

MARCELO DOVAL MENDES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO *VETO PLAYER*:
Desenho institucional da separação de poderes e operação do sistema político**

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2020

MARCELO DOVAL MENDES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO *VETO PLAYER*:
Desenho institucional da separação de poderes e operação do sistema político**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mendes, Marcelo Doval

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO VETO PLAYER :
Desenho institucional da separação de poderes e
operação do sistema político ; Marcelo Doval Mendes ;
orientadora Anna Cândida da Cunha Ferraz -- São
Paulo, 2020.
183f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Separação de poderes. 2. Sistema político. 3.
Controle de constitucionalidade. 4. Diálogo
institucional. 5. Supremo Tribunal Federal. I.
Ferraz, Anna Cândida da Cunha, orient. II. Título.

Nome: Mendes, Marcelo Doval.

Título: O Supremo Tribunal Federal como *veto player*: Desenho institucional da separação de poderes e operação do sistema político

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Associada Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

*Para Eduardo: meu filho, depois do que você conseguiu,
tudo é possível.*

“Quod fuit, ipsum est, quod futurum est. Quod factum est, ipsum est, quod faciendum est: nihil sub sole novum.”
(Ecclesiastes 1:9-10)

“La tolérance mutuelle est l'unique remède aux erreurs qui pervertissent l'esprit des hommes d'un bout de l'univers à l'autre.”
(Voltaire, 1694-1778)

“In the long run we are all dead.”
(John Maynard Keynes – A Tract on Monetary Reform, 1923)

RESUMO

MENDES, Marcelo Doval. *O Supremo Tribunal Federal como veto player: Desenho institucional da separação de poderes e operação do sistema político*. 2020. 183f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A discussão de fundo não é nova. A preocupação de Montesquieu e dos federalistas (e antifederalistas) nos Estados Unidos da América, no período das revoluções liberais: discutir a relação entre poderes e seu equilíbrio para garantir direitos e o autogoverno. Mais especificamente, a ideia é discutir essa relação e esse equilíbrio considerando o papel do juiz. Mas, não o juiz comum e, sim, o juiz constitucional. Discutir, então, o arranjo institucional, o desenho que melhor promova equilíbrio entre poderes em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, deve-se passar por conceitos mobilizados ao longo do texto, como poder, política e Direito. Na mesma senda, parece importante tratar do reflexo da modernidade sobre o Direito, sobre a democracia e sobre a representação política. Também é necessário seguir a trilha da separação de poderes, com os seus equilíbrios e primazias, até chegar no papel destacado atribuído ao poder de julgar às leis com base na Constituição: o controle de constitucionalidade. Com habilitação dos pontos de vista conceitual e históricos, cabe problematizar a relação entre Direito e política, distinguir os conflitos jurídicos e os políticos, debater a estrutura das normas jurídicas e compreender o modo de interpretação da Constituição. Enfim, com esse arsenal de fundamentos, deve-se passar à última etapa: analisar, criticamente, a realidade brasileira atual para propor mecanismos que sejam adequados para uma forma de controle de constitucionalidade que estimule o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes. Controle de constitucionalidade. Sistema político. Diálogo institucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

MENDES, Marcelo Doval. *Brazilian Supreme Court as veto player: Institutional design of the separation of powers and operation of the political system*. 2020. 183f. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The discussion is not new. The concern of Montesquieu and the federalists (and anti-federalists) in the United States of America, during the period of liberal revolutions: discuss the relationship between powers and their balance to guarantee rights and self-government. More specifically, the idea is to discuss this relationship and this balance considering the role of the judge. But, not the ordinary judge, but the constitutional judge, the Justices of the Supreme Courts. Discuss, then, the institutional arrangement, the design that best promotes balance between powers in a Democratic Rule of Law. For that, one must go through concepts mobilized throughout the text, such as power, politics and law. In this path, it seems important to deal with the reflection of modernity on law, on democracy and on political representation. It is also necessary to follow the path of separation of powers, with their balance and primacy, until reaching the prominent role attributed to the power to judge the laws under the Constitution: the judicial review. With the qualification of conceptual and historical points of view, it is necessary to consider the relationship between law and politics, to distinguish between legal and political conflicts, to debate the structure of legal norms and to understand the interpretation of the Constitution. Finally, with this arsenal of fundamentals, one must move to the last stage: to critically analyze the current Brazilian reality in order to propose mechanisms that are suitable for a form of judicial review that encourages dialogue between the Brazilian Supreme Court and the National Congress.

KEYWORDS: Separation of Powers. Judicial review. Political system. Institutional dialogue. Brazilian Supreme Court.

RÉSUMÉ

MENDES, Marcelo Doval. *Cour Suprême brésilienne comme acteur du veto: Conception institutionnelle de la séparation de pouvoirs et fonctionnement du système politique*. 2020. 183f. Thèse (Doctorat) – Faculté of Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

La discussion n'est pas nouvelle. La préoccupation de Montesquieu et des fédéralistes (et anti-fédéralistes) aux États-Unis d'Amérique, pendant la période des révolutions libérales: discuter de la relation entre les pouvoirs et leur équilibre pour garantir les droits et l'autonomie gouvernementale. Plus précisément, l'idée est de discuter de cette relation et de cet équilibre compte tenu du rôle du juge. Mais, pas le juge ordinaire, mais le juge constitutionnel, les juges des cours constitutionnelles. Discutez ensuite de l'arrangement institutionnel, de la conception qui favorise le mieux l'équilibre des pouvoirs dans un État de droit démocratique. Pour cela, il faut passer par des concepts mobilisés tout au long du texte, comme le pouvoir, la politique et le droit. Dans le même esprit, il semble important de traiter de la réflexion de la modernité sur le droit, sur la démocratie et sur la représentation politique. Il est également nécessaire de suivre la voie de la séparation des pouvoirs, avec leur équilibre et leur primauté, jusqu'à atteindre le rôle de premier plan attribué au pouvoir de juger des lois fondées sur la Constitution: le contrôle de la constitutionnalité. Avec la qualification des points de vue conceptuels et historiques, il est nécessaire de problématiser la relation entre le droit et la politique, de distinguer entre les conflits juridiques et politiques, de débattre de la structure des normes juridiques et de comprendre l'interprétation de la Constitution. Enfin, avec cet arsenal de fondamentaux, il faut passer à la dernière étape: analyser de manière critique la réalité brésilienne actuelle afin de proposer des mécanismes adaptés à une forme de contrôle de constitutionnalité qui encourage le dialogue entre la Cour suprême brésilienne et le Congrès national.

MOTS-CLÉS: Séparation des Pouvoirs. Contrôle de constitutionnalité. Système politique. Dialogue institutionnel. Cour Suprême brésilienne.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
I Colocação do tema.....	13
II Recorte e plano.....	16
III Algumas observações	20
1 NA TRILHA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	22
1.1 Considerações preliminares	22
<i>1.1.1 Poder, política e Direito</i>	<i>23</i>
<i>1.1.2 O reflexo da modernidade sobre o Direito: a summa divisio</i>	<i>27</i>
<i>1.1.3 Democracia e representação.....</i>	<i>32</i>
1.2. Separação (e “crises”) dos Poderes	38
<i>1.2.1 A receita política de Montesquieu</i>	<i>39</i>
<i>1.2.2 O desequilíbrio entre os Poderes</i>	<i>41</i>
<i>1.2.3 A vez dos juízes.....</i>	<i>43</i>
2 NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E POLÍTICA	47
2.1 Política e Direito: influências recíprocas	47
<i>2.1.1 Conflitos políticos e conflitos jurídicos</i>	<i>51</i>
<i>2.1.2 Raciocínio jurídico e decisão judicial</i>	<i>58</i>
<i>2.1.3 A atuação política dos juízes.....</i>	<i>62</i>
2.2 Interpretação e aplicação do Direito	66
<i>2.2.1. Princípios e regras</i>	<i>69</i>
<i>2.2.2 Natureza e conteúdo dos princípios constitucionais.....</i>	<i>74</i>
<i>2.2.3 Princípios constitucionais e concretização da Constituição</i>	<i>76</i>
3 A ÚLTIMA PALAVRA EM MOVIMENTO.....	84
3.1 A última palavra nas mãos dos legisladores	84

3.1.1	<i>O exercício da democracia</i>	86
3.1.2	<i>A maioria e a igualdade</i>	87
3.1.3	<i>Capacidades institucionais: os conflitos policêntricos</i>	90
3.2	A última palavra nas mãos dos juízes	93
3.2.1	<i>A proteção da democracia</i>	93
3.2.2	<i>O pré-compromisso</i>	95
3.2.3	<i>As capacidades institucionais: a racionalidade jurídica</i>	96
3.3	Em busca de diálogo	100
3.3.1	<i>O diálogo como essência da separação de poderes</i>	101
3.3.2	<i>As Cortes Constitucionais e o povo: a força da reflexividade</i>	105
4	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARENA POLÍTICA	112
4.1	A função política do Supremo Tribunal Federal	112
4.1.1	<i>O Supremo Tribunal Federal como Poder de Estado</i>	113
4.1.2	<i>Do “supremo desconhecido” ao diagnóstico da “Supremocracia”</i>	117
4.2	O Supremo Tribunal Federal como orientador de políticas	123
4.2.1	<i>A judicialização de questões políticas no Brasil</i>	124
4.2.2	<i>O Supremo Tribunal Federal como veto player</i>	127
5	FORTALECENDO O CONTROLE: NOVAS REGRAS PARA UM JOGO POLÍTICO	134
5.1	Por um diálogo no curto prazo para a qualificação das concepções políticas .	134
5.1.1	<i>Deliberação do Congresso Nacional sobre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade quando fundamentadas em princípios</i>	139
5.1.1.1	<i>A Constituição brasileira de 1988: estrutura normativa do parâmetro de controle de constitucionalidade</i>	141
5.1.1.2	<i>A natureza política da deliberação e a confiança na Suprema Corte</i>	145
5.1.2	<i>Deliberação do Congresso Nacional sobre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade decorrentes de maiorias apertadas</i>	147

5.1.2.1 Racionalidade jurídica, maioria e confiança	147
5.1.3 Aspectos relacionados às duas propostas de deliberação congressional sobre decisões declaratória de inconstitucionalidade.....	150
5.1.3.1 A manutenção (ou expansão) das competências do Supremo Tribunal Federal com o compartilhamento da última palavra	151
5.1.3.2 As vantagens adicionais do estímulo ao diálogo.....	152
5.1.3.3 A inexistência de riscos com base nos mecanismos já existentes.....	153
5.1.3.4 A questão da maioria na Assembleia Constituinte de 1987/1988	156
5.1.3.5 A experiência brasileira da Constituição de 1937 e a reação a propostas semelhantes de diálogo.....	158
CONCLUSÕES	163
BIBLIOGRAFIA	166

INTRODUÇÃO

I Colocação do tema

A presente tese tem muitas premissas (que, espero, fiquem claras ao longo do texto), mas dois pontos de partida: a conclusão de minha dissertação de mestrado¹ e a conclusão da tese de doutorado de Leonardo Paixão², ambas defendidas nesta Faculdade de Direito sob a orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

No caso de minha dissertação, ao analisar o desenvolvimento da jurisdição constitucional e os modelos clássicos de controle de constitucionalidade de leis, identifiquei duas adequações na separação de poderes: o surgimento de um poder específico de julgar, qual seja, o poder de julgar as leis frente à Constituição, e o deslocamento desse poder específico para fora da estrutura judiciária rumo à estrutura política.

No caso da tese de Leonardo Paixão, ao analisar a função política do Supremo Tribunal Federal, concluí o óbvio: o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula de um dos Poderes do Estado brasileiro, exerce função política, isto é, pratica um conjunto de ações relacionados aos valores e aos fins da coletividade.

Nesse contexto, o trabalho visa avançar a partir de ambas as conclusões: o exercício da função política do Supremo Tribunal Federal, no quadro da separação de poderes, e a readequação de seu desenho institucional considerando o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis exercido pelo Supremo. Com base nisso, duas são as *perguntas* a serem respondidas: quais os limites do Supremo Tribunal Federal, na arena política,

¹ Cf. Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição constitucional como expressão da separação de poderes: razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis*, Dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

² Cf. Leonardo André Paixão, *A função política do Supremo Tribunal Federal*, Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

quando exerce o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis? E quais os mecanismos adequados para garantir a observância desses limites?³

A *hipótese*, como resposta provisória, é que a função política efetivamente exercida pelo Supremo Tribunal Federal ultrapassa aquela decorrente das atividades de órgão de cúpula do Poder Judiciário para adentrar na operação direta do sistema político, com a definição de conceitos e concepções sobre os valores constitucionais. Como consequência, tendo papel estratégico na operação do sistema político e participando da tomada de decisões políticas, o Supremo não deve se esconder atrás da argumentação jurídica para fins de manutenção da última palavra sobre conceitos políticos da Constituição.

A *proposta*, por sua vez, envolve a sugestão do estabelecimento de mecanismos que não apenas esperem, mas, efetivamente, promovam o diálogo institucional entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional, com base nos conceitos políticos da Constituição, mais especificamente, por meio do compartilhamento da última palavra.

Inserido o problema tanto na teoria político-constitucional quanto no desenho constitucional brasileiro, apresentadas questões, hipótese e proposta, cumpre justificar a escolha e a importância do tema, as quais estão pautadas, basicamente, em três critérios: (i) a *pertinência* do desdobramento de estudos anteriores da jurisdição constitucional, desta vez, considerando especificamente a realidade brasileira da separação de poderes⁴; (ii) a *relevância*, na vida dos indivíduos, das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre

³ As constituições podem ser protegidas jurisdicionalmente por diversos mecanismos, tais como a tutela de direitos fundamentais, o controle da legitimidade dos partidos políticos, o foro privilegiado para o julgamento de membros dos poderes estatais, o controle dos conflitos de competências regionais, além, claro, de seu cerne – que aqui, especialmente, interessa –, o controle de constitucionalidade de atos normativos. (Cf., a propósito, Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* [trad. port. de Aroldo Plínio Gonçalves de Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato], Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 24-25; Hans Kelsen, A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920 [trad. port. Alexandre Krug de Verfassungs-und Verwaltunggerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1 Oktober 1920], in *Jurisdição constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 29-35; Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, Princípios fundamentais do processo constitucional, in *Revista Mestrado em Direito*, ano 4, n. 4, Osasco, Edifício, 2004, p. 181; Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 455-463). Nessa linha, “por jurisdição constitucional, pode-se compreender a atividade jurisdicional de garantia da Constituição, realizada na forma de processo, e por um órgão imparcial externo aos órgãos de direção política (independentemente de ser realizada por um Tribunal Constitucional ou por todos os tribunais ordinários).” (Cf. Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 67-68).

⁴ Conforme observa Kelsen, a jurisdição constitucional deve ser considerada como “princípio organizativo particular” que busca dar conta de resolver problemas práticos. (Cf., A jurisdição constitucional e administrativa, cit., p. 46).

questões de natureza política (ainda que, supostamente, analisadas sob um prisma exclusivamente jurídico) e que podem ser melhor compreendidas no âmbito do arranjo institucional da separação de poderes brasileira; e (iii) a *atualidade* das discussões sobre a proeminência do Supremo Tribunal Federal, em diversas searas (especializadas ou não), e sob várias perspectivas.

Dessa forma, sendo lugar-comum que um bom funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário desempenha um adequado papel de limitação do governo e na garantia de proteção às minorias⁵, justifica-se uma pesquisa que busque respostas sobre formas de arquitetura da jurisdição constitucional, propondo-se a (re)definir alguns dos papéis do Supremo Tribunal Federal.

A relevância das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida dos cidadãos também justifica o trabalho, pois, ainda que, do ponto de vista teórico, não seja um *veto player* tradicional do sistema político brasileiro – tanto porque apenas age quando provocado, quanto porque, em tese, os ministros não poderiam influenciar nas políticas além das normas –, é certo que, na prática institucional brasileira, nossa Suprema Corte tem sido chamada para decidir sobre questões políticas e, nesse contexto, tem exercido inegável influência política.⁶

A atualidade do tema se vê, para além das recentes decisões do Tribunal, nas intensas discussões sobre seu papel no sistema político-social brasileiro. Trata-se de fato notório constatado diariamente ao abrir os jornais e, conforme observam Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira “[a]s relações entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a sociedade têm se intensificado à medida que o tribunal passa a decidir cada vez mais sobre questões relevantes ao dia a dia dos cidadãos”⁷, sendo certo que “[c]om a criação da TV Justiça e a expansão das redes sociais, a garantia das liberdades de expressão e de informação e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intensificaram-se o interesse e o conhecimento de segmentos da população acerca do STF, assim como a presença deste na mídia.”⁸

⁵ Cf. Matthew M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 73.

⁶ Cf. Matthew M. Taylor, *Judging Policy*, cit., p. 4-5.

