos; não aceitarão ser despenetradas" e "depois de haver anunciado à nação que lhe seria concedido o direito que ela sempre havia desejado ardentemente, não era mais possível voltar atrás".

³¹⁹ Como mostraria a passagem bíblica do rei Dario, que não teria impedido a execução de Daniel supostamente pela possibilidade de perda de legitimidade religiosa ou pela revelação pública que o procedimento necessário implicaria no sentido da sua não onipotência. Outro exemplo é a aceitação, pelos reis absolutistas europeus, de um parlamento autônomo e/ou de um Judiciário politicamente independente. A garantia dos interesses parlamentares era, ao mesmo tempo, um limite à sua tendência a ações arbitrárias – incluindo a tomada ou insubordinação ao poder do rei.

³²⁰ É melhor ser soberano de um país mais rico ou desenvolvido do que num país pobre. Existem diversos exemplos de ditadores que abriram mão de parcela de seu poder, compartilhando com outras instituições locais, buscando atrair e desenvolver investimentos em seu país. Por exemplo, monarquias hereditárias absolutistas e ditaduras radicais aceitaram firmar contratos prevendo exceções à legislação local e mesmo abrindo mão de poder jurisdicional, a fim de receber investimentos para a exploração e produção de petróleo. Preveem nestes contratos a forma diferenciada de tributação e que suas regras não serão interpretadas pelo Judiciário local, mas sim por uma Corte Arbitral internacional. Em muitos desses contratos, há uma verdadeira consolidação da legislação necessária para essas atividades, sendo uma forma de suprir o baixo nível quantitativo e qualitativo da legislação do país. Cf. Daniel Almeida de Oliveira (2010). Outro exemplo seria a autonomia conferida pelo Poder Executivo ao seu Banco Central, a fim de permitir maiores investimento, estabilidade financeira e econômica e crescimento da economia do país. Cf., a esse respeito, Jon Elster (2009, pp. 193-196).

Os critérios *minimax* e *maximin*

Os critérios *minimax* e *maximin* são regras de decisão originalmente formuladas para a teoria dos jogos. Objetiva minimizar as perdas, enquanto maximiza os ganhos com uma decisão (*minimax*). Também é usada, alternativamente, para maximizar o ganho mínimo (*maximin*). É um instrumento da teoria da decisão que pode ser usado quando até mesmo *o princípio da razão insuficiente* falha, ou seja, quando não se consegue reduzir a *incerteza* subjacente à decisão a *risco*.

Em algumas hipóteses, uma opção de escolha pode ser afastada porque se sabe que ela terá um resultado pior do que a(s) outra(s) escolha(s) disponível(is) em qualquer situação. Agora, o inverso também é possível. Algumas escolhas (*dominante*) sempre dominarão as outras porque sempre produzirão melhores resultados do que a(s) escolha(s) alternativa(s), em qualquer situação, bem como nunca produzirão um resultado pior. Nas duas hipóteses, não é necessário saber a probabilidade da ocorrência de cada resultado possível. Ou seja, é possível tomar uma decisão racional mesmo num ambiente de incerteza.

Existem outras hipóteses, no entanto, em que se está sob incerteza e não ocorreu a sorte de haver uma *escolha dominante* entre as que estão disponíveis. Nesses casos difíceis, é possível ao decisor adotar diversos critérios ou estratégias para decidir. O mais proeminente é o critério *maximin* (VERMEULE, 2006, p. 176): adota-se a escolha que irá produzir o melhor pior resultado dentre todas as outras escolhas possíveis. O critério *maximin* é bem determinado somente quando os ganhos dos diversos resultados podem ser especificados. Entretanto, mesmo onde isso não ocorra, e talvez especialmente nesses casos, "a ideia mais geral de que os decisores devem minimizar as perdas, tentando evitar o desastre, é coerente".³²¹ O motivo encontra-se no fato de mesmo nos casos mais difíceis a teoria da decisão fornecer, no mínimo, uma orientação indireta, permitindo, pelo menos, uma racionalidade grosseira. Esse critério, portanto, será útil na escolha da melhor técnica interpretativa quando, apesar do uso do princípio da razão insuficiente, a incerteza subjacente a essa escolha persistir.

