1

Introdução

Em uma conhecida passagem da obra *Espírito das Leis*, Montesquieu qualificou o Poder Judiciário como um poder nulo,¹ e, em outra passagem igualmente famosa, o pensador francês afirmou que os juízes não passam da boca que pronuncia as palavras da lei, ou seja, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.² Ambas as passagens representam determinada linha de pensamento que trata o Poder Judiciário como uma instância de caráter autômato, ou seja, como um mecanismo que aplicaria automaticamente, sem vontade própria, as normas oriundas das instâncias legislativas. Entretanto, a atual compreensão do Poder Judiciário, de suas funções políticas no Estado democrático de direito e no sistema de separação de poderes, enquanto aplicador de um texto constitucional dotado de normatividade jurídica, distingue-se em alguns aspectos constitucionais relevantes da antiga concepção liberal, dado que juízes, Cortes superiores e Tribunais Constitucionais desempenham papéis cada vez mais importantes no cenário político. Com efeito, o Judiciário apresenta-se como uma instância de importantes debates de interesse público, e suas decisões têm surtido efeitos que dizem respeito a todos os integrantes de uma comunidade política. Tanto é assim que os tribunais, através de suas decisões, ganham cada vez mais destaque na mídia, nos discursos políticos e em trabalhos acadêmicos, que os relacionam com a vida política nas democracias contemporâneas.

Corroborando esse fenômeno, mas com vista à realidade francesa atual, Antonie Garapon destaca que, cada dia, cresce o número de juízes chamados a pronunciar-se em um número cada vez mais extenso de questões, de modo que hoje os efeitos políticos das decisões das Cortes podem ser aferidos pelo fato de que grandes debates sociais são frequentemente realizados por ocasião de processos de enorme repercussão popular.³ No mesmo diapasão, em estudo comparado sobre a

¹ MONTESQUIEU, *Espírito das Leis*, p. 205.

² *Ibid*, p. 208.

³ GARAPON, *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, p.23.

composição, o funcionamento, os tipos de controle de constitucionalidade, as atribuições e a influência da jurisprudência constitucional sobre a ordem jurídica e política de cada país, o jurista francês Louis Favoreu destaca a influência dos tribunais sobre a ordem política em países como a Áustria,⁴ Alemanha,⁵ Itália,⁶ França,⁷ Espanha,⁸ Portugal⁹ e Bélgica,¹⁰ entre outros países do velho continente e fora dele.¹¹ Sem falar que a influência dos Tribunais em questões de grande repercussão política constitui fato bem mais antigo em um dos modelos do constitucionalismo, os Estados Unidos, onde a Suprema Corte cumpriu e cumpre uma função central na definição do sistema político estadunidense, e serviu de modelo para Tribunais de inúmeros países.¹²

Note-se que no Brasil, a introdução das condições jurídicas para a presença mais ativa de um Judiciário em assuntos político-constitucionais ocorre exatamente por influência do modelo norte-americano, que exerceu grande influência a partir da Constituição republicana de 1891, no que tange à configuração do Supremo Tribunal Federal, através da incorporação, por intermédio de Rui Barbosa, do sistema difuso do controle de constitucionalidade, reservando ao STF a última palavra sobre as questões constitucionais. Neste sistema, qualquer juiz ou tribunal tem a competência para, diante de um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, sendo que a matéria cuja constitucionalidade estivesse em discussão poderia ser levada à mais alta instância judiciária via recursos processuais. Entretanto, diferentemente da matriz norte-americana, o sistema jurídico brasileiro, de influência romano-germânica, não comporta o princípio do *stare decisis*, segundo o qual os precedentes judiciais, notadamente os das altas instâncias, vinculam os próprios órgãos jurisdicionais. Disso resultou que as decisões do STF não produziam os mesmos

⁴ FAVOREU, *As Cortes Constitucionais*, p. 57.

⁵ *Ibid*, p. 76.

⁶ *Ibid*, p. 91.

⁷ *Ibid*, p. 101-102.

⁸ *Ibid*, p. 111.

⁹ *Ibid*, p. 1103-117.

¹⁰ *Ibid*, p. 122.

¹¹ *Ibid*, p. 129-131.