⁷ Cf. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? In *Lua Nova*, nº 88, São Paulo, 2013, p. 429.

⁸ Cf. O STF, cit., p. 429.

Ou seja, a atualidade e importância social das decisões do Supremo Tribunal Federal fizeram com que deixasse de ser o “*outro desconhecido*” mencionado Aliomar Baleeiro no fim da década de 1960 para se tornar manchetes de notícias nas mais variadas áreas de conhecimento, com tal expansão de autoridade em relação aos demais poderes que levou Oscar Vilhena Vieira a chamar de “*Supremocracia*” o atual arranjo institucional brasileiro.⁹

Finalmente, quanto à *contribuição original* para a ciência jurídica brasileira, os estudos sobre o papel político do Supremo Tribunal Federal e seu diálogo com outros Poderes costumam tratar das teorias existentes, enquanto, aqui, além dos principais argumentos sobre o papel de juízes e legisladores, busca-se propor e justificar mecanismos de compartilhamento da última palavra, com base na estrutura e na fundamentação da decisão declaratória da inconstitucionalidade de leis.¹⁰

II Recorte e plano

Feita esta breve introdução dentro da introdução, cumpre informar o que, precisamente, o trabalho busca examinar e como irá fazê-lo. O recorte pode ser feito de duas formas: dizendo o que se pretende e o que não se pretende.

Começando pelo que o trabalho não pretende, o objetivo não é discutir legitimidade judicial, isto é, se o juiz é ou não legítimo para decidir questões políticas sensíveis, assim como não é decidir quem é o “mais legítimo”, juiz ou legislador.

⁹ Cf. *Supremocracia*, in *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), jul/dez 2008, p. 441-445.

¹⁰ “A importância do Supremo Tribunal Federal – STF no sistema político brasileiro contemporâneo parece incontestável, em especial a partir da configuração institucional que emergiu da Constituição brasileira de 1988 e de seus respectivos efeitos sobre o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis. Apesar de não haver concordância entre os vários autores quanto à exata extensão do peso dessa instituição, o papel por ela exercido está longe de ser insignificante. Na verdade, a presença de robusta bibliografia sobre o tema apenas corrobora esse juízo. Todavia, ainda que os cientistas sociais brasileiros venham se dedicando crescentemente ao tema, a literatura está longe de ter esgotado o assunto. Aspectos concretos dessa realidade e mesmo abordagens teóricas ainda não foram aplicados de modo satisfatório ao caso brasileiro (...) [sendo necessária uma] integração mais coerente e consciente dos estudos sobre judicialização com a literatura sobre as relações Executivo-Legislativo no Brasil”. (Cf. Matthew M. Taylor e Luciano da Ros, *Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, nº 4, 2008, p. 825 e 848). No mesmo sentido, Cf. Matthew M. Taylor, *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, 2007, p. 230.

Partindo, então, para o que se pretende, a discussão de fundo não é nova. Voltamos à mesma preocupação de Montesquieu e dos federalistas (e antifederalistas) nos Estados Unidos da América, no período das revoluções liberais: discutir a relação entre poderes e o equilíbrio entre eles. Mais especificamente, a ideia é discutir essa relação e esse equilíbrio considerando o papel do juiz. Mas, não o juiz comum e, sim, o juiz constitucional. Discutir, então, o arranjo institucional, o desenho que melhor promova equilíbrio entre poderes em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, um primeiro capítulo, dividido em uma parte preliminar e outra histórica, parece necessário. Na primeira parte, preliminar, deve ser esclarecido como serão compreendidos alguns dos conceitos mobilizados ao longo do texto: poder, política e Direito. Na mesma senda, também parece importante tratar do reflexo da modernidade sobre o Direito, notadamente sobre a relação entre Direito público e Direito privado, na medida em que daí surge a pretensão de neutralidade científica do Direito, com reflexo direto e importante na estrutura de aplicação das normas constitucionais. Então, algumas noções sobre democracia e representação serão consideradas como base do debate teórico que mais adiante se fará sobre as teorias da última palavra.

Na segunda parte do primeiro capítulo, o trabalho segue a trilha da separação de poderes, inicialmente, com a receita política original de Montesquieu; depois, com os movimentos de desequilíbrio entre eles na evolução do Estado. Com a primeira implantação da separação de poderes nas Constituições europeias, influenciada pela doutrina liberal e pelo princípio da igualdade, conferiu-se primazia, em um primeiro momento, ao Poder Legislativo, como único representante da burguesia ascendente, cuja liberdade se desejava proteger. O segundo momento, dá centralidade ao Poder Executivo, nos Estados Unidos presidencialista, com a concentração de chefia de Estado e chefia de Governo; na Europa parlamentarista, com a Revolução Industrial e a necessidade de atendimento das expectativas econômicas e sociais. O terceiro momento, por fim, com a ascensão do poder de julgar, não as disputas individuais, mas as leis frente à Constituição, com limites implícitos e dependentes quase que exclusivamente da autocontenção dos próprios juízes, sejam ordinários, sejam especializados na guarda da Constituição.

O segundo capítulo, também dividido em duas partes, cuida, na primeira parte, das influências recíprocas entre Direito e política, destacando sua interpenetração, especialmente em relação à Constituição, ambiente no qual é mais difícil a distinção de

conflitos políticos e conflitos jurídicos. Assim, o trabalho busca a definição de conceitos políticos e concepções políticas para destacar que, em relação aos conceitos, o conflito é político, na medida em que, tratando-se de valores abstratos sobre os quais a sociedade possui consenso não há o que, juridicamente, disputar. Já no que toca às concepções políticas, sendo mais concretas, significam escolhas do modo de alcançar os fins escolhidos pelos conceitos. Consequentemente, pode haver disputa jurídica sobre elas. Na sequência, são avaliados os fundamentos do raciocínio jurídico para as teorias do Direito, isto é, o modo específico de fundamentar a resolução das questões jurídicas que lhes dá uma natureza distinta e permite o exercício de controle externo. Finalizando a primeira parte deste segundo capítulo, o trabalho se dedica a indagar quais os sentidos da atuação política dos juízes, isto é, quando e como eles são influenciados e como isso chega às suas decisões considerando a proteção do raciocínio jurídico.

A segunda parte do segundo capítulo, tratando da interpretação e aplicação do Direito, volta-se, primeiramente, para distinção de princípios e regras, considerando um breve inventário explicativo das principais classificações, para, então, filiar-se à proposta de distinção de Humberto Ávila, relacionada ao grau de abstração: enquanto princípios veiculam fins, com menor determinação de comportamentos, regras buscam atingir aqueles fins por meio de condutas mais ou menos concretas já previstas. Por tratar-se de trabalho na esfera do Direito constitucional, as etapas seguintes consideram, respectivamente, a natureza e o conteúdo dos princípios constitucionais e a forma de sua concretização quando positivados nas Constituições.

O capítulo terceiro, dividido em três partes, tem as duas primeiras dedicadas às teorias da última palavra, reunindo alguns dos argumentos que a conferem aos parlamentos e legisladores e outros que as atribuem aos juízes e cortes. Para defender a posição dos legisladores, destacam-se o exercício da democracia e o autogoverno via representação; a regra da maioria e a igualdade que traz para o processo político; e as capacidades institucionais dos parlamentos para lidar com conflitos policêntricos. No que diz respeito à última palavra nas mãos dos juízes, foram considerados a proteção da democracia, como valor substancial de garantia de direitos e não meramente a participação representativa; os pré-compromissos constitucionais como restrições às decisões das maiorias; e as capacidades institucionais das cortes relacionadas à racionalidade jurídica e à capacidade de argumentação. Na terceira parte, o trabalho levanta alguns pontos relacionados à busca

de diálogo, com foco não na ideia de diálogo institucional e suas teorias, e, sim, em suas raízes, na própria separação de poderes, bem como na força reflexiva das Cortes.

O quarto capítulo, voltado para o Supremo Tribunal Federal na arena do jogo político, divide-se, em duas partes, cuidando, primeiramente, de sua função política tradicional, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, um dos três Poderes da República no Brasil, e, depois, de sua atuação como orientador de políticas. Nesse contexto, na parte relativa à função política tradicional, são apresentadas a evolução crescente das tarefas atribuídas à Corte e a conseqüente expansão de seus poderes, enquanto, na parte relativa à atuação política deliberada da Corte, promovendo escolhas entre opções de caminhos a trilhar, são discutidos aspectos da judicialização de questões políticas e, principalmente, a caracterização do Supremo Tribunal Federal como *veto player*, o que define seu papel político atual e demanda ajuste nos limites de sua atuação.

Finalmente, o quinto capítulo, considerando os contornos do papel político exercido pelo Supremo, além de mero órgão de cúpula do Judiciário, não busca censurar a atuação, mas tenta esboçar um mecanismo de provocação do diálogo entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional. Assim, assumindo o jogo político, o trabalho propõe o estabelecimento de deliberação parlamentar para superação de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis proferidas pelo Supremo em duas situações: (i) quando o parâmetro de controle da decisão for algum princípio constitucional que veicule conceito político (e não concepção) e (ii) quando a decisão tiver sido proferida por maioria apertada de seis votos a cinco. Em ambas as hipóteses, não se altera a competência do Supremo Tribunal Federal, apenas se posterga a retirada da lei do ordenamento para depois da decisão congressual, se o caso (podendo, no entanto, a Corte suspender a eficácia da lei por medida cautelar), sendo que, no primeiro caso, compete ao próprio Tribunal decidir sobre o envio, com base em sua própria argumentação, ao passo que, no segundo, o encaminhamento depende de um fato objetivo, independentemente da estrutura da norma, mas apenas porque a decisão pela simples regra da maioria é melhor no Parlamento.

III Algumas observações

Por fim, faz-se necessária a consideração sucinta de algumas observações.

Em primeiro lugar, embora pareça claro no recorte, vale frisar que o trabalho tem como foco e considera apenas a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade de leis por ação, ou seja, não considera outras formas de controle (como omissão, por exemplo), outros tipos de decisão e tampouco técnicas de controle.

Em segundo lugar, vale esclarecer que outros atores políticos também poderiam decidir sobre a (in)constitucionalidade de leis, mas o trabalho se centra em juízes e legisladores porque busca propor um mecanismo de diálogo no curto prazo entre eles.

Em terceiro lugar, a discussão parece ter uma relação muito mais forte e direta com o controle abstrato de constitucionalidade das leis, na forma do modelo europeu-kelseniano, uma vez que fica mais evidenciada a função política da Corte e a proximidade com o ato legislativo, mas as conclusões podem servir também aos órgãos de cúpula de sistemas de estrutura monista que exercem o controle de constitucionalidade de leis na modalidade concreta e incidental, especialmente se possui mecanismos de extensão da eficácia subjetiva de suas decisões.

Em quarto lugar, sem ignorar que há diferenças na terminologia (tendo como principal critério a configuração estrutural monista ou dualista¹¹ do controle de constitucionalidade, sendo “corte suprema” ou “tribunal supremo” os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e “corte constitucional” ou “tribunal constitucional” os órgãos fora da estrutura judicial), considerando os fins propostos pelo presente trabalho, serão empregadas, indiscriminadamente, todas as expressões que se referem ao órgão

¹¹ “[O] modelo concentrado [de controle de constitucionalidade das leis] é baseado, portanto, em uma estrutura dualista, isto é, uma divisão da jurisdição estatal em duas partes: jurisdição constitucional (atribuída exclusivamente a uma Corte Constitucional e que consiste em fiscalizar a constitucionalidade da legislação) e jurisdição ordinária (em sentido lato, englobando todas as demais jurisdições em que um Estado, por opção política, se dividir; atribuída aos demais órgãos jurisdicionais, comumente do Poder Judiciário; e que consiste em julgar casos concretos com base na lei). O modelo norte-americano, difuso, por outro lado, é baseado em uma estrutura monista, ou seja, todo o Poder Judiciário exerce, integralmente, toda a jurisdição, não havendo razão para separar uma jurisdição constitucional de outra ordinária.” (Cf. Marcelo Doval Mendes, ob. cit., p. 100).

jurisdicional que exerce o controle de constitucionalidade de leis em caráter final ou exclusivo. Assim, independentemente de sua natureza, estrutura ou país, as nomenclaturas não serão consideradas como critérios diferenciadores.

Em quinto lugar, os vocábulos “instituição” ou “instituições” foram utilizados, indiscriminadamente, ora como conjunto de regras aplicáveis, ora como sinônimo de órgãos, não parecendo necessário o estabelecimento de termos distintos porque o contexto permite diferenciar o emprego com clareza.

1 NA TRILHA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Considerações preliminares

Na concepção de Aristóteles, o ser humano é naturalmente político em decorrência de possuir a palavra, isto é, a capacidade de se comunicar com sentido e finalidade “para tornar claro o útil e o prejudicial e, por conseguinte, o justo e o injusto”¹². E, por partilharem a capacidade de sentir o bem e o mal, vivem em comunidade com a finalidade de alcançar a justiça.

Ocorre que o alcance desta finalidade reclama decisões a serem tomadas em nome da coletividade. Este aspecto foi (e ainda é) um dos elementos centrais do debate político, que pode ser sintetizado em um questionamento: quem tem o direito de decidir e como?¹³ Na busca desta resposta, parlamentos e cortes despontam como órgãos capazes de cumprir adequadamente essa função. Legisladores e juízes possuem características específicas que os credenciam para a tomada de decisões políticas.

Contudo, apenas ser apto ou estar habilitado para uma determinada função não é suficiente para ser escolhido a exercê-la. O exercício do poder político, especialmente o de tomar decisões em nome da coletividade quando há diversos caminhos possíveis, isto é, diferentes concepções sobre os modos de atingir tais objetivos sociais, deve considerar os contextos histórico, social, cultural, econômico. Ou seja, não pode ser decidido apenas se abstratamente. Não se pode presumir que legisladores ou juízes serão melhores (ou piores) para uma determinada tarefa. Deve-se considerar teoria, mas também realidade para buscar o melhor dentre diversos desenhos institucionais possíveis

¹² Cf. Aristóteles, *Política* (trad. port. e notas Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes), Lisboa, Vega, 1998, p. 55-56. A propósito da visão do homem como ser político e do desenvolvimento de suas qualidades e virtudes na comunicada, cf. Robert A. Dahl, *A democracia e seus críticos* (trad. port. Patrícia de Freitas Ribeiro de Democracy and its critics), São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012, p. 20.

¹³ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, Democracia x Constitucionalismo. Um navio à deriva?, in *Cadernos de Pós-Graduação em direito: estudos e documentos de trabalho*, nº 1, São Paulo, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 7, Disponível em <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf>.

É o que se pretende discutir neste trabalho, razão pela qual antes de tratar das vantagens institucionais de legisladores e de juízes, bem como de propor mecanismos que estimulem o diálogo, parece relevante tratar de alguns temas que subjazem à discussão: por que e como juízes e legisladores foram chamados a decidir na comunidade.

1.1.1 Poder, política e Direito

O poder é um fenômeno presente em todas as organizações sociais e o elemento mais importante da política.¹⁴ As diversas áreas de conhecimento (Sociologia, Ciência Política, Direito, dentre outras) e os muitos autores que se ocuparam do tema oferecem conceitos distintos e explicações próprias para as manifestações do poder e, além de não haver convergência, há distintas implicações na escolha de uma ou outra.

Isto posto e destacando que o escopo do presente capítulo não é discutir ou explicar o fenômeno do poder e tampouco suas implicações, mas apenas lançar as bases sobre as quais o desenvolvimento e as conclusões se fundarão, vale destacar duas premissas que levam ao conceito de poder aqui utilizado: (i) os indivíduos possuem desejos e interesses que se chocam com os desejos e interesses de outros membros dos grupos aos quais pertencem e (ii) alguém deve regular essas necessidades, decidindo tanto sobre questões importantes para o grupo quanto sobre os conflitos delas decorrentes.¹⁵

Assim, no plano político, pode-se compreender poder como a capacidade¹⁶ de tomar decisões em nome da coletividade, impondo-as mesmo contra resistências.¹⁷

¹⁴ Cf., a propósito, Norberto Bobbio, *Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política* (trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Stato, governo, società: Per una teoria generale della politica), 9ª ed., São Paulo, Editora Paz e terra, 2001, p. 76-78.

¹⁵ Assumindo a visão hobbesiana, o estado de natureza do homem é um estado de guerra. A natureza fez todos os homens iguais, tanto nas faculdades do corpo quanto nas faculdades do espírito, e essa igualdade geral permite que todos os homens busquem seus interesses fundamentais (auto conservação e vida sustentável) com todos os meios à sua disposição. Ocorre que, quando os homens desejam as mesmas coisas, ao mesmo tempo, colocam-se em oposição, havendo uma permanente tendência de discórdia e de domínio de uns sobre os outros (Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil* [trad. port. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva de Leviathan], São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 106-107).