³²¹ Vermeule (2006, pp. 176 e 310), no entanto, alerta que isso nada tem a ver com o chamado princípio da precaução, do Direito Ambiental.

O critério da solução satisfatória (*satisficing theory*)

Esse critério, ao contrário dos anteriores, não tenta amenizar situações de incerteza ou de risco para aumentar a probabilidade de uma decisão acertada. Ele é, justamente, um critério de não maximização da incerteza e da racionalidade limitada. A ideia da solução satisfatória (*satisficing*) foi inicialmente concebida por Herbert Simon,³²² cujo conceito influenciou uma série de disciplinas, como a ciência da computação, a teoria dos jogos, a economia, a ciência política, a biologia evolucionária, a filosofia (SIMON, 1955; BYRON, 2004, p. 1). Simon chegou à conclusão de que a *maximização da utilidade esperada* (*maximization of expected utility*) em nossas escolhas era um ideal de racionalidade geralmente não alcançável por nós, porque não possuímos todas as informações nem a habilidade cognitiva necessária para uma identificação acurada da melhor alternativa disponível (SIMON, 1955, pp. 99-100; BYRON, 1998, pp. 70-71). Por isso, pretendeu adaptar a racionalidade até então exigida do "homem econômico" (*economic man*) para uma que fosse realmente executável por quem deve tomar decisões e fazer escolhas.³²³ Esse critério aconselha o decisor a procurar pelas escolhas ou opções até que encontre uma cuja utilidade esperada (*expected utility*) ou cujo nível de satisfação alcance ou supere o limite previamente estabelecido como *satisfatório*.³²⁴ Ou seja, o decisor deve procurar até que encontre uma escolha ou opção "satisfatória" ou "boa o bastante", previamente definida por ele e, aí, parar de procurar e adotá-la.

Num contexto estático, a ideia da solução satisfatória pode não ter sentido. Sendo estático, é possível identificar com certa facilidade todas as ações/opções

³²² Para se ter uma noção da qualidade dessa técnica, basta citar que Simon ganhou o Prêmio Nobel de Economia, em 1978, em razão dela.

³²³ Herbert Simon (1955, p. 99): "Broadly stated, the task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist." ("Em termos gerais, a tarefa é a de substituir a racionalidade econômica global do homem por um tipo de comportamento racional compatível com o acesso a informação e as capacidades computacionais que são, realmente, possuídas pelos organismos, incluindo o homem, nos tipos de ambientes nos quais tais organismos existem").

³²⁴ Interessante considerar a diferença entre *aspiration level* e *threshold* – o valor mínimo de alguma quantidade, na estatística –, estabelecida no debate entre Philip Pettit e Michael Byron (BYRON, 1998 pp. 72-74). Na utilização do *satisficing*, o nível do resultado aspirado (*aspiration level*) pode variar durante a procura pela opção a adotar, enquanto o *threshold* não. Por isso, Byron prefere usar o termo *threshold* no lugar do *aspiration level* proposto por Pettit. Essa distinção ficará mais clara no exemplo da venda de uma casa, exposto a seguir.

disponíveis. Aqui, a satisfação confunde-se com a maximização: por que escolher outra opção que não a melhor? Apenas será satisfatória a melhor opção. É num contexto dinâmico que a ideia de solução satisfatória destaca-se (BYRON, 1998, p. 72). Nele é possível demonstrar que é racional (melhor) preferir uma opção satisfatória (boa) à melhor opção disponível (ótima).³²⁵ No mundo real, o leque de opção de muitas decisões é, na verdade, resultado de decisões tomadas anteriormente. Um bom exemplo é a venda de uma casa (SIMON, 1955). Raquel entende que sua casa vale R\$ 600.000,00, mas aspira obter pelo menos R\$ 500.000,00 com a venda. Quando obtém uma proposta de R\$ 505.000,00, fecha negócio, porque não tem certeza se depois conseguirá uma proposta tão boa quanto ou maior e, ainda que venha a conseguir, em quanto tempo isso ocorrerá.³²⁶ Já Marcos, precisa vender seu apartamento para quitar uma dívida em até três meses. Ele entende que vale R\$ 700.000,00, aspira pelo menos R\$ 650.000,00. Faltando 15 (quinze) dias para o fim do prazo, caso ainda não o tenha vendido, provavelmente sua aspiração terá recuado, e recuará mais quanto mais próximo chegar do termo final. Nesse caso, observa-se que o limite previamente estabelecido como satisfatório para a escolha é a data final de venda, e não o preço da venda.