¹² MELO, *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política*, p. 63-89.

efeitos que as da Suprema Corte americana.¹³ Ainda assim, o STF não deixou de estar presente em alguns momentos políticos no Brasil, notadamente através da doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, quando o STF, por meio de sua jurisprudência, consolidou o entendimento de que essa ação constitucional, que, em seu sentido clássico, destinava-se tão-somente à proteção do direito de ir e vir, poderia ser utilizada para a proteção de outros direitos individuais relacionados à liberdade pessoal.¹⁴

Com a Revolução de 1930, e concentração ainda maior de poderes no Executivo, a importância do STF foi diminuída. Em nível normativo, porém, vale notar que o papel reservado ao Supremo Tribunal Federal como última instância do controle difuso de constitucionalidade foi mantido pela brevíssima Constituição de 1934, que, além disso, introduziu o instituto da representação interventiva, através do qual o STF controlava eventual afronta ou omissão em relação aos princípios constitucionais fundamentais.¹⁵ A Constituição de 1934 também conferiu ao Senado Federal a faculdade de *suspender a execução* de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo, conferindo, assim, eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade.¹⁶ A Carta de 1937 manteve esses aspectos sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1934, mas criou a possibilidade de suspender mediante ato legislativo, a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade do ato normativo, o que deveria ser feito por uma maioria qualificada de dois terços dos votos do parlamento (CF/1937, art. 96). Com a redemocratização, em 1946, promulgou-se uma Constituição que não mencionou mais a possibilidade de revisão legislativa das declarações de inconstitucionalidades pelo STF, e manteve o controle

¹³ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 120.

¹⁴ “Foi um período extremamente fértil para a jurisprudência político-constitucional brasileira. Os debates e, torno da amplitude que se deveria dar ao *Habeas Corpus*, enquanto instrumento de defesa dos direitos inscritos na Constituição, tiveram grande repercussão na esfera política, embora a questão da cidadania quase não tenha se alterado para as classes populares, especialmente nas zonas rurais, onde o liberalismo dos republicanos jamais alcançou qualquer êxito. Não se pode negar, entretanto, a relevância do debate constitucional e das ações levadas a cabo pelo Supremo”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 119.

¹⁵ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 26. Vale notar que o autor trata a representação interventiva como um antecedente da Ação Direita de Inconstitucionalidade.

¹⁶ *Ibid.* 27.

incidental, com possibilidade de suspensão da execução da lei pelo Senado, nos moldes até então estabelecidos.

Apenas após o golpe de 1964, em um ambiente político inadequado para um exercício independente da jurisdição constitucional, introduziu-se, no sistema constitucional brasileiro, com a Emenda Constitucional 16/65, o controle abstrato dos atos legislativos federais e estaduais, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), mantida pela Constituição de 1967/69, com legitimidade processual exclusiva do Procurador-Geral da República. Este, por sua vez, era nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum* pelo próprio chefe do Poder Executivo, o que, do ponto de vista democrático, fazia da ADIn um instrumento de pouco valor no controle de constitucionalidade.

Frise-se que, em meio à ditadura militar, com o fortalecimento do Executivo, o ambiente político não era favorável a um Judiciário atuante. Basta mencionar o Ato Institucional n. 2, que aumentou de 11 para 16 o número de ministros, possibilitando que o Presidente nomeasse novos Ministros do STF afinados com o regime militar, e suspendeu as garantias da magistratura. O AI-5, por sua vez, conferiu poderes ditatoriais ao Presidente da República e, novamente, suspendeu as garantias da magistratura. Com base nesse Ato, foi decretada a aposentadoria compulsória de três ministros: Hermes Lima, Vitor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, além de terem sido retiradas da esfera de competência do STF medidas relacionadas com os Atos Institucionais,¹⁷ o que fez do Judiciário um poder submisso e limitado a questões menores em termos políticos.¹⁸

Desse modo, pode-se afirmar que o fenômeno da expansão do poder judicial no Brasil apenas ganhou força, primeiro, com o recém-processo de redemocratização,

¹⁷ Como nota Oscar Vilhena Vieira, “Ultrapassados esses confrontos e afastados os Ministros que não se submeteram ao regime de exceção, o Supremo Tribunal Federal não mais ofereceu resistência ao regime militar”. E, mais a frente, o autor afirma: “O Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política*, pp. 124 e 125.