¹⁶ Cf. Norberto Bobbio, *Estado*, cit., p. 77.

¹⁷ Cf. Max Weber, *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva* (trad. port. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa de Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie), v. 2,

Consequentemente, pode-se compreender *política como o conjunto de ações em relação aos valores e aos fins da coletividade, que lhe pode ser imposto coercitivamente por aqueles que exercem o poder.*

Apesar de não haver convergência sobre o conceito de política¹⁸ e tampouco sobre os fins e funções do Estado, é recorrente a identificação de seu exercício com um espaço de liberdade na definição do conjunto de ações para a coletividade. No *locus* político, portanto, são menores e mais fluídas as limitações impostas aos agentes na tomada de decisões¹⁹.

Considerando a divergência sobre os valores e os fins da coletividade, bem como sobre o modo de contemplá-los e alcançá-los, respectivamente, é nesse espaço da política que se travam os embates entre os diversos agentes que possuem a capacidade de tomar decisões em nome da coletividade e exercer o conjunto de ações necessárias à sua implementação.

O pensamento aristotélico, na busca da “essência do político”²⁰, parte da ideia de que todas as coisas possuem uma finalidade²¹. A meta da política, então, é, primeiramente, descobrir o modo de viver para alcançar a felicidade e, depois, encontrar a forma de governo e estabelecer as instituições que sejam adequadas para atingir aquele fim.²² No caso do homem, sendo um animal político, não lhe basta simplesmente viver em

Brasília, Editora Universidade de Brasília, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 188. Cf., ainda, Norberto Bobbio, *Estado*, ob. cit., p. 78. Na literatura brasileira, conferir a sintética definição de Afonso Arinos de Melo Franco (*Evolução da crise brasileira*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, p. 6-7).

¹⁸ “Para Aristóteles, a política é a organização da *polis*, da unidade política do tempo dele. Para Weber, é a aspiração a obter o poder político. Em suas palavras: ‘Política é a aspiração ao poder e ao monopólio do uso legitimizado da força.’ Para Easton: ‘Política é alocação de valores imperativos.’ Ou seja, a política de forma imperativa aloca dos recursos materiais e os valores imateriais. Para Carl Schmitt, a política se identifica na relação amigo-inimigo.” (Cf. Adriano Gianturco, *A ciência da política: uma introdução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 84-85).

¹⁹ Cf. Leonardo André Paixão, ob. cit., p. 48.

²⁰ Cf. Simone Goyard-Fabre, *Os princípios filosóficos do direito político moderno* (trad. port. Irene A. Paternot de Les principes philosophiques du droit politique moderne), São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 1.

²¹ “Ora, todas as coisas definem-se pela sua função e pelas suas faculdades; quando já não se encontram operantes não devemos afirmar que são a mesma coisa, mas apenas que têm o mesmo nome” (Cf. Aristóteles, ob. cit., p. 55).

²² Cf. Mário da Gama Kury, Apresentação, in Aristóteles, *Política* (trad. port. Mário da Gama Kury). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 7.

associação: sua comunidade deve ter como finalidade a justiça, o discernimento do bem e do mal.²³

Os regimes políticos, pois, quando visem ao interesse da coletividade (capaz de levar os cidadãos ao encontro da felicidade) são formas de organização retas e justas e que, nestas condições, devem ser perseguidas.²⁴ Consequentemente, o objetivo da legislação é estabelecer uma ordem justa que se aproxime da natureza da cidade. Ela deve ser a mais conveniente para cada tipo de regime, de modo a evitar, de um lado, a corrupção da virtude dos governantes, mas sem olvidar, de outro, o equilíbrio de forças entre as pretensões dos diversos grupos sociais.

Maquiavel, expressando a mudança da modernidade²⁵ no plano político, busca resolver um conflito de valores existente entre a política e outras esferas do espírito humano. Seja emancipando-se em relação à ética e à religião²⁶, seja diferenciando dois tipos de moralidade²⁷, a política não se define pela ideia, mas pelos procedimentos, e a criação das leis necessárias depende das circunstâncias concretas. O estabelecimento e a

²³ Cf. Aristóteles, ob. cit., p. 56.

²⁴ Cf. Aristóteles, ob. cit., p. 211.

²⁵ De acordo com Max Weber, a modernidade é caracterizada pela diferenciação das esferas da vida humana, cada qual com sua legalidade própria, com o conjunto de regras que a caracteriza (Cf., a propósito, *Ensaio de Sociologia* [trad. port. Waltensir Dutra de Essays in Sociology], 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 371-410).

²⁶ Para Benedito Croce, Maquiavel afirmou a autonomia da política em relação à ética e à religião porque identificou nela regras próprias, que não podem simplesmente ser modificadas pelas regras das outras esferas da vida, ainda que assim se deseje (Cf. *Ética e política*, Milão, Adelphi, 1994, p. 292).

²⁷ Para Isaiah Berlin, a originalidade de Maquiavel não é, propriamente, a distinção entre a esfera moral e a esfera política e tampouco a emancipação da política em relação à ética ou à religião, mas, sim, algo muito mais profundo: a diferenciação entre dois tipos de moralidade, a mundana e a cristã, sendo que os valores desta, embora bons, simplesmente não podem ser utilizados na prática para a construção das sociedades vigorosas encontradas nos exemplos históricos e forjadas pelas paixões humanas. Consequentemente, Maquiavel não estabeleceria, propriamente, uma autonomização da política em relação à religião, mas trataria de um problema prático de fins e meios: para alcançar o ideal de sociedade gloriosa que seus governantes desejam, a política não pode se valer dos valores cristãos, porque estes servem a outros fins. A política, então, não precisa ser, necessariamente, autônoma da religião, mas, se se basear em seus valores, não conseguirá alcançar seus objetivos. Em decorrência disso, para Isaiah Berlin, o pensamento de Maquiavel, ainda que não intencionalmente, abre o caminho para o pluralismo e a tolerância na política, uma vez que esta pode ter como base de justificação distintos valores morais. A questão que se coloca é sua capacidade de alcançar os fins a que se pretende na prática. (“To choose to lead a Christian life is to condemn oneself to political impotence: to being used and crushed by powerful, ambitious, clever, unscrupulous men; if one wishes to build a glorious community like those of Athens or Rome at their best, then one must abandon Christian education and substitute one better suited to the purpose”, Cf. The originality of Machiavelli, in Nigel Warburton, Jon Pike e Derek Matravers, *Reading Political Philosophy: Machiavelli to Mill*, New York, Routledge, 2000, p. 43-44).

manutenção do poder exigem um fino equilíbrio entre a inovação e a tradição²⁸, mas, de todo modo, a política é balizada por estruturas que lhe são externas, sem, contudo, imobilizá-la.

Uma dessas estruturas é o Direito, marcado, nas sociedades ocidentais modernas, pelo processo histórico de positivação.²⁹ Nas sociedades antigas, o Direito era visto como algo externo (tradicional ou divino) e coincidente com a justiça; era simples objeto de conhecimento. Na modernidade, o Direito não é auto evidente, mas depende da política, tanto em seu conteúdo quanto em sua validade, não coincidindo, necessariamente, com a justiça. Assim, se, no passado, o Direito dependia da política (do poder político, mais propriamente) apenas para sua manutenção e restabelecimento (quando vulnerado); na ordem moderna, o Direito depende da política também para sua própria formação³⁰, bem como para sua aplicação.

O Direito, portanto, como *sistema de normas dotado de unidade*³¹, *emanado da autoridade competente e que ordena a conduta humana*³² depende também da política,

²⁸ “Devemos convir que não há coisa mais difícil de se fazer, mais duvidosa de se alcançar, ou mais perigosa de se manejar do que ser o introdutor de uma nova ordem, porque quem o é tem por inimigos todos aqueles que se beneficiam com a antiga ordem, e como tímidos defensores todos aqueles a quem as novas instituições beneficiariam” (Cf. *O príncipe* [trad. port. de Maria Júlia Goldwasser de Il príncipe], 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 25)

²⁹ “Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista. O resultado desse processo, o direito positivo, é caracterizado por sua realização por meio de uma legislação humana consciente e sua validade por força de decisão” (Cf. Dieter Grimm, *Constituição e Política* [trad. port. Geraldo de Carvalho de Die Verfassung und die Politik], Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 3).

³⁰ Hans Kelsen alerta que a própria definição do conceito de Direito pode ser politicamente dependente, de modo a corresponder a determinado ideal valorativo ou moral (de justiça, por exemplo), embora isso não seja, cientificamente, adequado, uma vez que a ciência deve buscar-se livres de julgamentos valorativos (Cf. *Teoria geral do Direito e do Estado* [trad. port. Luís Carlos Borges de General theory of Law and State], 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 7-8).

³¹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do Direito* (trad. port. João Baptista Machado de Reine Rechtslehre), 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 33. Confirma-se, também, a definição de Carré de Malberg: “Car, le droit, au sens propre du mot, n’est pas autre chose que l’ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire détermine par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominante n’existe que dans l’État: cette puissance positive de commandement et de coercition, c’est proprement la puissance étatique” (Cf. *Contribution à la Théorie Générale de l’État*, t. II, Paris, Librairie de la Société du Recueil, 1920, p. 490).

³² Cf. Carlos Nino, *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 40: “Es asimismo posible distinguir un concepto descriptivo institucional de derecho, que es más restringido que el primero, ya que alude sólo a aquellos estándares que son de hecho reconocidos por los ‘órganos primarios’ (expresión con la que sustituimos la larga cláusula de la definición del primer concepto) por la razón de que fueron prescritos por una cierta autoridad o fuente. Como se ve, esta noción de derecho no denota todos los estándares que los jueces y otros órganos primarios reconocen en sus decisiones, sino sólo aquellos que lo son por hecho de derivar de cierta fuente a la que se le asigna la

pois é, por meio desta, que serão estabelecidas as autoridades competentes para criar as normas jurídicas que formarão o sistema, as regras para as soluções dos problemas de indeterminação dos casos concretos e o próprio conteúdo das regras jurídicas, fazendo opções dos valores a se perseguir em cada sociedade a cada dado momento.

A modernidade traz novas reflexões e, dentre elas, apenas a busca da essência do político deixa de ser suficiente. É necessário um pensamento crítico sobre a relação do Direito com o fenômeno político. A ordem jurídica, como o conjunto de princípios e regras que estruturam o poder, passa a compartilhar o espaço difuso da política, em uma relação imbricada, com influências recíprocas:

A existência do direito político significa que a política não se reduz a simples relações de forças e que “potência” não é “poder”. A potência é apenas um dado factual que se expressa de maneira empírica e contingente. O Poder político – *Potestas* e não *potentia* – é uma construção jurídica, tanto é que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O “direito político” é precisamente constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado.³³

A preocupação, pois, deixa de ser o fundamento (e também a definição) da política para centrar-se no espaço em que esta pode se movimentar, considerando as estruturas jurídicas que a condicionam, seja nos limites, seja no conteúdo. Ou seja, independentemente da natureza da orientação e da manifestação política, suas decisões devem considerar a organização jurídica.

1.1.2 O reflexo da modernidade sobre o Direito: a summa divisio

Georges Ripert, na primeira metade do século XX, propalava o declínio do direito, em obra do mesmo título, criticando o fato de que o Estado se agigantara de tal modo que todas suas ações se transformam em Direito público.³⁴

autoridad, como un legislador, los precedentes, las costumbres (pero no, por ejemplo, ‘principios’ que los jueces puedan considerar válidos sin importar que alguna autoridad los haya prescrito o no”.

³³ Cf. Simone Goyard-Fabre, ob. cit., p. 2.

³⁴ Cf. Le declin du Droit: Étude sur la législation contemporaine, Paris, LGDJ, 1949, p. 11.

Muito embora o contexto deste pensamento de Ripert estivesse relacionado à produção de normas, diretamente, pelo Poder Público, sobre conteúdos que este não domina, em uma espécie de interferência do Direito Público sobre o Direito Privado³⁵ (ou seja, no plano da criação do Direito), é inegável que a crescente transposição de fronteiras entre estas esferas do Direito é um dos fatores decisivos que contribuíram para a imbricação entre Direito e política.

De acordo com Norberto Bobbio, os termos “público” e “privado” ingressaram no pensamento político e social do Ocidente a partir de duas passagens do *Corpus Iuris Civilis*³⁶ e, posteriormente, em decorrência de sua larga utilização, sem modificações fundamentais, criou-se essa grande dicotomia, que é, desde então, acompanhada pela afirmação da supremacia do público sobre o privado.³⁷

Da propagação desta dicotomia, além daquele significado inicial descritivo (baseado no critério de utilidade: lei de utilidade pública seria de direito público e lei de utilidade particular seria de direito privado³⁸), outro valorativo foi impresso aos termos “público” e “privado”, donde se pode, pois, identificar duas concepções diversas na relação entre eles: o primado do público sobre o privado e o primado do privado sobre o público.³⁹

Entretanto, esta relação, com a sobreposição de um ao outro, alternou-se ao longo da história. Na Grécia clássica, por exemplo, identificava-se certa interpenetração, enquanto, na Roma do mesmo período, verificava-se uma separação mais nítida. Do mesmo modo, ao passo que, na Idade Média, o feudalismo implicou uma absorção do

³⁵ De acordo com Ripert, o processo de elaboração, pelo Poder Público, de regras cujos conteúdos não dominam conduz a uma triplice consequência: (i) o nascimento de um espírito de desobediência, ou porque a lei nada diz ao senso comum, ou porque é inútil, ou, porque é injusta, ou, ainda, porque o próprio Estado deixa de cumpri-la; (ii) a descontinuidade do direito, porque a paixão política abala a moderação; e (iii) a insegurança jurídica. (Ob. cit., p. 11)

³⁶ *Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, I, I, 2: *quod ad statum rei romanae spectat* (direito público) e *quod ad singulorum utilitatem* (direito privado). Cf. *Estado*, cit., p. 13. Maria Celina Bodin de Moraes entende que a distinção entre direito público e direito privado não provém do Direito Romano, mas, sim, da sistematização operada por Jean Domat, quem primeiro teria separado as leis civis das leis públicas e “cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX.” (Cf. A caminho de um direito civil constitucional, in Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin [orgs.], *Obrigações e contratos: obrigações – estrutura e dogmática*, v. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 260).

³⁷ Cf. Norberto Bobbio, *Estado*, cit., p. 13 e 15.

³⁸ Cf. Flávio Tartuce; Márcio Araújo Opromolla, *Direito Civil e Constituição*, in André Ramos Tavares; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza, *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*, São Paulo, Método, 2003, p. 368.

³⁹ Cf. Norberto Bobbio, *Estado*, ob. cit., p. 20-21.

público pelo privado, com o advento do Estado Moderno, identificou-se uma nova interpenetração entre o público e o privado decorrente, principalmente, do desenvolvimento do comércio e da centralização do poder.⁴⁰

É no contexto das Revoluções Liberais, no entanto, com a necessidade de rearranjo do poder entre monarca e burguesia, que a dicotomia entre público e privado e as outras dela decorrentes (como, por exemplo, Estado e Sociedade) se intensificam, repercutindo, diretamente, no âmbito jurídico.

A Constituição como instrumento jurídico-político, refletindo os ideais do liberalismo político e econômico vencedor e ascendente, ao mesmo tempo em que aceita a figura do Estado, condiciona-a a uma rígida separação de poderes, com o objetivo, precisamente, de resguardar os direitos individuais. Nessa senda, de um lado encontra-se o Direito público, que disciplina o Estado, sua estrutura e seu funcionamento, e, de outro, o Direito privado, que disciplina a sociedade, as relações pessoais e econômicas. De comum, a orientação de ambos os ramos do Direito pela mais absoluta liberdade.⁴¹

Com a ascensão da burguesia, o Direito privado torna-se também burguês e o individualismo decorrente desta nova maneira de encarar o mundo passa a ser visto como valor a ser prestigiado, principalmente, em sua perspectiva de autonomia e proteção contra a indevida intervenção estatal:

A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o direito privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação (...) A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do direito privado: o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função

⁴⁰ Cf. Eugênio Facchini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 17-18.