A extensão (tempo e espaço) da pesquisa para encontrar a decisão a tomar é uma das principais questões enfrentadas pelo decisor – "quanta informação, quantas opções devem ser procuradas e analisadas, e por quanto tempo, antes de tomar a decisão?".

O critério *satisficing* está sujeito, entretanto, a críticas conceituais e metodológicas. As conceituais geralmente acusam-no de ser, na verdade, um modo de maximização. Em alguns casos isso é verdade. Na verdade, tomando o *satisficing* num sentido mais amplo, ele pode ser uma estratégia de maximização global de resultados (*globally maximizing ou globally optimizing strategy*): o decisor, após uma série de decisões, acabará melhor do que outro que negligenciou os custos diretos e indiretos com a pesquisa para a tomada de

³²⁵ Um exemplo de aplicação do *satisficing*, pela doutrina nacional, pode ser encontrado em Luis Fernando Schwartz (2007, especialmente p. 16 e pp. 36-41), que analisa como deve ser escolhida a decisão a ser aplicada nos processos de análise de atos de concentração econômica e investigação de condutas anticompetitivas.

³²⁶ E por quanto tempo ela ficará com o seu capital imobilizado, sem obter ganho ou sem poder investir em algum outro negócio ou, ainda, pagar uma dívida que venha a ter que contrair.

decisão. Mas o *satisficer* pode tomar sua decisão num tempo distinto do maximizador (*constrained maximizer*), uma vez que a sua regra de interrupção da busca pela melhor opção é distinta. O maximizador interrompe sua busca quando o benefício de achar uma opção melhor é menor ou igual ao custo da continuação da busca. Note-se que nesse caso, ainda diferentemente do *satisficer*, sua regra de interrupção requererá indicações subjetivas de probabilidade (*subjective probability assignments*), não sendo funcional em situações de verdadeira incerteza (VERMEULE, 2006, pp. 177-178 e 310-311).

Mas a crítica de que o nível aspirado ou o *threshold* é endógeno, enquanto devia ser exógeno, além de dever ser fixo, não procede desde o início. Como o exemplo acima da venda da casa demonstrou, o nível aspirado pode ser móvel, ser endógeno ao decisor, bem como variar conforme ele vai ganhando experiência. É uma técnica que, apesar de alguns questionamentos teóricos, possui uma garantia prática muito robusta, provando ser útil em situação de incerteza e mesmo de ignorância.³²⁷

Pode-se defender, assim, com base nessa técnica, que juízes deixem de tentar reproduzir o que entendem ser o melhor sistema interpretativo e façam, no lugar, em razão das suas limitações humanas, uma busca limitada da norma aplicável através das fontes de informação interpretativa, tendo como *threshold* ou nível aspirado preceitos interpretativos satisfatórios – e, portanto, modesto.³²⁸

A estratégia de seguir um curso de ação ao invés de escolhê-lo (*picking*)

Em muitas situações, o investimento necessário para uma decisão completamente embasada, com todas as informações necessárias, eliminaria qualquer possível ganho superior desta decisão se comparada a outra em que simplesmente se agisse rapidamente, com as poucas informações possuídas no momento. A consciência disso, de que a *maximização* pode conter um caráter autodestrutivo, é um dos principais estímulos pela busca e defesa do *satisficing*. Esse caráter autodestrutivo ou patológico da maximização sobressai, especialmente, quando se está diante de uma escolha de custo extremamente elevado.

³²⁷ Nesse sentido, por todos, Vermeule (2006, p. 178).