¹⁸ “Ao longo das últimas décadas o Judiciário foi um poder submetido a uma ditadura. Sendo que o regime militar impunha o não conhecimento de determinadas matérias ao Judiciário, este se limitou a questões menores em termos políticos: atos do Presidente militar, baseado no célebre AI-5 eram assunto vetado”. Cf. LOPES, *Crise da Norma Jurídica e Reforma do Judiciário*, p. 72.

que introduziu condições políticas a ele favoráveis, e, segundo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, além de pôr em nível jurídico os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, foi bastante inovadora em matéria de controle de constitucionalidade e na reconfiguração institucional do Supremo Tribunal Federal.¹⁹ Note-se que simultaneamente à promulgação da Constituição de 1988, introduziu-se, no Brasil, um ambiente político mais propício à presença do Judiciário no cenário político. Embora seja contestável afirmar que o Brasil tenha consolidado a democracia plena, o cenário histórico recente conferiu condições propícias à intervenção judicial. Se comparado aos períodos autoritários da história brasileira, é perceptível a ascensão institucional do Poder Judiciário no esquema de separação de poderes, embora ainda o Executivo prepondere na agenda política do país.

Assim, em primeiro lugar, a positivação de normas com um maior grau de abstração e indeterminação, tais como as que estabelecem os fundamentos do Estado brasileiro – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político –, juntamente com a garantia de um extenso rol de direitos fundamentais, sociais e coletivos, e a incorporação de matérias que tradicionalmente estavam positivadas em nível infra-constitucional, tudo isso, acompanhado da crença de que a Constituição não se reduz a uma *folha de papel*, mas que consiste em um texto dotado de *força normativa*,²⁰ abre o texto

¹⁹ Oscar Vilhena Vieira acentua que “a expectativa de que o constituinte criaria um tribunal constitucional especializado, nos moldes existentes na Europa Continental, não se confirmou. Isso não significa, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal não tenha atribuições semelhantes às desses tribunais. Não obstante a manutenção da estrutura básica, assim como a de sua composição, diversas foram as alterações da esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro”. Cf. VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*, 127.

²⁰ A terminologia em destaque remete ao debate entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Segundo Lassalle, a verdadeira essência da Constituição de um país não reside em uma constituição escrita em si, que apenas representa uma simples *folha de papel*, mas no que ele chama de Constituição real ou efetiva, constituída pela soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação, ou seja, o conjunto de forças que atuam politicamente na manutenção das instituições políticas. Tal concepção nega valor ou força normativa à Constituição escrita, à medida que esta será tanto mais efetiva quando ela mais corresponder aos *fatores reais de poder* (Cf. LASSALLE, *A Essência da Constituição*). Portanto, as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim de poder. Hesse, refletindo as teses de Lassalle anos após a sua apresentação, defende que, ao lado das forças políticas, há uma força determinante oriunda da Constituição, consistente na sua pretensão de eficácia, que constitui elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado, embora o autor reconheça que

constitucional para um sem-número de possibilidades interpretativas, o que traz consigo a necessidade de uma rede institucional habilitada para dar precisão ao sentido dessas normas. Em segundo lugar, a Constituição foi expressa ao reservar ao Supremo Tribunal Federal a condição de mais alta instância do Poder Judiciário e de guardião das normas constitucionais (art. 102), reservando-lhe, entre outras competências, a de julgar as ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, cuja legitimidade processual para propô-las estendeu-se tanto para entes estatais (Presidente da República, mesa do Senado Federal, mesa da Câmara das Assembléias Legislativas, Governadores e Procurador-Geral da República), como para segmentos da sociedade civil (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).²¹

Com isso, o sistema constitucional brasileiro, que possui um complexo sistema de controle de constitucionalidade, cumulando os métodos difusos, de matriz norte-americana, e o concentrado, de matriz européia,²² com a promulgação da atual Constituição, embora mantendo o controle de constitucionalidade incidental ou difuso, reduziu expressivamente o seu significado ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103). Isso permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle

haja condições e limites para a atuação do direito constitucional. Para o presente trabalho também é importante notar a seguinte afirmação de Hesse: “O significado superior da Constituição normativa manifesta-se na quase ilimitada competência da Cortes Constitucionais, que estão autorizadas, com base em critérios jurídicos, a proferir a última palavra sobre conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais sobre a vida do Estado”. Cf. HESSE, *A força normativa da Constituição*, p. 28.

²¹ No Brasil, atualmente, as ações que compõem o sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis são: a Ação Direita de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Desde a publicação da Emenda Constitucional 45/2004, o direito de propositura de todas estas ações foi conferido aos mesmos órgãos e autoridades.