⁴¹ “As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.” (Cf. Eugênio Facchini Neto, ob. cit., p. 19).

social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segunda a imagem das pessoas físicas.⁴²

Ora, tais concepções necessitavam ser protegidas e um conjunto de normas fragmentárias não se prestava a esse fim. Assim, identifica-se a exigência de dar unidade a determinado conjunto de normas, de forma a prevenir o constante risco da incerteza e do arbítrio estatal, o que ocorre na Europa Continental, entre o final do século XVIII e o início do século XIX.⁴³

Assim, no campo jurídico, com o florescimento da ética do individualismo proporcionada pelo liberalismo, aprimoraram-se as figuras do sujeito de direito e do direito subjetivo, de modo que as codificações civilistas do período estão centradas na propriedade, com carácter absoluto e individualista, e no voluntarismo jurídico.⁴⁴ O Código Napoleônico, por exemplo, define a propriedade como o “direito de gozar e dispor dos bens na maneira absoluta.”⁴⁵

Diante desses ideais do *laissez-faire*, no plano político, “o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a *separação de poderes* que Montesquieu teorizou, de forma definitiva, no *Espírito das leis*.”⁴⁶ Daí, a ideia de Constituição escrita surge como uma arma contra o Antigo Regime, não tratando da organização fundamental do Estado, mas, antes, apenas cuidando para que este se conformasse aos princípios do liberalismo.⁴⁷

Este o cenário, pois, em que se colocam, primeiramente, os direitos individuais, derivados dos direitos naturais e inatos do indivíduo, os quais respondem à lógica do Direito privado. Em decorrência de sua origem e estrutura, seu modo de aplicação

⁴² Cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno* (trad. A. M. Botelho Hespanha de Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung), 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

⁴³ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, O direito civil-constitucional, in Maria Celina Bodin de Moraes, *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 22.

⁴⁴ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, O direito, cit., p. 22.

⁴⁵ Cf; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho, cit., p. 260 (Transcreve a autora, na nota 6, a redação original do artigo 544 do *Code*: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la maniere la plus absolue, pourvu qu'on fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les reglements*”, observando, ainda, que, consoante afirma Georges Ripert, a maioria das restrições ao exercício do direito de propriedade estavam relacionadas ao direito de vizinhança, ou seja, ao próprio direito de propriedade).

⁴⁶ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 7.

⁴⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 7.

prescinde de avaliações sobre o conteúdo das regras que os instituíram; basta sua aplicação ao caso concreto porque não se discorda de seu conteúdo.⁴⁸

Este primado do direito privado volta a ser superado, no entanto, a partir das Revoluções sociais do século XIX e ao longo do século XX, com o advento do Estado Social⁴⁹ e das Constituições sociais, que, demandando maior intervenção estatal para o alcance de seus objetivos, implicam alguma interferência sobre os cidadãos e suas atividades, com uma redução na esfera de individualidade concomitante à retomada do espaço do Estado.

Assim, com a superação da conotação ideológica originária dos direitos individuais como liberdade *stricto sensu*⁵⁰, com o desenvolvimento da sociedade industrial e com a “deterioração do quadro social”⁵¹, o mero conceito individualista absoluto deixa de ser suficiente e os direitos individuais passam a conviver com os direitos econômicos, sociais e culturais, com relação aos quais não basta o reconhecimento e a abstenção por parte do Estado, mas, sim, uma prestação positiva dele para concretizá-los.

É neste contexto que, ao cumprir as tarefas fundamentais que levam à formação da unidade política e da ordem jurídica, a Constituição deixa de ser a ordem jurídica da vida estatal para se tornar a ordem jurídica fundamental da comunidade não estatal. Isto é, positivando princípios fundamentais informadores de todo o ordenamento jurídico, a Constituição passa a estabelecer caminhos e critérios para a criação e para a aplicação do Direito como um todo, ordenando aspectos da vida que não estão relacionados com a formação política do Estado, como aqueles relacionados ao direito civil, como, por exemplo, matrimônio, família, propriedade etc.⁵²

⁴⁸ Cf. Fernando Atria, *El derecho y la contingencia de lo político*, in Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 26, 2003, p. 325.

⁴⁹ Estado social é considerado como aquele dotado de instrumentos que objetivam “garantir ao indivíduo determinados direitos, considerados necessários para a plena expansão de suas virtualidades e, especialmente, para que possa realmente gozar das liberdades públicas e adequadamente participar do exercício do poder” (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 347).

⁵⁰ Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz, Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, in Anna Candida da Cunha Ferraz; Eduardo C. B. Bittar (orgs.), *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*, Osasco, Edifício, 2006, p. 119.

⁵¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 59.

⁵² “[L]a Constitución establece principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y no solo de la vida estatal em sentido estricto. Positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento.

Ademais, as trágicas experiências nazifascistas da Segunda Guerra Mundial levaram ao fortalecimento dos direitos fundamentais insculpidos nas Constituições. Assim, além de um controle jurisdicional de legalidade do Poder Executivo (já existente para garantir justamente a esfera individual dos cidadãos), fortalece-se a concepção de um controle jurisdicional de “legalidade constitucional” do Poder Legislativo.

Ocorre que, neste novo cenário, com a pretensão de irradiação das normas constitucionais para a tutela de interesses gerais, não mais basta o mero recurso às regras abstratas e às suas formas tradicionais de interpretação. A estrutura e a lógica de aplicação das normas constitucionais são distintas e, ao exigirem complementação do conteúdo, demandam a escolha de concepções sobre a melhor forma de garantir direitos.⁵³ E, se a representação já se afigurava importante para eventuais restrições nos direitos individuais quando a Constituição ainda se restringia à ordem política, com maior razão passa a ser elemento central a partir do momento em que atribui aos atores políticos a tarefa de escolher meios de implementação de direitos.

1.1.3 Democracia e representação

Embora a prática da representação envolva “muitos aspectos controversos e mal revolidos pela teoria política”⁵⁴ e os cidadãos não mais se satisfaçam apenas com a asseguaração do direito ao sufrágio⁵⁵, identifica-se um significativo consenso no papel central das eleições, bem com sobre as instituições representativas e sua participação nos

Ordena todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político.” (Cf. Konrad Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*. In: Ernst Benda; Werner Maihofer; Hans-Jochen Vogel; Konrad Hesse; Wolfgang Heyde. *Manual de Derecho Constitucional* [trad. esp. Antonio López Pina de Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland], 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 5.

⁵³ Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 332.

⁵⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 92.

⁵⁵ Nas palavras de Norberto Bobbio, “a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta” (Cf. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo* [trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Il futuro della democrazia: Una difesa delle regole dei giochi], 6ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 1997, p. 41). No mesmo sentido, Monica Herman Salem Caggiano, *Democracia*, cit., p. 10, nota 20.

regimes democráticos, de modo que o tema da representação política é de fundamental importância para a compreensão da própria democracia⁵⁶, inclusive para a construção de novos incentivos institucionais para fortalecê-la.⁵⁷

A ideia de representação política nem sempre esteve ligada à democracia, sendo-lhe, em verdade, anterior e, inicialmente, com outro alcance. Conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nas assembleias medievais já havia representantes que, detentores de um mandato equiparável ao mandato imperativo do Direito Privado, funcionavam como porta-vozes das comunidades que os designavam.⁵⁸ Esta imputação jurídica da vontade do representante ao representado, com a concordância presumida deste é importante na medida em que, na Idade Média, com a multiplicação dos corpos intermediários, “os órgãos representativos surgem, não para realizar uma imputação de vontades, mas para exprimir a vontade dos representados, para exprimir uma vontade que as condições da época impediam se fizesse ouvir diretamente.”⁵⁹

⁵⁶ Evidentemente, democracia não pode ser considerada um termo unívoco. Bem ao contrário, há uma pluralidade de conceitos, o que decorre não apenas das concepções da literatura mas, também, do fato de se tratar de “uma categoria histórico-social, ajustando-se, nas suas variadas nuances, à condição de cada povo, às peculiaridades de cada uma das sociedades” (Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais x representação política*, Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 14). A propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a doutrina distingue vários tipos de democracia, isto é, “vários são os sistemas pelos quais se procura realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e os governados (...) para que todo ser humano continue livre no Estado, sujeitando-se a um poder de que também participe” (Cf. *Curso*, cit., p. 80). Para um didático e sucinto inventário de algumas teorias da democracia, cf. Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 149 e seg.

⁵⁷ “[N]o modelo adotado pelas democracias ocidentais, de cunho liberal, [a representação política] tem desempenhado o notável papel de mola-mestra da legitimação do exercício do poder político.” (Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit., p. 9).

⁵⁸ Cf. *Curso*, cit., p. 84. Na mesma linha medieval, conferir, ainda Carl Friedrich (Cf. *Gobierno constitucional y democracia: teoría y práctica en Europa y América* [trad. esp. Agustín Gil Lasierra], v. 2, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 11-12). Georg Jellinek, por sua vez, reconhecendo a divergência sobre a origem da representação na Antiguidade ou na Idade Média, encontra suas raízes ainda em Roma e na Grécia, à medida que já neste momento histórico, as decisões políticas fundamentais não eram tomadas pelo povo reunido (Cf. *Teoría general del Estado* [trad. esp. Fernando de los Ríos], Buenos Aires, Editorial Albatros, 1970, p. 430-431). O próprio Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica as razões da discussão: “Não há dúvida que os juristas romanos do período clássico, portanto já em fins do Principado, formularam a ideia de representação para explicar, e justificar, a hegemonia do príncipe. De fato, segundo esses jurisconsultos, pela *lex regia*, se transferia do povo para o príncipe todo o império e poder, tornando-se ele representante do povo romano, e sua voz. Igualmente, lembra Jellinek, Pompônio ensinara que o Senado representava o povo romano, o que é repetido nas institutas. Já estava, pois, clara entre os romanos a ideia de representação. Todavia, essa representação nada mais era que a imputação jurídica da vontade do representante ao representado, cuja concordância com aquela era rigidamente presumida.” (Cf. *Do processo legislativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 64-65).

⁵⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit. p. 65.

Monica Herman Salem Caggiano destaca a existência de raízes da ideia de representação ainda na alta Idade Média, amparada pela “noção teológica de que o chefe da Igreja representa a Deus”⁶⁰, e, mais especificamente, identifica, na prática inglesa dos séculos XII e XIII, a efetiva extração da teoria da representação, ressaltando, igualmente, que, naquele momento, a representação ainda implicava a obrigatória manifestação do representante apenas sobre as questões em que houvesse orientação dos representados e acrescentando que, seguindo a lógica do direito civil, o mandato poderia ser revogado a qualquer tempo e deveria englobar uma prestação de contas, além de poder ser remunerado.⁶¹

Na Idade Média, então, a representação aparece, efetivamente, como instrumento de expressão da vontade dos governados junto aos governantes, por meio de terceiros. Porém, neste período medieval, os representantes somente *transmitiam* a vontade dos representados, donde se pode concluir que, na verdade, havia um mandato imperativo, transportado do plano privado para o público.⁶² Além disso, a representação tem “um nítido caráter grupal [na medida em que o] representante não representa o povo mas apenas os que o escolheram.”⁶³

No entanto, o contexto revolucionário do final do século XVIII⁶⁴, encampando o ideário de Montesquieu⁶⁵ e de Siéyès, cuidou de modificar, profundamente, a ideia de representação, atribuindo-lhe um significado político, com diversas implicações que desaguariam no governo representativo implantado pelas revoluções liberais, mesmo que

⁶⁰ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit., p. 16.

⁶¹ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit., p. 16.

⁶² Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit., p. 16, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 84.

⁶³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 65, e *Curso*, cit., p. 84.

⁶⁴ Cabe aqui lembrar a ressalva feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho – que corrobora a importância atribuída por Monica Herman Salem Caggiano às práticas inglesas –, no sentido de que “esse mesmo caminho fora seguido na Inglaterra mais de um século antes. É difícil marcar a data em que a concepção medieval do mandato foi abandonada pelos comuns. É certo, porém, que ela não sobreviveu ao século XVI.” (*Do processo*, cit., p. 65).

⁶⁵ “Il n'est pas nécessaire que les représentants, qui ont reçu de ceux qui les ont choisis une instruction générale, en reçoivent une particulière sur chaque affaire, comme cela se pratique dans les diètes d'Allemagne. Il est vrai que de cette manière la parole des députés serait plus l'expression de la voix de la nation; mais cela jetterait dans des longueurs infinies, rendrait chaque député le maître de tous les autres; et, dans les occasions les plus pressantes, toute la force de la nation pourrait être arrêtée par un caprice.” (Cf. Charles de Secondat, Baron de la Brède et Montesquieu, *Esprit des lois*, 2ª ed., Paris, Libraire Ch. Delagrave, 1892, Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>>).

ainda possuindo um “nítido caráter aristocrático [com] um notório fundo político, em sua origem.”⁶⁶

Introduzida por Montesquieu, a concepção moderna de representação foi estruturada por Siéyès, que, em *O que é o Terceiro Estado?*, desenvolveu a tese da representação da Nação, a quem é conferida a soberania⁶⁷, sendo, pois, o mandato “desvinculado da vontade do grupo que elege o representante, podendo este decidir as questões nacionais livremente”⁶⁸.

Tratando-se de uma maneira de fazer valer os anseios de jovem e ascendente classe burguesa e não de uma teoria democrática, Siéyès separa as ideias de povo e Nação. Assim, diferentemente da teoria da soberania popular de Rousseau, os representantes, embora escolhidos pelo povo, exprimem a vontade da Nação e, se o eleitorado é “uma função e não um direito, é livre a Nação de reservar o exercício dela aos que julga mais capazes, restringindo como bem lhe aprouver o sufrágio”⁶⁹.

Está delineado, pois, o governo representativo, que ainda não se vincula diretamente à ideia de democracia, uma vez que, muito embora a democracia representativa advenha do “governo representativo que as revoluções liberais começaram a implantar pelo mundo, a partir do último quartel do século XVIII”⁷⁰, a ideia de representação somente passou a ser ligada à democracia quando, em meados do século XX, a maioria dos Estados institucionalizou o sufrágio universal.⁷¹

Mas, o fato é que, desde que tais ideais se associaram, representação política e democracia passaram a caminhar juntas e não mais se separaram. Partindo, pois, desta simbiose, Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica dois tipos puros – a democracia *direta* e a democracia *indireta* – e um tipo misto – a democracia *semidireta* –, ressaltando-

⁶⁶ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 84.

⁶⁷ Tal tese foi encampada no artigo 3º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément.” Cf. Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>>.

⁶⁸ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit., p. 17.

⁶⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit. p. 69.

⁷⁰ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 83.

⁷¹ Cf. Hans Kelsen, Fundamentos da democracia (trad. port. Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla de Foundations of Democracy), in *A Democracia*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 142.

se quanto a esta que pode ser compreendida como uma modalidade de democracia indireta.⁷²

E, embora a democracia direta seja tida como uma “reminiscência histórica ou uma curiosidade histórica quase folclórica”⁷³, essa distinção básica apresenta-se pertinente para o estudo sobre o princípio representativo e a ordem democrática, na medida em que o aspecto diferenciador entre os tipos puros de democracia é a tomada das decisões fundamentais diretamente “pelos cidadãos em assembleia” (democracia direta) ou “por meio de ‘representante’ ou ‘representantes’” que, escolhidos pelo povo, atuam em seu nome e presumidamente no seu interesse (democracia indireta).⁷⁴

Nessa senda, Hans Kelsen anota que “[o] significado original do termo ‘democracia’, cunhado pela teoria política da Grécia Antiga, era o de ‘governo do povo’ (*demos* = povo, *kratein* = governo) [cuja essência] era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política”⁷⁵, noção com a qual foi incorporado pela moderna civilização ocidental, a partir das revoluções americana e francesa do século XVIII.⁷⁶

A ideia, pois, de um governo *do* povo, tanto na antiguidade clássica quanto na civilização moderna, é desejada porque, supostamente, seria um governo *para* o povo. Todavia, este aspecto não é suficiente para caracterizar a democracia, na medida em que “um governo pode autoconsiderar-se um governo para o povo – e, na verdade, é o que se dá com todos os governos – ainda que possa não ser, absolutamente, um governo do povo”⁷⁷.

Assim, para Kelsen, a característica essencial da democracia é “a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social

⁷² Cf. *Curso*, cit., p. 81.

⁷³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 81.

⁷⁴ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 81-83.

⁷⁵ Cf. *Fundamentos*, cit., p. 140.

⁷⁶ Para demonstrar a importância e a tomada da posição de destaque da democracia a partir do século XIX, mas, principalmente, no século XX, Kelsen, discorrendo sobre as teses de oposição ao princípio democrático, pontua que o “símbolo da democracia parece ter assumido um valor tão universalmente reconhecido que a substância da democracia não pode ser abandonada sem a manutenção do símbolo” (Cf. *Fundamentos*, cit., p. 139).

⁷⁷ Cf. Hans Kelsen, *Fundamentos*, cit., p. 140-141.

que constitui a comunidade”⁷⁸: independentemente da participação direta ou indireta do povo, no governo, trata-se, “em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia”⁷⁹

Nesses termos, a necessidade de representação política, isto é, o “vínculo entre os governados e os governantes pelo qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio”⁸⁰ decorre “da inviabilidade prática de aplicação do governo direto – *teoricamente a expressão mais pura do princípio democrático*”⁸¹ –, ideia já vislumbrada por Montesquieu.⁸²⁻⁸³

⁷⁸ Cf. Fundamentos, cit., p. 142.