³²⁸ É o que defende, p. ex., Schauer (1988, 1991, 2006 e 2009), Sunstein (2001 e 2008) e Vermeule (2006, pp. 183-288).

Um exemplo simples. Numa compra de supermercado "de mês", caso seja utilizada a técnica de maximização da decisão em cada produto a ser pego – comparando todas as suas propriedades, preço, validade etc. –, possivelmente serão despendidos alguns dias. Como as pessoas não têm tempo para isso, costumam simplesmente pegar (*picking*) os produtos (ULLMANN-MARGALIT e MORGENBESSER, 1977; SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 12). A escolha, se houver, dá-se com base em pouca informação e numa rápida reflexão – dá-se uma olhada na estante e se pega o produto com a melhor aparência ou cuja marca é a melhor ou ainda que o preço seja "mais em conta". O *picking* pode se dar por meio totalmente aleatório, como jogar uma moeda para o alto ou fazer um sorteio, como também por meio de deliberação de uma característica não essencial, como "sempre escolher uma pasta de dente num tubo azul" (VERMEULE, 2006, p. 179).

Mas também em escolhas importantes as pessoas simplesmente "pegam" (*picking*) uma opção ao invés de verdadeiramente a escolherem. Especialmente quando não há razão para pensar que uma grande quantidade de informação adicional será encontrada posteriormente, nem que uma deliberação com essa nova base muito mais robusta deixará o problema muito mais fácil de resolver ou permitir uma decisão muito melhor, se comparada àquela que se tomaria logo de início. Por exemplo, em desempate de resultado de concursos para cargos públicos importantes, é comum o uso da idade dos candidatos; o mesmo ocorre no caso da escolha de uma data para a aposentadoria compulsória de servidores públicos no Brasil; na escolha do beneficiado com casas construídas pelo governo, costuma-se usar o sorteio dentre os candidatos.³²⁹ Na verdade, o *picking* é comum também no extremo oposto às escolhas simples, em que o encargo da decisão é muito grande ou a diferença entre as alternativas é imensa, extremamente confusa ou difícil de contemplar (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 12). Pense-se, por

³²⁹ Cf. Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit (1999, p. 12): "A legal system might, for example, use a lottery, and indeed lotteries are used in many domains where the burdens of individualized choice are high, and when there is some particular problem with deliberation about the grounds of choice, usually because of underlying asymmetries among the alternatives." ("Um sistema legal pode, por exemplo, usar uma loteria, e de fato loterias são usados em muitos domínios em que os encargos da escolha individualizada são altos, e quando há algum problema particular com a deliberação quanto aos motivos da escolha, geralmente por causa das assimetrias subjacentes às alternativas em questão").

exemplo, na "escolha de Sofia" ou no caso real envolvendo os quatro marinheiros ingleses náufragos, no verão de 1884.³³⁰

Entretanto, é raro haver uma defesa clara do *picking* na doutrina e na jurisprudência, provavelmente pela exigência de fundamentação da decisão judicial, prevista, inclusive, constitucionalmente – Art. 93, inciso IX, CRFB. Circunstância que contribui para a retórica comum que exige do decisor fundamentação totalmente racional e completa do percurso trilhado até a decisão. Como é fácil perceber, contudo, o *picking* está bastante conectado à lógica decisória judicial. Como sugere o *justice* Antonin Scalia, qualquer regra clara de interpretação bem estabelecida é melhor do que a vacilação judicial na escolha entre as regras (ou doutrinas) interpretativas possíveis.³³¹ Ressalte-se, ainda, o uso dos precedentes judiciais. Ambos, o precedente judicial (*case law*) e o *picking* buscam o menor custo – tempo, recursos, ganhos com uma solução mais rápida – na escolha da decisão a tomar, quando há pouca razão para acreditar que os ganhos incertos com a construção da melhor decisão possível compensará os gastos (e perdas) efetivamente despendidos com ela (VERMEULE, 2006, p. 180). Embora no Brasil os precedentes não sejam cogentes, eles também servem de modo assemelhado ao *picking*. É comum o juiz brasileiro, ao identificar que um caso semelhante já foi julgado pelo tribunal, aplicar a mesma decisão à sua hipótese. Ademais, nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal³³² e do