²² O sistema difuso configura-se como aquele em que o poder de controle é deferido a todos os órgãos judiciários, de um dado ordenamento jurídico, que o desenvolve incidentalmente, por ocasião da decisão da causa sob sua competência, e a decisão tem efeito para as partes do processo. O sistema concentrado ocorre quando o poder de controle está reunido em apenas um órgão judiciário. Cf. BARACHO, *Processo Constitucional*, p. 172. No Brasil, conforme afirmado, ao lado do controle difuso, instaurado pela primeira vez na Constituição republicana de 1891 e que tem no Supremo Tribunal Federal a sua última instância, a atual Constituição ampliou o controle concentrado e abstrato, instaurado inicialmente pela EC 16/65, que tem no STF o único e exclusivo órgão de controle.

abstrato de normas,²³ cuja decisão possui eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Esse quadro institucional possibilitou uma abertura democrática do Supremo Tribunal Federal sem precedentes na história brasileira, tornando-o mais um canal de demandas políticas e sociais para grupos que não vêem seus interesses devidamente apreciados pelas instâncias de representação política. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, a Constituição de 1988, com a ampliação do acesso e o estabelecimento de novas competências, somados à própria extensão do direito constitucional sobre campos antes reservados ao direito ordinário, transformou o STF em uma “importante e cada vez mais demandada arena de solução de conflitos políticos, colocando-a numa posição central em nosso sistema constitucional”.²⁴ E mais, essa abertura possibilitou o uso do Tribunal por grupos de interesses e minorias políticas, o que, no controle abstrato de normas, se deve em grande parte à extensão da legitimidade processual para se propor ADIn a partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, sobretudo, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Observe-se que tais demandas para a solução de conflitos políticos se opera através da linguagem do direito, por meio da interpretação dos dispositivos constitucionais. Com efeito, a interpretação jurídica, não obstante seja operação de natureza lógica mediante a qual se investiga o significado do texto normativo²⁵ – nem sempre claro e preciso –, pode esconder certo subjetivismo e voluntarismo do intérprete. Não à toa, a própria Teoria Pura do Direito²⁶ reconhece que a interpretação jurídica consiste em essência em um ato de decisão, pois a norma é um quadro ou moldura dentro do qual várias possibilidades de interpretação se oferecem ao intérprete, ou seja, a interpretação consiste em uma escolha entre várias opções.²⁷

²³ MENDES, *Jurisdição Constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, p. 78.

²⁴ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 217.

²⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 437.

²⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 394.

²⁷ Ilustra bem esta tese, a seguinte passagem: “O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...) A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada a

Este decisionismo no processo interpretativo é ainda maior quando se busca solucionar um conflito a partir de normas com alto grau de abstração, como as normas constitucionais que reconhecem direitos e fixam princípios fundamentais da sociedade e do Estado. Ao abrigar em seu corpo inúmeros dispositivos de conteúdo moral, como igualdade, dignidade, liberdade, ou, ainda, princípios como a democracia ou Estado de Direito, a Constituição, bem frisa Oscar Vilhena Vieira, se coloca como ponte entre a moralidade política e o direito. Dessa forma, a determinação do conteúdo de suas normas demanda mais do que adoção de métodos interpretativos, voltados à extração de um sentido eventualmente presente no texto, impondo aos aplicadores a obrigação de construção de um processo de precisão do significado dessas normas que possa merecer o reconhecimento racional da comunidade jurídica.²⁸

Acrescente-se que os dispositivos constitucionais são predominantemente compostos por termos não apenas desprovidos de um significado pacífico, mas que também são constantemente objeto das mais acirradas disputas políticas e filosóficas.²⁹ Como destaca Luís Roberto Barroso,³⁰ as Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Por exemplo, há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor. Da mesma forma, no plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-

caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que 'a justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo". Cf. KELSEN, Teoria Pura do Direito, p. 390-391..

²⁸ VIEIRA, *A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein*, p. 218.

²⁹ *Ibid*, p. 225. Na mesma página o autor destaca que: "A adoção de um princípio constitucional como *liberal* ou *social* não transforma essas expressões políticas em expressões técnico-jurídicas, neutralizando seu significado, assim como não encerra a disputa política sobre a natureza e direção do pacto político firmado pela comunidade, no processo constituinte. Simplesmente transfere para a esfera da aplicação da constituição a disputa sobre o *verdadeiro* valor desses princípios. Daí os tribunais estarem sempre envolvidos nas mais intrincadas disputas de caráter político, tendo freqüentemente que resolver conflitos entre poderes soberanos, a partir de conceitos muitas vezes imprecisos"

³⁰ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. O trunfo tardio do Direito Constitucional*, p. 7.

se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir no direito de ir e vir dos demais. Tudo isso torna a atividade interpretativa da Constituição ainda mais complexa.