⁷⁹ Cf. Fundamentos, cit., p. 142.

⁸⁰ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 84. Na mesma linha, Andrew Heywood: “In ordinary language, to represent means to portray or make present, as when a picture is said to represent a scene or person. In politics, representation suggests that an individual or group somehow stands for, or on behalf of, a larger collection of people. Political representation therefore acknowledges a link between two otherwise separate entities – government and the governed – and implies that through this link the people’s views are articulated or their interests are secured. The precise nature of this link is, nevertheless, a matter of deep disagreement, as is the capacity of representation ever to ensure democratic government” (Cf. *Political Theory: An introduction*, 3ª ed., New York, Palgrave Macmillan, 2004, p. 233).

⁸¹ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit. p. 14.

⁸² “Comme dans un État libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative; mais comme cela est impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d’inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu’il ne peut faire par lui-même.

L’on connaît beaucoup mieux les besoins de sa ville que ceux des autres villes, et on juge mieux de la capacité de ses voisins que de celle de ses autres compatriotes. Il ne faut donc pas que les membres du corps législatif soient tirés en général du corps de la nation, mais il convient que dans chaque lieu principal les habitants se choisissent un représentant.

Le grand avantage des représentants, c’est qu’ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n’y est point du tout propre: ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie.” (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, ob. cit.).

⁸³ No mesmo sentido, ao defender um governo representativo para a Constituição dos Estados Unidos da América, James Madison ressalta a capacidade do corpo de representantes de distinguir o verdadeiro interesse público, o que, nem sempre, está ao alcance do povo. (Cf. Federalist n. 10, The Same Subject Continued [The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection], in Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist Papers*, Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>>). Posteriormente, Benjamin Constant reforça a fundamentação da representação ao distinguir a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. (Cf. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes [discours prononcé à l’Athénée Royal de Paris, 1819], in *Cours de Politique Constitutionnelle*, t. II, 2ª ed., Paris, Librairie de Guillaumin, 1872). Até mesmo Rousseau, o pai da democracia moderna (Cf. Norberto Bobbio, *Fundamentos*, cit., p. 141) e que rejeita a ideia de representação no cuidado dos negócios públicos, reconhece a dificuldade da democracia direta: “Se tomarmos o termo no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira democracia, nem jamais existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo permaneça constantemente reunido para ocupar-se dos negócios públicos; e vê-se facilmente que não seria possível estabelecer comissões para isso sem mudar a forma da administração.” (Cf. *O Contrato Social* [trad. port. Antônio de Pádua Danesi de Du Contrat Social], 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 83).

Portanto, se não é uma forma perfeita, a representação política ainda é reconhecida como uma forma adequada de tomada das decisões políticas fundamentais em ambientes democráticos, especialmente considerando a complexidade da sociedade moderna, na medida em que permite operar alguma participação política dos cidadãos na realização dos objetivos do Estado.⁸⁴

1.2. Separação (e “crises”) dos Poderes

Estabelecidas algumas premissas básicas e delineados alguns conceitos essenciais relacionados ao poder político, ao direito, à democracia e à representação (sem qualquer pretensão de esgotar os temas e tampouco de problematizá-los de maneira aprofundada, dado o objetivo que aqui se propõe), a próxima etapa diz respeito aos caminhos trilhados pelos poderes no Estado moderno, como meio de identificar as condições históricas, sociais e políticas que permitiram seu desenvolvimento.

Se a modernidade trouxe importantes reflexos sobre o Direito (primeiramente, em um movimento de autonomização da esfera individual e de proteção constitucional dos direitos individuais, e, depois, em um movimento de expansão da força normativa da Constituição para o Direito como um todo), foram igualmente profundas as transformações na esfera política balizadas pelo constitucionalismo moderno e seu propósito de garantia de direitos e limitação de poderes.

A preocupação central transfere-se do poder político, como fenômeno, para os Poderes constituídos, como órgãos responsáveis por seu exercício. Se a Constituição protege direitos ou reclama sua efetivação, mais relevante do que a discussão da natureza do poder, em si, é o estabelecimento dos mecanismos de sua atribuição (e, conseqüentemente, contenção) para que cada uma destas tarefas de competência do Estado seja (bem) executada.

Dessa forma, parece importante tratar brevemente da separação de poderes, não exclusivamente com base em uma perspectiva meramente histórica, mas com o enfoque

⁸⁴ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit. p. 15.

específico do desenvolvimento de cada um dos Poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) diante das condições sócio-políticas particulares com as quais se depararam⁸⁵, de modo a permitir releituras dinâmicas e reconstruções que, para além da garantia de direitos e limitação do poder, busquem a efetivação da própria democracia.

1.2.1 A receita política de Montesquieu

Embora a ideia de freios e contrapesos encontre raízes na Antiguidade⁸⁶, a doutrina da separação de poderes como a divisão do exercício do Poder estatal a partir de três funções (legislar, executar leis e julgar), formulada por Montesquieu e consagrada no constitucionalismo moderno (ainda que com modificações introduzidas pelas doutrinas jurídica e liberal)⁸⁷, torna-se premissa da organização política do Estado Moderno Liberal.⁸⁸

Por não se tratar de uma divisão dotada de carácter científico e por não haver diferenças substanciais entre as funções, o poder investido de uma função exerce-a em carácter principal, mas exerce também as demais.⁸⁹ Ou seja, a separação de poderes não é

⁸⁵ Este tópico, produto do desenvolvimento da presente tese, consta de Marcelo Doval Mendes, A legitimidade das Cortes Constitucionais na democracia eleitora-representativa: A última palavra em movimento, in Felipe González (coord.); Gerson Damiani e José Fernández-Albertos (orgs.), *Governança e Democracia representativa*, São Paulo, Edusp, 2017, p. 385-397.

⁸⁶ Cf. Aristóteles, ob. cit., p. 175-179. Nuno Piçarra faz referência à constituição mista de Aristóteles que, ao trazer distintos grupos sociais para o exercício do poder político, identificar-se-ia com a ideia de limitação do poder político e de equilíbrio. (Cf. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 31). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora reconheça as raízes antigas da separação de poderes, nega a influência de Aristóteles na doutrina da separação de poderes (Cf. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 260).

⁸⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 260.

⁸⁸ Rogério Bastos Arantes e Cláudio Gonçalves Couto ressalvam que, “[n]os primórdios do Estado Moderno, [liberalismo e democracia] eram termos antitéticos e apenas de modo lento e gradual passaram a se combinar positivamente, no sentido de que os direitos de liberdade se tornaram imprescindíveis para o bom jogo democrático e a democracia se tornou a melhor forma de proteger aquelas mesmas liberdades.” (Cf. Uma constituição incomum, in Maria Alice Rezende de Carvalho, Cicero Romão Resende de Araujo, Júlio Assis Simões (orgs.), *A constituição de 1988. Passado e Futuro*, São Paulo, Hucitec, Anpocs, 2009, p. 18).

⁸⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 278.

um fim em si, mas uma “receita política” cujo objeto é impor limitações ao poder para garantir a liberdade.⁹⁰

No entanto, a manutenção do princípio nas Constituições implica conferir-lhe um núcleo essencial. Na lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao tratar da preservação constitucional do princípio da separação de poderes na Constituição de 1988, “se o princípio sobrevive no texto constitucional, e é proclamado enfaticamente, deve ser preservado em sua essência, ainda que no particular venha a ser adaptado às circunstâncias históricas do momento.”⁹¹

Assim, a consideração do princípio da separação de poderes impõe a utilização de uma “fórmula política” com um mínimo de divisão e de especialização das funções estatais, sempre com o objetivo de limitação do poder e de garantia das liberdades. E o poder de julgar é um dos poderes do Estado que deve ser levado em conta nessa equação e que deve ter um lugar nesse arranjo institucional.

Ocorre que, na formulação de Montesquieu, o poder de julgar era neutro em si, basicamente, por não ser uma das forças políticas e sociais em ação, garantindo-se tal neutralidade pelo modo de formação dos tribunais e pelo modo de decisão dos juízes.⁹² Assim, as três forças políticas e sociais (monarca, nobreza e povo) exercem seus poderes controlando-se reciprocamente, destacando-se o papel da nobreza como “poder intermediário” que evita não apenas o despotismo do monarca, mas, também, a tirania da maioria (povo).

Nesse contexto, dois aspectos da formulação original da separação de poderes de Montesquieu merecem destaque: (i) a inexistência de supremacia entre os poderes legislativo, executivo e de julgar (a configuração da relação entre os poderes deve

⁹⁰ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

⁹¹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre poderes*, cit., p. 16.

⁹² Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito das leis* (trad. port. Cristina Murachco de L'esprit des lois), São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 169-170. Cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, Sobre a organização de poderes em Montesquieu, in *Revista dos Tribunais*, ano 97, vol. 868, fev. 2008, p. 56 e 61, e Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 128 e s.

promover o equilíbrio recíproco mais que, propriamente, uma separação estrita⁹³) e (ii) a neutralidade do poder de julgar.

1.2.2 O desequilíbrio entre os Poderes

Em relação à inexistência de supremacia entre os Poderes, observa-se que, na prática, a doutrina clássica implantada pelo constitucionalismo moderno sofreu influência da doutrina liberal e do princípio da legalidade, deixando de privilegiar o completo equilíbrio entre os Poderes: por ser o Poder Legislativo o único representativo da burguesia ascendente cuja liberdade se desejava proteger, foi-lhe conferida prevalência em relação aos demais.⁹⁴ Assim, já de início, a doutrina clássica da separação de poderes instaurou-se com a prevalência de um dos poderes sobre os demais no arranjo da relação entre eles.

A evolução da separação dos poderes não retomou o equilíbrio preconizado por Montesquieu, mas substituiu o poder preponderante. No primeiro movimento, ainda no contexto liberal do século XVIII, a Constituição Americana de 1787, ao atribuir a um Presidente eleito pelo povo a Chefia de Estado e a Chefia de Governo, bem como a condução das relações exteriores e das Forças Armadas, conferiu primazia ao Poder Executivo em substituição ao Legislativo.⁹⁵

Mas há, ainda, um segundo movimento de preponderância do Poder Executivo que ultrapassa as fronteiras dos Estados Unidos para chegar até a Europa parlamentarista. As características do Poder Legislativo, aliadas à expansão do sufrágio e ao advento do Estado Social, levaram a uma readequação do princípio da separação dos poderes, com realocação das forças político-sociais, fazendo com que o Poder Executivo absorvesse o campo de

⁹³ Cf. Hans Kelsen, A jurisdição constitucional (trad. port. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão de La garantie jurisdictionelle de la Constitution – la justice constitutionnelle), in *Jurisdição constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152.

⁹⁴ Cf. John Locke, *Dois tratados sobre o governo civil* (trad. port. Julio Fischer de Two treatises of government), São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 519. Cf., ainda, Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 34-35; André Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1966, p. 202; e Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 14ª ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986, p. 255-256.

⁹⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 269.

deliberação então destinado ao Parlamento e conferindo-lhe predomínio no exercício das funções estatais, a despeito dos mecanismos de proteção como a indelegabilidade.⁹⁶

A implantação do sufrágio universal trouxe divisão ao Parlamento, transformando a natureza de suas atividades, tanto porque fortaleceu os partidos políticos, quanto porque obrigou aos candidatos e representantes atentar-se a reivindicações sociais. O advento do Estado Social, com os objetivos de garantias aos indivíduos para a “plena expansão de suas virtualidades” e para o efetivo gozo das liberdades públicas⁹⁷, tornou necessária a intervenção nos âmbitos econômico e social. Os métodos de trabalho do Parlamento não eram suficientes para dar conta dessas novas funções, levando à sua paralisação.⁹⁸

A paralisia dos Paramentos implicou a transferência de poder ao Executivo⁹⁹ que, além de mais apto a realizar tarefas em que se exigia poder de decisão e rapidez, passou a ser também, nos regimes pluralistas do Século XX, um poder democrático. Não é mais o Parlamento que descobre, via razão, a vontade geral, mas o Executivo-Governo¹⁰⁰ que, via maioria vencedora da disputa político-eleitoral, canaliza as expectativas sociais. E isso se dá porque a estrutura do Executivo se apresentava mais adequada para o desempenho das novas funções.

Na proposta de Karl Loewenstein para uma nova tripartição de poderes adequada à dinâmica do Estado contemporâneo, essa preponderância do Poder Executivo fica clara ao dividir as funções entre *policy determination*, *policy execution* e *policy control*¹⁰¹, na medida em que a determinação e a execução das políticas direcionam-se ao Governo,

⁹⁶ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 137-138.

⁹⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 347.

⁹⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 142-144. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 50-51. Cf., ainda, Monica Herman Salem Caggiano, *Processo Legislativo, técnica legislativa e legística*, in *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009, p. 32.

⁹⁹ Mauro Cappelletti cita como exemplo emblemático a Constituição francesa de 1958 que limitou a competência legislativa em determinados aspectos, cedendo o resto ao poder regulamentar e executivo. (Cf. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, in Louis Favoreu *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 605).

¹⁰⁰ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A legística e a “filosofia” da lei*, in *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009, p. 32.

¹⁰¹ Cf. *Teoría de la Constitución* (trad. esp. Alfredo Gallego Anabitarte de Verfassungslehre), Barcelona, Ariel, 1986, p. 54 e s.

conduzido pelo Executivo e apoiado pelo Legislativo, ficando o controle dividido entre Legislativo (fiscalização da formulação e execução) e Judiciário (fiscalização jurídica).

1.2.3 A vez dos juízes

O segundo aspecto mencionado acima como necessário para a abordagem ora proposta refere-se à superação do perfil neutro do poder de julgar. Ou seja, depois de verificar como o equilíbrio entre os poderes da formulação original de Montesquieu foi vulnerado em benefício do Poder Executivo, cumpre verificar quais condições levaram à expansão do Poder Judiciário.

Também nesse ponto, pode-se identificar uma primeira readequação promovida pela específica leitura de Montesquieu na Constituição americana e uma segunda adequação decorrente da crise da lei no Estado Social.

Nos Estados Unidos, o federalismo e o *common Law* levaram ao surgimento de um específico poder de julgar: o poder de julgar com base na Constituição. Modifica-se, pois, a forma de separar os poderes, mas se continua atendendo aos mesmos objetivos liberais. Nessa linha é que o *Chief Justice* John Marshall atribui ao Poder Judiciário o papel de defensor das garantias constitucionais, ao ponderar no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* que cabe ao poder judicial dizer o que é a lei ao interpretá-la e aplicá-la aos litígios levados a sua apreciação. E, nesse mister, se a lei contrariar a Constituição, é dever de todo e qualquer juiz decidir o caso conforme a Constituição.

Ocorre que, paralelamente, a atribuição desta nova função estatal ao Poder Judiciário permite o estabelecimento de certa superioridade deste em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. A jurisdição constitucional, então, ao tempo em que impõe um controle aos Poderes Legislativo e Executivo, coloca em evidência o Poder Judiciário, na medida em que os limites às suas ações são apenas implícitos e dependem quase que exclusivamente da autocontenção.¹⁰²

¹⁰² Cf., a propósito, Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 130 e s.

Como o reconhecimento da supremacia da Constituição não conduz, automaticamente, ao responsável por sua defesa no arranjo institucional¹⁰³, pode-se denotar a natureza política da decisão de Marshall¹⁰⁴, bem como a consequente atribuição de importante papel político ao Poder Judiciário, até, então, teoricamente, neutro na doutrina clássica da separação de poderes.¹⁰⁵

As disputas teórica e política dão-se, pois, nesse momento da histórica constitucional, em relação à superioridade (ou não) do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, incluindo, aí, a possibilidade de que a decisão de minorias não eleitas substitua a decisão de majorias eleitas.

¹⁰³ Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 321. No mesmo sentido, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, criticando a conclusão de Marshall em *Marbury v. Madison*, destacam que é possível aceitar o argumento da supremacia da Constituição sem concluir que os juízes devem afastar as leis que a contrariem: “Much of Marshall’s emphasis is on the unobjectionable claim that the Constitution is ‘superior, paramount law’; but it is possible to accept that claim without also thinking that courts are authorized to strike down statutes that violate that law. A constitution is ‘superior, paramount law’ in many legal systems that offer little or no judicial review of legislation. When Marshall famously asserts that ‘[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is,’ he is offering a conclusion, not an argument on its behalf. Marshall invokes the Supremacy Clause, 163 which certainly means that a law repugnant to the Constitution must yield; but that clause offers nothing in support of the institutional claim that courts have the power to strike down laws that, in their judgment, are unconstitutional. Marshall’s textual and structural inferences are very weak, and no source of constitutional meaning clearly settles the question. Any evaluation of Marshall’s conclusion must depend, in large part, on institutional considerations.” (Cf. *Interpretation and Institutions*, in *Michigan Law Review*, v. 101, n° 4, fev/2003, p. 934).