³³⁰ Cf. Michel Sandel (2009, p. 31) e *R. vs. Dudley & Stephens*, L.R. 14 Q.B.D. 273 DC (1884). Trata-se da história real de quatro marinheiros náufragos que, após dias sem comida e sem água, entenderam necessário sacrificar um deles para obtenção de alimento, resolvendo matar o marinheiro mais novo, sem filhos e que ficara doente. No quarto dia após a morte do rapaz, enquanto "tomavam seu café da manhã", houve o resgate dos três sobreviventes.

³³¹ Cf. *Finley vs. United States*, 490 U.S. 545, 556, 1989. O juiz referia-se aos cânones interpretativos, comparando o Congresso americano com o Judiciário ("*Whatever we say regarding the scope of jurisdiction conferred by a particular statute can of course be changed by Congress. What is of paramount importance is that Congress be able to legislate against a background of clear interpretive rules, so that it may know the effect of the language it adopts*") ("Tudo que dissermos a respeito dos limites da jurisdição conferida por uma lei em particular pode, obviamente, ser modificada pelo Congresso. O que é de importância primordial é que o Congresso seja capaz de legislar contra um fundo claro de regras interpretativas, de maneira que possa saber o efeito da linguagem que ele adota").

³³² Na verdade, trata-se de interpretação a respeito da aplicação do Art. 101 do RISTF. Cf. RE 163.720-AgR, DJ de 8-4-94 (não se configura cerceamento de defesa a decisão monocrática que se funda em reiteradas decisões do Tribunal) e RE 244.048-AgR, DJ de 15-4-05 (afirma existir precedente firmado pelo Plenário do STF que autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema).

Superior Tribunal de Justiça³³³ existe previsão de que os ministros podem monocraticamente decidir em casos semelhantes aos já decididos pelo colegiado. Trata-se de caso similar ao *picking*.

Atalhos mentais ou dispositivos heurísticos

A técnica de recorrer a atalhos mentais ou a dispositivos heurísticos (*fast and frugal heuristic*) vem a complementar os instrumentos disponíveis aos decisores submetidos à incerteza. É comum o seu uso para contornar a necessidade de fazer escolhas individuais. Por exemplo, nas eleições, em vez de ter que escolher um vereador, um deputado estadual, um deputado federal e um senador, escolhe-se um partido (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 13). Outro exemplo seria o comportamento do porteiro ao ver um indivíduo pela primeira vez tentando ingressar no prédio. Seu comportamento será resultado de dispositivos heurísticos, diante da complexidade das variáveis envolvidas – nível de suspeição, gordo, magro, baixo, alto, cor da pele, vestimenta, criança, jovem, velho, muito velho, homem ou mulher etc. – e das suas opções de ação – ser muito educado, educado, polido, urbano, rude, maior ou menor exigência nos níveis de segurança, permitir o acesso antes de interfonar etc.

Um dispositivo heurístico especialmente interessante para a escolha interpretativa é o "*take the best*" (*pegue o melhor*). Seguindo a ideia de *satisficing* de Herbert Simon, foi desenvolvida uma família de algoritmos baseada em uma só razão para decidir (*one-reason decision making*), ou seja, um algoritmo extremamente simples (*frugal*) e rápido de conceber, processar (*fast*) e que, portanto, viabiliza decisões muito rápidas e baratas. Foi feita uma simulação computadorizada para comparar a qualidade das decisões baseadas nesse algoritmo bastante simples com a qualidade das decisões baseadas em algoritmos desenvolvidos com base na racionalidade clássica. A conclusão foi surpreendente, não tanto pela velocidade na tomada de decisão com base no algoritmo *take the best*, que já se previa seria muito mais rápida, mas pelo fato de suas decisões também terem sido tão ou mais acuradas do que as tomadas com base na racionalidade clássica de inferência (GIGERENZER e GOLDSTEIN, 1996, pp.