Neste ponto, vale sublinhar que este conjunto de fatores – ascensão institucional do Judiciário, constitucionalização de matérias tradicionalmente reguladas por legislação ordinária, introdução de princípios e normas abertas, uso dos tribunais por grupos de interesse e minorias políticas, bem como outras condições políticas favoráveis³¹ ao aumento da demanda por justiça, etc. – redundou na constante provocação do STF, enquanto principal responsável pela guarda de um texto com amplas possibilidades interpretativas, através da comunidade de intérpretes da Constituição. Muitas questões de importância política e social passaram a ter nos tribunais, notadamente no STF, sua instância decisória final. Ainda que tais demandas encontrem justificativa na necessidade de concretizar as regras e os princípios positivados no texto constitucional, freqüentemente elas implicam a anulação de uma decisão política tomada por outro poder ou a conformação dessa decisão ao modo como a Corte Suprema entende. A simples verificação de alguns dos temas objeto de pronunciamento do STF ou de outros tribunais, em período recente, atestam a importância política dessas decisões:³²

³¹ Sobre os fatores que favorecem a judicialização da política vale destacar a lição de Werneck Vianna: “A ‘judicialização da política’ processo por meio do qual se indica a capacidade do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais, estaria sendo favorecida por um conjunto de variáveis contextuais, cuja presença variaria, em alcance e em intensidade, segundo as características histórico-sociais de cada país, mas que tendencialmente deveriam encontrar expressão homogênea nisso que se poderia qualificar como o Ocidente político. Partindo-se da sistematização de C. N. Tate, tais variáveis poderiam ser agrupadas com base em dimensões institucionais, em aspectos referidos à prática social e em situações conjunturais, contando-se entre as primeiras: a institucionalização de uma ordem democrática — valendo notar, aliás, que não há registro de qualquer exemplo de “judicialização” em um contexto não democrático apesar dos diagnósticos sombrios de alguns que a interpretam como uma ameaça à cláusula da maioria e da soberania democrática; o princípio da separação dos Poderes e da independência do Judiciário; e, por fim, a existência de uma Constituição que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria”. Cf. *Poder Judiciário, “Positivção do Direito Natural” e Política*, p. 6.

³² Estes exemplos são mencionados por Luís Roberto Barroso. Cf. *Ibid*, p. 20. Entre eles podem-se acrescentar, entre outras, algumas questões político-eleitorais importantes como a chamada verticalização das coligações partidárias e a redução do número de Vereadores das Câmaras Municipais de todo o Brasil, que foram determinadas por instâncias jurisdicionais, a partir da interpretação de dispositivos e princípios constitucionais. A recente questão sobre a resolução do

“(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde”.

Nesse contexto, no qual se entende Constituição como lei superior, vinculatória do próprio legislador, o controle de constitucionalidade é visto como um instrumento capaz de garantir a efetividade e a superioridade da lei fundamental. A influência que a Justiça, através da interpretação dos dispositivos constitucionais, exerce sobre a vida coletiva gera a crise de legitimidade com a qual se defrontam, nas sociedades democráticas, a totalidade das instituições que de alguma forma exercem essa autoridade.

Com efeito, todas essas demandas, levadas às instituições públicas com base na linguagem do direito e dos direitos, com a subsequente resposta, juridicamente fundamentada, do Judiciário, podem levar à percepção de que o excesso de direito e de justiça pode pesar sobre a democracia, induzindo à idéia de que os juízes se arrogam no papel de guardião da moral pública, e passam a representar a consciência moral da vida social, política e econômica.³³ Como bem destaca Garapon, se nos países da *Common Law* a influência política do juiz talvez é muito menos visível, por ser mais antiga,³⁴ diferentemente entre os países da família romano-germânica, essa nova sensibilidade traduz uma demanda moral: a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva,³⁵ o que implica dizer que o juiz e os órgãos jurisdicionais permanecem aqui para lembrar à humanidade, à nação ou

Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a contratação de parentes até o 3º grau em cargos comissionados do Poder Judiciário também encontrou no STF a última instância decisória.