¹⁰⁴ Como observa Marcos Paulo Verissimo, “Marshall era, ele mesmo, um federalista e, ao decidir como decidiu, acabou por avançar e garantir uma reserva para certos ideais federalistas no coração do governo republicano, reforçando o poder federal sobre o poder dos Estados, ao arrogar à corte federal o poder de invalidar leis estaduais e, especialmente, criando uma doutrina constitucional que poderia, subsequentemente, fornecer os instrumentos necessários à proteção dos privilégios da classe dominante contra o avanço das ideias republicanas. E, de fato, em muitos momentos da história americana, o poder de *judicial review* foi usado exatamente para proteger os privilégios da classe dominante contra reformas de cunho liberal ou, mais amplamente, social.” (Cf. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-88*, Tese [Doutorado em Direito], São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 40). Em sentido oposto, minimizando o papel político do Poder Judiciário Edward S. Corwin e Jack W. Peltason ponderam que “Cortes são deliberadamente isoladas das disputas políticas e dos conflitos partidários, mas em uma sociedade livre elas não podem nunca, pelo menos por um período de tempo, interpretar a Constituição de forma discrepante dos desejos da maioria do povo. Juízes não tem o poder da espada nem o da bolsa e para que suas decisões tenham sentido, eles têm que apoiar a maioria do povo na maior parte do tempo. Quando utilizam critérios que aumentam a hostilidade de números significativos, não é de todo certo que estes critérios podem ser feitos para conter e frequentemente eles não são” (Cf. *Understanding the Constitution*, 3ª ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1965, p. 34). Sobre a discussão da natureza da decisão de Marshall, cf., ainda, Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 35 e s.).

¹⁰⁵ “Understanding the Constitution as ordinary law, in other words, may have helped to create conditions in which an argument for judicial supremacy could more easily make headway, but it did not itself constitute any inducement to make or accept such an argument.” (Cf. Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 155).

Na Europa, no entanto, mesmo ante a necessidade crescente de conferir proteção efetiva à Constituição e, mais adiante, de proteger os direitos fundamentais, não se configurou um arranjo que atribuísse função política ao Poder Judiciário na mesma envergadura que fizeram os Estados Unidos.

Diante, pois da ampliação dos problemas decorrentes da expansão da atuação estatal e das violações de direitos pelo Estado, a solução foi atribuir a um órgão separado e com características distintas – a Corte ou Tribunal Constitucional –, uma específica função estatal, não, propriamente, a de julgar, mas a de “julgar a lei”, com o papel de legislador negativo. Ou seja, esse realinhamento da separação de poderes se deu por intermédio de uma repartição mais detalhada das funções estatais, na qual a função judicial deve se subordinar à função política¹⁰⁶, de modo que esta não se esconde (ao menos, não completamente) atrás da argumentação jurídica.

Tal desenho que atribuiu uma parcela da função legislativa¹⁰⁷ à Corte Constitucional poderia ter sucesso se subsistisse o modelo de Estado Liberal com objetivos mais “modestos” de apenas criar condições para que os homens desenvolvessem suas particularidades ou, ao menos, se, no contexto do *Welfare State*, o Poder Executivo fosse capaz de atender às demandas de bem-estar econômico e social reclamadas pelo povo.

Entretanto, considerando que a expansão do Estado Social assentou-se “numa administração pública e num direito administrativo preocupado com os quadros jurídicos da administração de prestações (*Leistungsverwaltung*) comprometida com os cuidados existenciais do cidadão (*Daseinsvorsorge*)”¹⁰⁸, o fracasso do Poder Executivo (tal qual o do Poder Legislativo) em se desvencilhar devidamente dos ônus de sua atuação levou à juridicização das demandas econômicas e sociais, transferindo para as Cortes

¹⁰⁶ Cf. Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 343.

¹⁰⁷ Cf. John E. Ferejohn, Constitutional review in the global context, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, p. 53. Cf., ainda, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 132, e Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 32-33.

¹⁰⁸ Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, ob. cit., p. 353.

Constitucionais¹⁰⁹ parte dessa disputa política e um papel de destaque no desempenhos das funções estatais.

Assim, de um lado, as falências dos Poderes Legislativo e Executivo e, de outro, a subsistência de “serviços estatais, ao lado de serviços de interesse económico geral, submetidos a regras vinculativas ou a regulações económicas constitutivas do mercado de *redes infraestruturantes*”, pretendendo-se “garantir as dimensões inarredáveis da socialidade estatal (e comunitária)”, conferiram uma “função normativa estendida”¹¹⁰ ao Poder Judiciário e às Cortes Constitucionais.

Nesse contexto, as funções principais da lei de pacificação dos dissensos, harmonização das pretensões e garantia das expectativas são novamente redistribuídas no arranjo institucional da separação de poderes, colocando um novo órgão em destaque: aquele responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e das ações estatais.

Assim como no período que antecedeu à Primeira Guerra Mundial, “o Parlamento se tornou o terreno onde as massas procuravam conquistar as benesses que a economia lhes recusara”¹¹¹, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional passou a ocupar parte importante do terreno dessa disputa até então eminentemente política, com papel de destaque atribuído aos órgãos responsáveis pela defesa jurisdicional da Constituição.

Trata-se, pois, de uma participação ativa de juízes e Cortes, como agentes políticos, na definição dos contornos da ordem constitucional e infraconstitucional, bem como da atuação da Administração Pública, por intermédio de decisões judiciais que implicam um controle judicial positivo prescritivo de ações e de políticas¹¹². Porém, esta postura mais “ativa” continua enfrentando resistência, não sendo passivamente aceita como decorrência de uma evolução ou de uma circunstância natural, de modo que a “carta democrática” continua a ser oposta contra juízes e Cortes.

¹⁰⁹ Nos Estados em que o controle de constitucionalidade era exercido pelo próprio Poder Judiciário, as demandas individuais já tinham condição de ser apreciadas por esse órgão, porém, com a mudança na orientação da política econômica e social dos Estados e com a constitucionalização de direitos econômicos e sociais, tal fenômeno da juridicização se expandiu, modificando os parâmetros de autocontenção.

¹¹⁰ Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Processo Legislativo*, cit., p. 35.

¹¹¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 143.

¹¹² Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano XXVIII, nº 99, set. 2008, p. 86-87.

2 NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E POLÍTICA

2.1 Política e Direito: influências recíprocas

As ideias de espaço e movimento antes expostas buscam compreender a política de forma dinâmica: embora limitada e contingenciada pelo Direito (assim como este também é contingência da política), a política não é estática. Ao contrário, ela se modifica na medida em que mudam os problemas colocados à frente das sociedades e de seus governantes:

A dupla exigência de *ordem e movimento* que o direito político acarreta explica que possa ser considerado na perspectiva de uma periodização histórica, reveladora tanto de suas constâncias como de suas variações. O direito político, que é incumbido de estabelecer a organização do Estado, de definir seu regime político, de fixar sua estrutura governamental, de regulamentar suas relações com outros Estados, etc., é um sistema orgânico que contém algo vivo. Como tal, o direito político acrescenta, à sua capacidade essencial de ordem, uma dinâmica intrínseca graças à qual a sociedade política não só se mantém, mas também fica aberta ao progresso por intermediação de suas instituições. Pela hierarquia que instaura entre os valores que pretende fazer respeitar, bem como pelos procedimentos que põe em ação a fim de assegurar a autoridade do Poder, o direito político tem a função não só de sistematizar a vida política, mas também de trabalhar permanentemente para seu equilíbrio geral que, ao longo do tempo, sempre tem de ser reajustado, até mesmo refeito.¹¹³

Assim, se o Direito busca ordenar, de maneira estável, a conduta humana, não pode ele próprio ser obstáculo inamovível à mudança, sob pena de transformar-se em elemento de instabilidade, o oposto de seu objetivo. Então, para garantir estabilidade, o Direito deve estar aberto a mudanças.¹¹⁴ Enquanto a política é um rio caudaloso, que, volumoso, busca seguir seu curso, o Direito é seu leito, o caminho percorrido pelas águas, o canal pelo qual escoa. O leito condiciona o rio. Mas, o rio também desenha o leito.

¹¹³ Cf. Simone Goyard-Fabre, ob. cit., p. 2.

¹¹⁴ “[E]m sua vinculação a um direito imutável com pouco espaço para mudanças, o sistema [nas sociedades pré-modernas] era extraordinariamente inflexível. É aí que residia seu ponto fraco. Ele só podia continuar existindo enquanto as relações sociais, às quais o direito se referia, continuassem inalteradas e as verdades religiosas em que esse se baseava continuassem fora de dúvida. Em contrapartida, se a mudança social se acelerava de tal modo que as mudanças eram concebidas como problemas para os quais o direito vigente não tinha soluções à disposição, toda a ordem social caía, dessa maneira, em uma crise de legitimação.” (Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 5).

Por essa razão, ao tratar das conexões entre sociedade, política e Direito, Georges Burdeau observa que a estrutura política não é algo simplesmente imposto de fora, mas reflete a maneira de ser de um determinado grupo, somente existindo quando este grupo é uma sociedade e não um mero agrupamento humano. No encontro indissociável entre coação e adesão dos grupos às regras está o centro da formação de sua estrutura política¹¹⁵, a qual depende, em grande medida, da estabilidade das relações sociais.¹¹⁶

Não há, pois, separação absoluta entre Direito e política. Há um espaço no âmbito do qual ambos se movimentam, ora se chocando, ora se interpenetrando. E nesse espaço de movimentação, dois são os planos onde há intenso contato: criação do Direito e aplicação do Direito. No primeiro, o contato é evidente e inevitável¹¹⁷, porque o Direito é positivado por meio do exercício da função política: o Direito é o próprio produto da política. No segundo, contudo, o contato não é tido por óbvio e o debate de diversas teorias do Direito gira em torno, precisamente, da possibilidade ou não da separação das esferas e, especialmente, do modo como afastar, na prática, a instrumentalização política do Direito.¹¹⁸

Nesse contexto, o Direito é, simultaneamente, ser e dever ser; é “a avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir.”¹¹⁹ E se “normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins”¹²⁰, com um caráter prospectivo que demandará necessária interpretação no futuro, todos os agentes chamados a aplicá-las, ao buscarem o significado das escolhas, farão algum tipo de avaliação da política.

¹¹⁵ Cf. *Traité de science politique*, t. 1, v. 1, 3ª ed., Paris, LGDF, 1980, p. 50-51.

¹¹⁶ Cf. Georges Burdeau, *Méthode de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1959, p. 141.

¹¹⁷ Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 11. O fato de ser mais óbvio o contato não significa a inexistência de tensões e, conseqüentemente, de polêmicas, afinal, a existência de uma jurisdição constitucional, não se confundindo com mera garantia política da Constituição (Cf. Tania Groppi, ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? In *Revista del Derecho Político*, nº 62, 2005, p. 33, disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8952/8545>>), impõe um controle jurídico-processual externo (e, conseqüentemente, uma possibilidade de restrição) à própria atividade criativa do legislador e, na visão da filosofia jusnaturalista, até mesmo do poder constituinte originário (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 71).

¹¹⁸ Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 12 e 14. Cf., ainda, Luís Roberto Barroso, *Jurisdição constitucional: A tênue fronteira entre o direito e a política*, p. 15, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>.

¹¹⁹ Cf. Louis Assier Andrieu, *O direito nas sociedades humanas* (trad. port. Maria Ermantina Galvão de Le droit dans les sociétés humaine), São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. XI.

¹²⁰ Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 22.

Consequentemente, as instituições que o Direito conforma têm por objetivo perseguir os fins que o Direito indicou – em particular, a Constituição, como guia político e intermediador dos universos político e jurídico. É ela que estabelece os fins a serem perseguidos pelo Estado e que estrutura os poderes constituídos de forma a que tenham as ferramentas necessárias para promover o bem geral. Ou seja, é a Constituição que, no Estado, primeiramente, regula o espaço de movimentação da política, distribuindo o exercício do poder para que cada um dos órgãos possa exercer sua parcela de função política.

Como, originalmente, o papel da Constituição se resumia à busca de formas de limitação do poder absoluto, a função protetiva foi atribuída à lei e à representação, cabendo à Constituição uma função organizativa, mas essencialmente política. No entanto, conforme visto no capítulo anterior, com a complexificação da sociedade e a impossibilidade de proteção meramente pela via política, foi reforçado o papel jurídico da Constituição como meio de efetivar os direitos nela garantidos.

Não é simples a tarefa de ser a interface entre esses dois universos. Apenas o reconhecimento de que a Constituição possui força normativa não é suficiente para que deixe de ser uma folha de papel.¹²¹ É preciso conferir-lhe mecanismos de garantia jurídica. Por outro lado, não se pode esquecer que a Constituição é documento orientador e marcadamente político (ou seja, nem tudo nela é juridicizável). É preciso, pois, evitar indevidas influências políticas sobre as instituições jurídicas responsáveis por sua garantia.

O diabo, contudo, mora nos detalhes: há mecanismos para proteger “os órgãos da jurisdição em sua atividade aplicadora”¹²² da influência da política, mas é possível proteger a sociedade da influência política dos próprios juízes?¹²³ A independência judicial¹²⁴, a

¹²¹ Cf. Ferdinand Lassalle, *¿Que es una Constitución?*, Santa Fé de Bogota, Editorial Temis, 1997, p. 56.

¹²² Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 14.

¹²³ A noção de politização do Poder Judiciário pode se apresentar sob a forma de atuação dos órgãos e integrantes do Poder Judiciário “em prol de interesses partidários” ou sob a forma de participação ativa na conformação da ordem jurídica (aspecto legislativo) e nos rumos administrativos (aspecto executivo). (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 86).

¹²⁴ A independência se manifesta, como assinalado, em garantias institucionais – como a autonomia administrativa e financeira – e garantias funcionais dos juízes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Como regra geral, a investidura e a ascensão na carreira da magistratura se dá [sic] por critérios técnicos ou por avaliações *interna corporis*. Nos casos em que há participação política na nomeação de magistrados para tribunais, ela se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político.” (Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 27).

neutralidade científica e a completude do Direito¹²⁵, se protegem o Poder Judiciário como instituição da influência política dos demais Poderes, são suficientes para evitar que os juízes atuem politicamente, por vontade própria?

Parece que não. Se a influência político-partidária preocupa menos, o papel político do Poder Judiciário se transformou com a constitucionalização¹²⁶ e a densidade jurídica conferida às constituições, de modo que juízes têm feito ou crescentemente aumentado a atuação na feitura de políticas públicas que antes foram propiciadas (ou, pelo menos, acredita-se tenham sido) por outros órgãos governamentais, especialmente, o Poder Executivo e o Poder Legislativo.¹²⁷

A separação, pois, entre Direito e política, considerada possível e desejável¹²⁸, não é nada fácil. Há uma zona cinzenta no âmbito da qual não se pode dizer, com precisão, onde acaba um e começa outro. A participação ativa do Poder Judiciário na definição dos contornos políticos da ordem constitucional e infraconstitucional, por intermédio de decisões judiciais que implicam um controle judicial positivo prescritivo de ações e de políticas, é, pois, fenômeno observado, discutido e que ainda merece reflexão¹²⁹.

¹²⁵ “A autonomia e especificidade do universo jurídico, por sua vez, consistem em um conjunto de doutrinas, categorias e princípios próprios, manejados por juristas em geral – aí incluídos juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais participantes do processo jurídico e judicial – que não se confundem com os da política. Trata-se de um discurso e de um código de relação diferenciados. Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o Direito nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e as leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes.” (Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 27).

¹²⁶ Ran Hirschl, parafraseando Alexis de Tocqueville, pontua que não há controvérsia moral ou política que não se transforme cedo ou tarde em uma disputa judicial. (Cf. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Massachusetts, Harvard University Press, 2004, p. 169). C. Neal Tate destaca, dentre as principais condições da expansão do poder judicial, a existência de um governo democrático, separação de poderes nas linhas de Montesquieu, política de direitos (à medida que o reconhecimento de direitos contra as majorias aumenta a importância política dos juízes), uso do Poder Judiciário por grupos de interesse, uso do Poder Judiciário pela oposição política, inefetividade das instituições majoritárias, percepções dos problemas das instituições tradicionais, delegação pelas instituições majoritárias. (Cf. *Why the expansion of judicial Power?* In C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder [orgs.], *The Global Expansion of judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 28-32).

¹²⁷ Cf. C. Neal Tate, ob. cit., p. 29.

¹²⁸ Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 15.

¹²⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 86-87.

2.1.1 Conflitos políticos e conflitos jurídicos

Como visto, há um *locus* e um *tempus*, na atividade do Estado, “em que seus principais órgãos estão livres para optar, subordinados apenas a disposições constitucionais, geralmente versadas em termos bastante vagos”¹³⁰, isto é, podem escolher entre distintos caminhos possíveis.