³³³ Art. 34, inciso XVIII do RISTJ (prevê o julgamento monocrático no caso de aplicação de súmula do tribunal).

650 e 653-660). Trata-se de uma prova concreta de que "os mecanismos cognitivos capazes de bom desempenho no mundo real não precisam satisfazer às normas clássicas de inferência racional" (GIGERENZER e GOLDSTEIN, 1996, p. 650).

O decisor de racionalidade e informação limitadas vai conseguir decisões mais acertadas empregando o *take the best*,³³⁴ caso a razão de decidir escolhida (o melhor e único sinal para decidir) frequentemente aponte para a direção certa. Um dos motivos é o fato de que outros tipos de técnicas de decisão vão exigir uma quantidade de busca de informações e uma complexidade de processamento das mesmas que o decisor não tem condições de realizar. Haverá não só perda de tempo e dinheiro nessa operação, mas também é mais fácil que o decisor se perca e, assim, erre – a chance de erro acaba sendo maior.

Obviamente, haverá casos em que não será recomendável escolher apenas uma regra de decisão simples. Mas o que a ideia do dispositivo heurístico e, especialmente, o *take the best* mostram é que nem sempre muita informação é melhor do que pouca; que às vezes é melhor parar logo e tomar uma decisão do que ficar procurando por mais informações; e que nem sempre um raciocínio complexo, ao invés de um simples, confere a melhor e mais acurada decisão.

As conclusões acima devem ser utilizadas para responder à pergunta "quão longe devem ir os juízes (de razão limitada) na busca pelas informações interpretativas?". Uma resposta provável é que os juízes que adotem doutrinas interpretativas com base em concepções morais³³⁵ devem convergir para uma estratégia interpretativa mais simples, tendente a captar o que há de melhor (*take the best*).³³⁶

³³⁴ Do que obteria caso usasse o processo racional tradicional de inferência maximizadora – uma regra de decisão que exigisse um procedimento mais complexo e com muito mais informações a serem adquiridas e processadas.

³³⁵ Relembrando, concepções valorativas atribuídas às normas constitucionais abstratas e à sua estrutura, à democracia, à natureza da linguagem e à natureza do direito.

³³⁶ Vermeule (2006, p. 181), por exemplo, propõe que os juízes parem a pesquisa interpretativa ao obterem o significado aparente da superfície do texto normativo legal e constitucional que for claro e específico, obviamente quando houver esse significado. Essa proposta, portanto, exclui qualquer procedimento interpretativo que incite o juiz a ir além do texto normativo claro e específico, visando superá-lo, adaptando ou melhorando a norma (ou a decisão) com base em outras fontes que não o texto legal – como os princípios jurídicos de fundo e o histórico legislativo.

Objeções ao uso desses critérios pelos juízes

Uma objeção óbvia a ser feita à aplicação dessas técnicas pelos juízes seria a seguinte: juízes de capacidade limitada (informação e razão) obrigados a decidir sob incerteza profunda terão tão pouca capacidade de aplicar técnicas racionais de segunda ordem (*second order*), expostas acima, quanto teriam para aplicar as de primeira ordem (*first order*), pelo fato de que ainda assim teriam que valorar e aplicar mecanismos racionais sob incerteza profunda. Se a razão humana é limitada, como poderiam com base nela chegar a essa conclusão?³³⁷ E como poderiam identificar – com essa mesma razão limitada – onde está o limite da sua razão e, com base nisso, identificar o tipo de procedimento racional seguir para tomar a decisão final de modo racional?