³³ GARAPON, *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, p.55.

³⁴ *Ibid*, p.56.

³⁵ *Ibid*, p.25.

ao simples cidadão as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade.³⁶

Conforme alerta o próprio Garapon, “governo de juízes, ativismo jurídico, protagonismo judiciário, tentação de uma justiça redentora... Palavras não faltam para designar os novos perigos que a justiça pode fazer a democracia correr”.³⁷ O jurista francês prossegue na sua análise afirmando que à Justiça não cabe substituir a prática política, ela não pode “resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência e história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante e estéril e destruidor, que ninguém deseja”.³⁸ Jamais a justiça nos absolverá da responsabilidade de fazer política, porém pode estimular na invenção de uma nova cultura política.

Assim, o excesso de intervenção do Judiciário, órgão essencialmente não-partidário, via controle de constitucionalidade, cria sérios problemas de legitimação nas democracias contemporâneas. Vale dizer, as demandas sociais com base no discurso do direito permanecem em constante tensão com o princípio democrático, o que se agrava com o fato de que um corpo não eleito, ou mesmo responsável politicamente, venha a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem.³⁹

Da mesma forma, o processo de transformar a imprecisão das fórmulas constitucionais em uma efetiva e dinâmica concretização, por meio do juiz constitucional, torna-se também ponto problemático para o princípio da separação de Poderes. Nas palavras de Mauro Cappelletti, esse fenômeno provoca o encontro entre dois poderes ou duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*.⁴⁰

Entretanto, não se pode perder de vista que os procedimentos de concretização da Constituição também criaram um novo lugar de manifestação da esfera pública,

³⁶ Ibid, p.270.

³⁷ Ibid, p.55.

³⁸ Ibid, p.265.

³⁹ ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p 4.

⁴⁰ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 26.

que pode ser utilizado por associações e segmentos da sociedade civil organizada e é capaz de atuar sobre o poder político. A descoberta pela sociedade civil desses canais de participação tem levado a uma espécie de “mobilização política judicializada”⁴¹ de grupos de interesses que, representado por advogados, podem provocar decisões judiciais cruciais para a definição e reforma de instituições públicas, a distribuição de riqueza e a definição de identidades sociais.⁴² A esse processo de concretização do direito pela via judicial, com especial destaque para as ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade – em que se observa o surgimento de interpretações construtivas com notáveis repercussões na vida política – designa-se, aqui, pela expressão judicialização da política.

Termo, no Brasil, utilizado por cientistas sociais⁴³ para designar o papel político dos juízes, que permite avaliar como o processo judicial, especialmente o das Cortes supremas, interage com o sistema político democrático e com os poderes Executivo e Legislativo, e quais os seus efeitos em termos de formulação e implementação de políticas públicas,⁴⁴ *judicialização da política* também tem sido utilizado por alguns estudos de pesquisadores dedicados à área jurídica.⁴⁵ Essa terminologia dá a idéia de que inúmeras decisões políticas são tomadas em sede jurisdicional.

Essa nova forma de atuação do espaço público aparece no momento em que o funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. De um lado, observa-se o fenômeno da hipertrofia do Poder Executivo, pelo fato de que esse domina, com métodos monocráticos, o espaço dentro do qual a soberania popular deveria estar presente para formulação da agenda política do país. Seja através da edição abusiva de Medidas Provisórias, atropelando os requisitos constitucionais da urgência e da relevância, seja ditando a própria agenda política do Congresso Nacional, através da requisição de urgência para a votação de projetos de

⁴¹ A expressão é de Marcos Faro de Castro. Cf. CASTRO, *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, p. 147.

⁴² *Ibid.*, p. 147.

⁴³ Entre cientistas sociais que utilizam o termo, pode-se citar: Marcus Faro Castro, Luiz Werneck Vianna, e José Eisenberg.

⁴⁴ CASTRO, *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*, p. 147.