O exercício dessa escolha, no entanto, não é irrestrito. O constitucionalismo impõe a observância dos limites da Constituição, tanto formais (competência) como materiais (fins políticos pré-compromissados e normatizados), para perseguir o bem comum mediante a densificação dos princípios constitucionais com as concepções políticas necessárias à implementação dos fins almejados.

Apesar disso, admitir que, no Estado de Direito, a função política está baldada pela Constituição não significa dizer que toda sua densidade é normativa, isto é, que todas as decisões já foram tomadas pelo constituinte no momento fundacional. Embora os objetivos políticos constitucionais mais importantes já tenham sido estabelecidos, é por meio do exercício da função política que serão eleitos os meios e os instrumentos tidos por necessário, em cada sociedade política, a cada momento histórico, para alcançá-los.¹³¹

Se este ponto é importante para qualquer discussão sobre política, assume contornos especiais quando se trata do controle de constitucionalidade das leis. Conforme alerta Fernando Atria, “a promessa do controle jurisdicional de constitucionalidade, isto é, a ilusão de que podemos escapar da contingência da política, é o canto da sereia, que hoje

¹³⁰ Cf. Leonardo André Paixão, ob. cit., p. 48. Ronald Dworkin recomenda cuidado com a expressão “cláusulas vagas”, porque somente seriam, verdadeiramente, “vagas” “se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares.” Ou seja, se estas cláusulas buscam veicular conceitos morais (aqui, em sentido lato, chamados de políticos) não são vagas; têm exatamente o conteúdo que desejam e “um maior detalhamento não as tornará mais precisas.” (Cf. *Levando os direitos a sério* [trad. port. Nelson Boeira de *Taking Right Seriously*], 3ª ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 214).

¹³¹ Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, ob. cit., p. 566. Cf., ainda, Jorge Miranda, Funções do Estado, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, 1992, p. 82. Leonardo André Paixão exemplifica o modo do exercício da opção nesses termos: “Por exemplo, se a Constituição inclui a redução das desigualdades entre regiões do país como um de seus objetivos fundamentais, visando à perfeita aplicação dos princípios federativo e da isonomia, a função política pode definir se é melhor estimular o desenvolvimento agrícola ou industrial da região mais pobre (o que fazer), e uma vez definido o rumo, pode optar por implementá-lo mediante abertura de uma estrada que ligue a região a outras, ou através da criação de um centro público de instrução, ou mediante a concessão de incentivos fiscais para atividades produtivas (como fazer).” (Cf. ob. cit., p. 55).

nos encanta”¹³², de modo que para pensar desenhos institucionais que sejam capazes de proteger, simultaneamente, a Constituição e a democracia, é necessário, previamente, compreender as diferentes estruturas dos conflitos político e jurídico.

O conflito jurídico típico de direito privado pode ser resolvido por um juiz porque (i) as partes envolvidas conhecem as regras que subjazem à contenda¹³³, (ii) dominando as regras e tendo decidido travar uma relação, as partes não discordam do que é correto abstratamente, mas do que cumpre a cada qual no plano concreto (ou seja, discordam porque seu juízo está afetado por seu envolvimento no problema), (iii) o juiz a quem é atribuído a solução é um terceiro imparcial em relação ao conflito e (iv) a decisão que soluciona o conflito reflete o conteúdo das regras abstratas comuns às partes, não o desacordo concreto entre elas e tampouco o ponto de vista subjetivo do juiz.¹³⁴

Diante disso, para resolver o conflito jurídico, o juiz, como terceiro imparcial, não precisa considerar os princípios que impulsionaram e conformaram a criação das regras aplicáveis, mas apenas e tão somente estas regras públicas e comuns às partes. Assim, ainda que o juiz discorde do modo como as regras foram editadas para atender aos princípios que visam concretizar, deve considerar as regras em seu julgamento e não o que considera substancialmente correto ou justo.¹³⁵

Mas, os conflitos que se pretende solucionar por meio do controle de constitucionalidade, isto é, a avaliação da compatibilidade das leis (e outros atos normativos) frente à Constituição-parâmetro podem ser considerados conflitos jurídicos e, principalmente, podem ser resolvidos da mesma forma que estes?

¹³² Cf. El derecho, cit., p. 320. (No original: “la promesa del control jurisdiccional de constitucionalidad, i.e. la ilusión de que podemos escapar de la contingencia de la política, es el canto de las sirenas, que hoy nos encanta”).

¹³³ Ainda que não dominem as regras formais, presumivelmente, dominam as práticas que embasam a relação travada, na qual estão incluídas as normas aplicáveis. No Brasil, o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), dispõe, inclusive, que “[n]inguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (Brasil, 1942, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>).

¹³⁴ “[L]a decisión debería en principio ser la misma con o sin conflicto, porque la aplicación de esas reglas abstractas a ese caso debería llevara la misma conclusión aunque las partes no hayan estado en desacuerdo. El conflicto, en consecuencia, configura la ocasión para la decisión (no habría habido juicio sin conflicto), pero no tiene impacto en lo que los abogados llaman ‘lo dispositivo del fallo’.” (Cf. Fernando Atria, El derecho, cit., p. 324-325 e 328).

¹³⁵ “Así, por ejemplo, sus ideas sobre la justicia de la conmutatividad, y la equivalencia entre las prestaciones de comprador y vendedor no son, salvo en casos especiales, relevantes para decidir. El juez debe decidir conforme a reglas públicas, que son las que eran comunes a las partes. El juez no debe decidir de acuerdo a lo que le parece substantivamente correcto o justo.” (Cf. Fernando Atria, El derecho, cit., p. 326).

Ao colocar o Direito no centro de sua teoria social como um sistema fechado de normas¹³⁶, Kelsen compreende a função política também vinculada ao Direito, porque dele extrai seu fundamento de validade. Como no vértice do sistema está a norma fundamental (pressuposto lógico transcendental) e não dado órgão político supremo, tudo o que compõe o sistema é decorrente dela e, portanto, também é norma.

Assim, todo conflito no sistema de normas é um conflito normativo, um conflito jurídico de validade, o que legitima o controle de constitucionalidade como mera atividade de aplicação de normas, nos termos da Constituição. A função política da Constituição é apenas estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder e a observância destes limites somente poderia ser garantida por um órgão jurisdicional¹³⁷: o fato de os órgãos de natureza política (como o parlamento ou o governo) criarem as normas a serem controladas poderia levar a uma inclinação por mantê-las, mesmo em violação à Constituição, caso fossem eles mesmos os responsáveis pelo controle.¹³⁸

Kelsen não ignora que há uma dimensão fática importante relativa às Constituições e tampouco que distintas percepções políticas possam levar a diferentes respostas quanto à melhor configuração das garantias da Constituição¹³⁹, mas, para ele, é uma “obviedade primária” que, caso se crie um mecanismo de controle de constitucionalidade, ele “não

¹³⁶ Cf. Hans Kelsen, *Teoria*, cit., p. 33.

¹³⁷ Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (trad. port. Alexandre Krug de Wer soll der Hüter der Verfassung sein?), in *Jurisdição constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 251.

¹³⁸ Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser*, cit., p. 240. Fernando Atria discorda da conclusão ao ponderar que os órgãos políticos não atuam como os indivíduos particulares em uma lógica utilitarista e, de mais a mais, se esse risco afeta os órgãos políticos, afeta igualmente os órgãos jurisdicionais que “também são juízes de sua própria causa quando o problema é o de delimitar a esfera de suas competências.” (Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 327-328). Em relação ao estímulo político para vulnerar a Constituição, Mark Tushnet destaca que aos tribunais também pode ser oposta a mesma objeção: “If the Court is properly skeptical about Congress’s decisions defining the scope of its sphere of power and responsibilities, so should Congress and the citizenry be skeptical about the Court’s decisions defining – and maximizing – the scope of *its* sphere of power and responsibilities” (Cf. *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 26). A própria decisão de *Marbury v. Madison*, que criou o *judicial review* foi uma decisão de expansão do poder da Suprema Corte (Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Controle de constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*, in *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 920, ju. 2012, p. 137-138). Por fim, em relação à interpretação da própria competência em conflitos na fronteira entre o Direito e a política, Luís Roberto Barroso anota que a autoconservação é um impulso natural do poder: “[é] intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações, quer pela reafirmação de sua jurisprudência.” (Jurisdição, cit., p. 32-33)

¹³⁹ “Pode haver situações em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido. A própria questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição pode ser respondida de maneiras muito diferentes, considerando-se a particularidade de cada Constituição e a divisão de poder político que efetua.” (Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser*, cit., p. 239).

deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados.”¹⁴⁰ Ou seja, avaliado o conflito sob a perspectiva exclusivamente jurídico-normativa, enquanto os órgãos políticos seriam juízes da própria causa, um órgão jurisdicional poderia trazer a imparcialidade necessária para a avaliação da conformidade das leis à Constituição.

Ocorre que, apesar de seus méritos na concepção de uma teoria democrática baseada na figura do legislador criador das normas jurídicas, a ficção kelseniana atribui uma natureza exclusivamente jurídico-normativa à Constituição e ao controle de constitucionalidade. Esta visão, contudo, deixa a política fora da Constituição e do âmbito do Direito. Carl Schmitt, por exemplo, em sentido diverso, nos debates que travou com Kelsen sobre a guarda da Constituição, reconhece o conteúdo marcadamente político decorrente do fato de se tratar de um conjunto de decisões políticas fundamentais do povo.¹⁴¹⁻¹⁴²

Nessa linha, se determinado conflito sobre questões constitucionais depende da determinação do sentido de norma constitucional, a natureza da atividade de controle não é jurisdicional, mas política.¹⁴³ Assim, a Constituição traz também conflitos políticos, os quais não podem ser decididos por órgãos jurisdicionais afetos à atividade de subsunção das normas aos fatos, mas apenas pelos próprios órgãos capacitados para a tomada de decisões políticas, como o legislador ou o chefe de Estado.¹⁴⁴

Nesse cenário, sempre que o controle de constitucionalidade busca como parâmetros conceitos políticos da Constituição (como formulações abstratas de ideias sobre

¹⁴⁰ Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser*, cit., p. 240.

¹⁴¹ Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 57-58, nota 179.

¹⁴² De acordo com Jorge Reinaldo Vanossi, Schmitt possui uma acentuada noção de comunidade política sobre a qual deve repousar a construção do Estado e do Direito: “en su Idea de la creación jurídica estatal el dato esencial consiste en un obrar o accionar volitivo al cual denomina ‘decisión política’”. O decisionismo, protagonizado por Schmitt, não separa o político do jurídico; considera que o político é antecedente necessário que reside, justamente, na decisão política, a qual expressa a vontade política da comunidade. O fenômeno jurídico deve, pois, necessariamente, refletir o fenômeno político, em toda a extensão do processo político-jurídico, desde a criação jurídico-estatal até a atividade de aplicação do Direito, ações de vontade. A decisão imprime existência à unidade político-jurídica, a qual extrai seu fundamento de validade e adquire valor e razão de sua própria existência, justamente, por ser obra da soberania. (Cf. *Teoría constitucional I – Teoría constituyente – Poder constituyente: fundacional, revolucionario, reformador*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 40-47).

¹⁴³ Cf. Roger Stiefelmann Leal, *O efeito*, cit., p. 54.

¹⁴⁴ Cf. Carl Schmitt, *O guardião da Constituição* (trad. port. Geraldo de Carvalho de Der Hüter der Verfassung), Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 154.

fins a serem perseguidos pelo Estado) trata-se de um conflito político e não jurídico¹⁴⁵, de modo que atribuir sua solução a um juiz, por meio de exercício da função jurisdicional, traz implicações particulares e que devem ser consideradas antes de se projetar o desenho institucional do controle de constitucionalidade.

Conforme destaca Fernando Atria¹⁴⁶, as Constituições podem veicular normas que expressam conceitos políticos ou concepções políticas.¹⁴⁷ Os conceitos políticos são formulações muito abstratas do conteúdo de uma ideia, tão abstratas que se tornam politicamente incontroversos. As concepções políticas, por outro lado, são especificações do conteúdo dos conceitos; referem-se a uma realidade com instruções mais ou menos detalhadas e com orientação identificada. Ronald Dworkin faz sua comparação de ambos com base na ideia de justiça:

Quando recorro ao *conceito* de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça (*I appeal to what fairness means*), e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formula uma *concepção* de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça (*I lay down what I mean by fairness*), e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la.¹⁴⁸

Assim, há consenso, nas comunidades, sobre os conceitos políticos que partilham, sobre um rol constitutivo de direitos que comungam, mas, por outro lado, há disputa sobre o modo de concretizar esses conceitos, ou seja, sobre as concepções políticas: “o conflito político normal é o conflito sobre como vamos entender nossos conceitos comuns (isto é, sobre concepções).”¹⁴⁹

¹⁴⁵ Fernando Atria ressalva que não se busca saber se o conflito político é como o conflito jurídico, mas se é adequado concebê-lo assim. E isso porque “[s]i todos nosotros nos convencemos de que el conflicto político es análogo al conflicto entre comprador y vendedor, entonces será análogo. La adecuación de la práctica a la teoría no demuestra la corrección de la teoría, sino sólo que ésta ha sido suficientemente influyente.” (Cf. *El derecho*, cit., p. 329).

¹⁴⁶ O autor destaca que o léxico de conceitos e concepções políticas foi originalmente distinguido por Herbert Hart e logo utilizado também por Ronald Dworkin e John Rawls (cf. *El derecho*, cit., p. 331, nota 28).

¹⁴⁷ Sob outro léxico e outra perspectiva, Kelsen reconhece a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, destacando que, mesmo quando a norma superior estabelece o conteúdo da norma a estabelecer, esta determinação nunca é completa e pode ser, inclusive, intencional, uma vez que a norma superior “não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada”, de modo que sempre fica uma margem, uma moldura a ser preenchida. (Cf. *Teoria pura*, cit., p. 388-389).

¹⁴⁸ Cf. *Levando*, cit., p. 213.

¹⁴⁹ “[E]l conflicto político normal es el conflicto sobre cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones). (Cf. *El derecho*, p. 331).

Dentre os pressupostos apresentados por John Rawls para sua teoria da justiça, identifica-se o conflito de interesses, sendo necessário “um conjunto de princípios para escolher entre os diversos modos de organização social que definem essa divisão de vantagens e para selar um acordo acerca das parcelas distributivas apropriadas.”¹⁵⁰ Assim, o que é justo ou injusto está sempre em discussão na sociedade, mas, apesar dessa discordância (decorrente de distintas *concepções* sobre justiça), há um núcleo comum, um *conceito* de justiça a partir do qual se desenvolvem as diferenças: “[o]s homens concordam com essa descrição de instituições justas, contanto que as ideias de distinção arbitrária e de equilíbrio apropriado, que estão no conceito de justiça, estejam abertas para que cada um as interprete segundo os princípios de justiça que aceita.”¹⁵¹ Como destaca Michael J. Sandel:

Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crença morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não. Temos de chegar a um consenso. Mas até mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais.¹⁵²

O consenso é o conceito político e sobre ele não há conflito, ao menos, não no nível constitucional, pois estes são os princípios com os quais a comunidade política concorda, estabelecendo sua base sobre eles.¹⁵³ As dissensões são as concepções políticas e representam, justamente, o conflito político, a disputa sobre quais as regras necessárias para alcançar os fins consensados nos conceitos políticos.¹⁵⁴ A própria democracia liberal está fundada no reconhecimento dessa dissensão e do relativismo de valores que lhe subjaz, afinal, “a minoria pode tornar-se maioria, e vice-versa, apenas se ambas estão de

¹⁵⁰ Cf. *Uma teoria da justiça* (trad. port. Jussara Simões de *A theory of justice*), 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 5).

¹⁵¹ Cf. ob. cit., p. 6. Nesse sentido, Herbert L. A. Hart: “There is therefore a certain complexity in the structure of the idea of justice. We may say that it consists of two parts: a uniform or constant feature, summarized in the precept ‘Treat like cases alike’ and a shifting or varying criterion used in determining when, for any given purpose, cases are alike or different. In this respect justice is like the notions of what is genuine, or tall, or warm, which contain an implicit reference to a standard which varies with the classifications of the things to which they are applied” (Cf. *The concept of Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 160).

¹⁵² Cf. *Justiça: O que é fazer a coisa certa* (trad. port. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo de Justice), 20ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2016, p. 178.

¹⁵³ “Así entendida, una comunidad política se define por el consenso sobre los conceptos: es correcto dar a cada uno lo suyo (justicia), tratar a todos con igual consideración (igualdad), ordenar las interacciones sociales de modo que cada uno pueda vivir como es bueno para ellos vivir (libertad).” (Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit. p. 331).