Esse paradoxo, entretanto, é apenas aparente (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, pp. 36-37; VERMEULE, 2006, p. 181). Inicialmente, a afirmativa é no sentido de que os juízes, tendo em vista as contingências que permeiam a sua instituição, possuem limitação de acesso a dados (incerteza) e limitação na capacidade de processá-los corretamente (razão limitada). E não apenas que a razão (humana) é limitada, o que é bastante diferente. Nessa limitação está contida não só a limitação "física" de processamento de dados, mas também as tendências cognitivas, as paixões. Os juízes teriam tendências cognitivas própria da classe jurídica e seu afastamento das pressões políticas dificultaria suas correções ou ajustes. Na limitação de acesso a dados, incluem-se o tempo disponível para a busca e também os dados imateriais, absorvido não apenas pela "racionalidade consciente", mas também pela "racionalidade inconsciente". Como os juízes estão afastados, pela peculiaridade de sua função, dos fatos sobre o qual decidem, tendo apenas acesso indireto a eles, essa perda é inevitável. Outro ponto é a desvantagem decisória epistêmica dos tribunais, quando comparados a outras instituições. Pelo pouco ou nenhum diálogo entre os juízes de diferentes e mesma época, entre os juízes de diferentes e mesmo órgão decisório e entre os tribunais e outras instituições, a racionalidade e

³³⁷ Por exemplo: afirmou-se que a razão humana é limitada para obter, num caso concreto, uma decisão adequada e minimamente segura a partir dos princípios jurídicos de fundo, diante da quantidade de informações a serem buscadas e da complexidade do seu processamento. Se isso é verdade, como essa mesma razão humana (limitada) conseguirá demonstrar essa impossibilidade?

conhecimentos produtores das suas decisões não costumam estar somados a um número grande de racionalidades e de conhecimentos diversos.

O argumento de descrença numa atitude ideal (*first-best*) de aplicação do direito pelos juízes conjuga a limitação da razão humana com a limitação específica da instituição "Judiciário" – repita-se: limitação de acesso a dados (incerteza), limitação na capacidade de processá-los corretamente (razão limitada direta e epistemicamente). De todo modo, as considerações de segunda ordem (*second-best order*) confiam que a razão possa indicar o seu próprio limite, bem como que um juiz limitado (racional e informacionalmente) é capaz de desempenhá-la consciente desse fato – tomando medidas racionais compatíveis com a sua condição. Afinal, uma das principais funções da razão é mostrar-nos quando ela (a razão) termina (ELSTER, 1989). Ademais, a defesa de um *racionalismo de segunda ordem* ocorre justamente por reconhecer os limites da razão. Ele (o racionalismo de segunda ordem) não só procura identificar os limites da razão – razão padrão ou exigida pelo racionalismo de primeira ordem – como também desenvolve uma "nova" racionalidade apta a trabalhar sob essas condições, relativa a cada instituição que a opere.³³⁸ Não há, portanto, qualquer contradição aqui.

Outra objeção possível seria afirmar que as técnicas de escolha interpretativa são apenas fracamente determinadas (VERMEULE, 2006, p. 181), não são completamente embasadas. Realmente, como dito anteriormente, não há uma ordem superior que indique qual doutrina interpretativa (ou doutrinas interpretativas) deve(m) prevalecer. E dificilmente haverá uma pesquisa empírica a respeito de qual método interpretativo deve ser o escolhido pelos juízes. Porque ou ela é inviável, já que até mesmo a forma em que se deveria fazer essa pesquisa exigiria uma pesquisa anterior, ou porque seu custo é proibitivo.³³⁹ Então, de fato, essa objeção procede. Portanto, como já dito, a saída é ou escolher as regras interpretativas com o auxílio de algum método racional, ou adotá-las sem qualquer auxílio da racionalidade técnica. Optamos pela primeira opção e

³³⁸ Como defende o institucionalista.

³³⁹ O tempo e os recursos despendidos e a insegurança que geraria, caso ocorresse num ambiente real, com a participação dos tribunais (e não vemos como ser diferente num futuro próximo), certamente seriam acima do nível aceitável. Seria preciso, inclusive, combinar tal projeto empírico com o Legislativo e o Executivo. Dificilmente, para dizer o mínimo, os poderes políticos ficariam parados enquanto os tribunais divergem gravemente sobre a aplicação da legislação. Provavelmente, criariam leis visando à uniformização e superação da interpretação equivocada.

levantamos acima algumas técnicas úteis ao processo de decisão. Elas podem não ser as únicas nem as melhores, mas seria preciso demonstrar isso empiricamente, no plano operacional, e não apenas abstratamente.