⁴⁵ Entre os Pesquisadores da área jurídica, pode-se citar Gisele Cittadino, o constitucionalista português José Canotilho e Luis Roberto Barroso.

leis e de outros métodos jurídicos e políticos que determinam a pauta legislativa, o Poder Executivo cerceia as possibilidades de contato da opinião pública nos processos decisórios, esvaziando a substância democrática do regime de 1988.⁴⁶ De outro lado, o Legislativo aparece como um Poder distante dos representados, sem força de fazer frente ao Executivo.⁴⁷ Nesse quadro, um outro lugar de manifestação da esfera pública, que conecta as associações e os cidadãos com o Poder Judiciário, é muitas vezes visto como capaz de atuar sobre o poder político em geral, de modo corretivo sobre os atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria política e constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e democracia, entendida como processo político majoritário. As atuais circunstâncias brasileiras reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.⁴⁸ Assim, para debater tais questões e buscar-se uma forma de atuação legítima dos tribunais, este trabalho tem como referencial um debate teórico consciente das tensões que a jurisdição constitucional pode causar dentro do princípio da separação de Poderes e, da mesma forma, uma preocupação de que ele se desenvolva sem pôr em risco os dois pilares da democracia constitucional, quais sejam, direitos humanos e soberania popular.

Com isso, para analisar o processo de concretização das normas e princípios constitucionais pelos tribunais, compatibilizando-o com o ideal democrático, apresenta-se um debate entre duas perspectivas teóricas com diferentes concepções de democracia e, por conseguinte, distintas sobre a perspectiva de como podem os tribunais atuar legitimamente nas democracias contemporâneas. Primeiramente, representante de uma forma bem peculiar de liberalismo, cuja nota característica se encontra na defesa do princípio da igualdade, o jurista norte-americano Ronald

⁴⁶ VIANNA, *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, p. 7-16.

⁴⁷ “O Congresso é uma instituição impopular. Severamente criticado pela imprensa, é extremamente malvisto também pela população em geral, como atestam as pesquisas de opinião”. Cf. AMORIM NETO e SANTOS, *A Produção Legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação*, p. 91.

⁴⁸ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Trunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 23.

Dworkin, que tem atrás de si toda a experiência constitucional dos Estados Unidos, e anos de atuação da Suprema Corte sobre os mais diversos assuntos de importância do país, apresenta um conceito substancial de democracia, a partir da idéia de que uma comunidade política compartilha princípios comuns, e a defesa do Judiciário, a partir das qualidades que cercam o seu discurso, como a instância adequada para a preservação desses princípios.

De outra parte, o filósofo alemão Jürgen Habermas insere-se nesse debate – muito mais trabalhado na ciência política e no direito constitucional estadunidense – com a publicação de sua filosofia de direito, através da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, em que, mantendo as premissas filosóficas construídas na Teoria do Agir Comunicativo, formula uma concepção de democracia deliberativa, cujo procedimento possui a qualidade de produzir decisões políticas racionalmente justificadas, reservando ao Tribunal Constitucional o papel de garantidor deste procedimento, que pressupõe, por sua vez, algumas condições democráticas.

Embora, neste trabalho, verifique-se uma clara opção pelo segundo autor, a apresentação do trabalho de Dworkin e de seu debate com Habermas é bastante enriquecedora para realidades como a brasileira, sobretudo pelo fato de que as críticas habermasianas ao modelo liberal, presentes no trabalho do jurista norte-americano, devem-se à necessidade de assimilar criticamente a idéia de princípios comuns compartilhados por uma comunidade política em países de passado autoritário e na defesa de que uma atuação racionalmente aceitável do tribunal não pode ser feita por um ator que dirige a sua palavra ao público a partir de uma interpretação monológica dos princípios constitucionais. Ao contrário, a interpretação deve ter em mente, sem perder as características do discurso judicial e sem abandonar o princípio da segurança jurídica, todo o potencial racional emergente dos discursos que se operam na esfera pública democrática.

Assim, este trabalho pretende, dada a opção por uma perspectiva teórica que privilegia o debate com a esfera pública na densificação dos dispositivos constitucionais, analisar se a Corte brasileira favorece aos potenciais atingidos pelas decisões judiciais a apresentação de seus argumentos, exatamente no tipo de processo

judicial de maior repercussão política no âmbito do STF, o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Essa análise concentra-se na jurisprudência definidora dos dois mecanismos que mais abrem o Supremo aos atores informais da Constituição, a saber, o direito de propositura conferido a entidades da sociedade civil e o mecanismo do *amicus curiae*. Entre a exposição do debate teórico entre Habermas e Dworkin, feita no capítulo 2, e o exame de jurisprudência (capítulo 4), faz-se necessária uma breve exposição sobre as características gerais da Constituição de 1988 e de como o Supremo Tribunal Federal se insere neste texto (capítulo 3).