¹⁵⁴ “Mais, s’il n’est pas possible de contester l’existence de préceptes de morales ou de justice supérieurs aux lois positives, il est certain aussi que ces préceptes ne sauraient, par leur seule vertu ou supériorité – encore que celle-ci soit transcendante – constituer des règles de droit” (Cf. Carré de Malberg, ob. cit., p. 490).

acordo sobre o fato de que os valores que inspiram uma ou outra não sejam absolutos, mas relativos.”¹⁵⁵

Robert Dahl destaca, inclusive, que, comumente, conflitos decididos pelas Cortes envolvem a escolha de alternativas em relação às quais há “severo desacordo na sociedade”, sendo que, também usualmente, “são casos nos quais competentes estudiosos de direito constitucional, incluindo os próprios membros da Suprema Corte, discordam.”¹⁵⁶

Nessa senda, a justiça é um ideal moral, a ser perseguido pela comunidade política, e o Direito é o sistema por meio do qual se busca a concretização. Assim, não se confundindo, o Direito não é necessariamente justo, mas oferece uma promessa de justiça.¹⁵⁷ Ocorre que, embora este compromisso se preocupe com uma justiça substancial, o que o Direito pode, efetivamente, oferecer, na prática, são os símbolos e os procedimentos (como o modo de aplicação das normas e a fundamentação) por meio dos quais assegura a justiça formal. E assim é, justamente, porque pode haver um consenso¹⁵⁸ sobre a busca de justiça, como ideal moral, pelo Direito, mas há conflito sobre o conteúdo da justiça (sua concepção) e sobre a melhor maneira de promovê-la.¹⁵⁹ E esse dissenso é o centro da competição política, orientando as instituições e seus desenhos.¹⁶⁰

Dessa forma, o problema ocorre quando os juízes utilizam os termos abstratos, vagos, gerais, ambíguos (ou mesmo claramente inaplicáveis) da Constituição para nela

¹⁵⁵ Cf. Mario G. Losano, *Sistema e estrutura no Direito, volume 2: O Século XX* (trad. port. Luca Lamberti de Sistema e Struttura nel Diritto, vol II: Novecento), v. 2, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 26.

¹⁵⁶ Cf. Robert A. Dahl, Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, in *Journal of Public Law*, v. 6, 1957, p. 280. (No original: “Very often, then, the cases before the Court involve alternatives about which there is severe disagreement in the society, as in the case of segregation or economic regulation; that is, the setting of the case is ‘political.’ Moreover, they are usually cases where competent students of constitutional law, including the learned justices of the Supreme Court themselves, disagree.”).

¹⁵⁷ Cf. Philip Selznick, *A Humanist Science: Values and ideals in social inquiry*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 107.

¹⁵⁸ Jeremy Waldron aponta que, certamente, há membros da sociedade que não gostam da ideia de justiça ou mesmo que negam diferença em relação ao poder, ao interesse ou à utilidade (Cf. Does Law promise Justice? In *Georgia State University Law Review*, v. 17, 2001, p. 782), mas, no contexto da democracia liberal, até mesmo para eles, a justiça formal tem seu valor ao permitir que defendam suas perspectivas.

¹⁵⁹ “As important – probably much more important – is the conflict *among* those who care about justice and desire to embody it in law but who disagree about what justice amounts to or how it is best promoted. Liberals disagree with conservatives; Rawlsians disagree with Nozickians; socialists disagree with market economists; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxations; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert.” (Cf. Jeremy Waldron, Does Law, cit., p. 782).

¹⁶⁰ Cf. Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.2.

embutir concepções políticas suas e sobre as quais há desacordo, como se lá estivessem indisputavelmente escritas e fossem apenas reveladas pela exegese lastreada em raciocínios jurídicos neutros. Como destaca Robert Dahl:

Se a Corte fosse assumida como uma instituição “política”, não surgiriam problemas particulares, uma vez que seria dado como certo que os membros da Corte resolveriam as questões de fato e valor pela introdução de suposições derivadas de suas próprias pré-disposições ou daquelas de influentes constituintes. Mas, uma vez que muita da legitimidade das decisões da Corte se embasam na ficção de que ela não é uma instituição política, mas exclusivamente jurídica, aceitar a Corte como uma instituição política resolveria uma parte dos problemas, mas criaria outros.¹⁶¹

Portanto, os conceitos (justiça, igualdade, liberdade etc.) que subjazem aos conflitos políticos não são suficientes para solucioná-los, porque, como visto, são sua base comum, são as normas compartilhadas pela comunidade política. Sua aplicação imparcial não é, pois, capaz de resolver o conflito político¹⁶², de forma que o raciocínio jurídico não é melhor para responder à situação de confronto do que o raciocínio político geral.

2.1.2 Raciocínio jurídico e decisão judicial

O raciocínio jurídico não é definido pelo órgão que o exercita, isto é, o raciocínio não é jurídico porque levado a efeito por um juiz ou tribunal, assim como o raciocínio não é político porque realizado por um órgão político, como o parlamento. O que define o

¹⁶¹ Tradução livre do original: “If the Court were assumed to be a “political” institution, no particular problems would arise, for it would be taken for granted that the members of the Court would resolve questions of fact and value by introducing assumptions derived from their own predispositions or those of influential clientele and constituents. But, since much of the legitimacy of the Court’s decisions rests upon the fiction that it is not a political institution but exclusively a legal one, to accept the Court as a political institution would solve one set of problems at the price of creating another.” (Cf. *Decision-making*, cit., p. 280).

¹⁶² “Norberto Bobbio, por ejemplo, ha notado esto en su intento de distinguir derecha e izquierda. Como se sabe, él cree que la distinción está en las concepciones de la igualdad de cada una de estas posiciones, pero no se encuentra, la diferencia, en los conceptos de igualdad, en el hecho de que sólo una de las partes encuentre en la igualdad algo valioso. Como ha dicho Norberto Bobbio, “¿qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?” Lo que aquí Bobbio está diciendo es que a pesar de que las concepciones sobre la igualdad son las que distinguen derecha de izquierda, o mejor dicho precisamente por eso, no podemos usar la idea (o concepto) de igualdad para decidir un conflicto entre derecha e izquierda. Ambas partes aceptan el concepto de igualdad (es decir: ambas partes creen que la igualdad es importante, pero aun así están en desacuerdo sobre qué cuenta como ‘igualitario’). De nuevo: si hablamos de el concepto de igualdad, estamos haciendo referencia a una norma común a izquierda y derecha, pero a una norma cuya aplicación imparcial no puede solucionar el conflicto, precisamente por ser común; si lo soluciona, entonces no estamos hablando de una norma común, sino de una concepción (de izquierda o derecha) de la igualdad. (Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 331-332).

raciocínio jurídico é um modo específico de fundamentar a resolução de questões jurídicas, estudado nas teorias de decisão judicial. A solução da controvérsia exige da decisão judicial “a melhor justificação dentro de um contexto argumentativamente controvertido”, uma vez que “o que os juízes produzem não é apenas uma resposta plausível para suas decisões, mas antes uma resposta correta considerando todas as dimensões envolvidas.”¹⁶³

Ronald Dworkin identifica diversos contextos de uso do conceito de Direito¹⁶⁴, dentre os quais inclui o nível da decisão (*adjudicative level*), no âmbito do qual se busca responder o que os agentes oficiais que aplicam o Direito devem fazer quando decidem casos concretos.¹⁶⁵ Diante, pois, da intrínseca relação entre teoria do direito e teoria da decisão, tem-se que a decisão do juiz sobre um caso particular que lhe é submetido dependerá da teoria do direito escolhida e “poderá importar a desobediência à legislação em nome de um imperativo de justiça ou razoabilidade, ou então o acolhimento de uma teoria da legitimidade da obediência à lei mesmo quando esta for desarrazoada ou injusta aos olhos do aplicador.”¹⁶⁶

Assim, para as correntes jusnaturalistas modernas¹⁶⁷, como o Direito está fundado na razão do homem e em seus valores, o princípio da justiça seria fundamento eterno do Direito: legítima é apenas a ordem justa, por sua adequação à racionalidade¹⁶⁸, e conseqüentemente, tanto a atividade de criação do Direito positivo quanto a de aplicação concreta do Direito devem observar essa ordem superior, extraindo dela as normas adequadas aos casos concretos.

¹⁶³ Cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 2013, Ebook, l. 3834.

¹⁶⁴ Cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior, ob. cit., l. 235.

¹⁶⁵ Cf. *Justice in robes*, Cambridge e London, Harvard University Press, 2006, p. 18.

¹⁶⁶ Cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior, ob. cit., l. 6183.

¹⁶⁷ Como se sabe, para os jusnaturalistas, há uma separação entre o Direito positivo, deduzido das leis positivadas pelo homem, e o Direito Natural, retirado de outra fonte, “os pretensos axiomas inscritos na razão prática do homem, fonte a que os neokantianos chamam hoje o direito natural.” O jusnaturalismo encontra eco na Antiguidade Clássica, em Aristóteles (para quem “as leis do Estado exprimem e complementam o justo natural”, de forma que as soluções passam pela determinação do legislador), e na Idade Média, em São Tomás de Aquino (para quem “o direito natural está ligado à hipótese teísta de que o mundo é a obra inteligente e benfazeja de um criador, de um Deus ordenador”). (Cf. Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno* [trad. port. Claudia Berliner de La formation de la pensée juridique moderne], 2ª ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 47 e 141).

¹⁶⁸ Cf. Aricê Moacyr Amaral Santos, *O poder constituinte (a natureza e titularidade do poder constituinte originário)*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, p. 29.

O positivismo¹⁶⁹ jurídico do século XIX, ao negar a inclusão de juízos de valor no raciocínio jurídico, defendia a obediência incondicional ao direito posto, na medida em que suas normas refletiam determinados valores comuns da comunidade política produzidos pela autoridade constituída e de acordo com os procedimentos previamente previstos. Como os valores são variados, relativos e subjetivos não podiam ser parâmetros diretos de decisão e se há contraste com as normas positivas, estas devem ser modificadas por meio de reforma legislativa.¹⁷⁰

Entretanto, se, de um lado, o positivismo veda o recurso a valores imanes na atividade interpretativa que realiza para proferir decisões judiciais, de outro, deixa a porta aberta à subjetividade.¹⁷¹ Embora Kelsen tenha dedicado pouca atenção a uma teoria da aplicação do direito, deixa claro que a decisão judicial, como último ato de produção do Direito, é também uma espécie de norma jurídica, de natureza individual, que decorre de um ato do órgão formalmente competente para sua produção e deve corresponder a uma dentre as várias soluções possíveis dentro da moldura desenhada pela norma que lhe é superior. A discricionariedade judicial, então, admite como conforme ao Direito toda decisão judicial, em qualquer sentido possível, desde que dentro da moldura desenhada pela norma, sem prever, no entanto, nenhum critério com base na qual uma solução possa preferir à outra.¹⁷²

A decisão judicial, portanto, é ato de criação do Direito decorrente do processo de interpretação, no âmbito do qual, exercendo sua discricionariedade dentro da moldura normativa, o juiz faz escolhas políticas.¹⁷³ Tais escolhas não possuem critério previamente

¹⁶⁹ Não se ignora que são várias as correntes do positivismo, como o sociológico (clássico), o lógico e o jurídico, e tampouco que o próprio positivismo jurídico possui igualmente várias vertentes. Como resume Georges Abboud, “os estudos centrados, *a priori*, em torno dos códigos produzidos no final do séc. XIX (positivismo legalista/exegético), passarão à norma jurídica (Hans Kelsen), ao conceito de regra (Herbert Hart), ao *institucionalismo*; ou, ainda, ao conjunto de decisões emitidas pelos tribunais (realismo jurídico).” (Cf. ob. cit., p. 70). Considerando, no entanto, os estritos objetivos do presente trabalho, serão considerados apenas os aspectos compartilhados em relação especificamente ao raciocínio jurídico, centrado especialmente em Kelsen por ser tido como a formulação mais completa do positivismo (Cf. Mario G. Losano, ob. cit., p. 25).

¹⁷⁰ Cf. Mario G. Losano, ob. cit., p. 33-34.

¹⁷¹ Cf. Lenio Luiz Streck, *Dicionário de hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Letramento, 2017, p. 165.

¹⁷² Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 391.

¹⁷³ De acordo com Kelsen, “[n]ão há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.” (Cf. *Teoria pura*, cit., p. 391).

estabelecido que possa indicar a preferência por uma solução à outra (afinal, não considera o valor) e, conseqüentemente, não pode ser controlada, juridicamente, com base em parâmetros de justiça ou correção. Trata-se de um problema de política do Direito e não de ciência do Direito: o problema da decisão judicial justa é o mesmo da lei justa.¹⁷⁴

Herbert Hart, por sua vez, destaca que as regras são enunciados gerais, de modo que sua linguagem aberta (decorrência da condição humana) pode gerar dúvida e incerteza no momento de sua aplicação. Se os homens conhecessem todos os aspectos do mundo, poderiam se antecipar aos fatos e elaborar regras cuja aplicação aos casos concretos seria uma operação automática porque nunca implicariam mais de uma solução. No entanto, a condição humana de ignorância dos legisladores não lhes permite o conhecimento de todas as circunstâncias e combinações. Conseqüentemente, as regras que elaboram têm uma relativa indeterminação de finalidade, isto é, são regras com linguagem aberta, de modo a refletir uma finalidade geral, a qual somente será especificada na prática, quando um caso não contemplado ocorrer e tiver que ser aplicada a regra.¹⁷⁵

Assim, Hart reconhece o exercício de escolha na aplicação da regra aos casos particulares, uma vez que não é possível fazer uma seleção tão rígida dos aspectos relevantes dos casos particulares a ponto de prever antecipadamente questões que podem surgir no momento da aplicação.¹⁷⁶ Quanto ao modo de julgamento, Hart destaca que os casos fáceis, de complexidade baixa e cujo reconhecimento de exemplo nas regras de direito é mais direto, podem ser resolvidos por meio de silogismos, mas os casos difíceis, nos quais não houve regulação completa e a linguagem aberta não permite o reconhecimento da situação fática na regra de direito, está aberto à discricionariedade do juiz, novamente, sem critérios para justificá-la ou controlá-la.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 393.

¹⁷⁵ Cf. *O conceito de Direito* (trad. port. de *The concept of Law*), 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 141-142.

¹⁷⁶ “De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto.” (Cf. Herbert L. A. Hart, *O conceito*, cit., p. 143).

¹⁷⁷ Cf. Lenio Luiz Streck, ob. cit., p. 179.

O interpretativismo¹⁷⁸ de Ronald Dworkin formula crítica ao positivismo, principalmente, por julgar impossível identificar o Direito sem recurso a considerações valorativas sobre seu objeto. Com isso, levou-o a desenvolver sua teoria do Direito voltada para uma teoria da decisão judicial baseada nos princípios e sua dimensão de peso, bem como na argumentação jurídica de natureza moral. Ou seja, a decisão do juiz, especialmente para os casos difíceis, deve realizar uma interpretação pautada na argumentação jurídica, que, por sua vez, deve considerar princípios moralmente informados, com dimensão normativa e vinculante.

Também em oposição aos positivistas, os teóricos da razão comunicativa, como Jünger Habermas e Robert Alexy, oferecem teorias da decisão judicial que qualificam o raciocínio jurídico com base na prática argumentativa envolvendo princípios.¹⁷⁹

2.1.3 A atuação política dos juízes

As Constituições conformam o funcionamento das instituições políticas e judiciais nos regimes democráticos, mas, como visto, apenas a configuração tradicional da separação de poderes, em si, não é suficiente para suplantar conflitos entre os poderes¹⁸⁰, obrigando os ordenamentos a lidar com possíveis sobreposições.

Nesses termos é que, na prática, não se concretizou a expectativa inicial, influenciada pela separação de poderes e pela ideia francesa de sacralização da lei¹⁸¹, que aguardava dos juízes apenas a aplicação da lei tal como escrita.¹⁸² Quando a lei deixou de significar a correspondência exata da vontade geral para expressar o interesse público mediado pela vontade da maioria, em determinado momento e lugar, a jurisdição constitucional sobreveio como a interpretação da Constituição, mediada por critérios específicos de interpretação do Direito e pela compreensão particular do juiz.

¹⁷⁸ Cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior, ob. cit., I, 3794.

¹⁷⁹ Cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior, ob. cit., I, 3794.

¹⁸⁰ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito*, cit., p. 18.

¹⁸¹ Cf. Louis Favoreu, *As Cortes Constitucionais*, São Paulo, Landy Editora, 2004, p. 20.

¹⁸² Cf. Linn Hammergren, *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 173.

Assim, o objetivo inicial de reduzir uma indesejada influência política no âmbito do Poder Judiciário acabou sendo substituído por discussões sobre limites de atuação dos juízes e sobre ativismo judicial. E, para tratar de decisões, políticas ou jurídicas, é necessário ter, previamente, em consideração que apenas os indivíduos têm interesses e vontades. São eles que, a rigor, tomam as decisões, não os entes coletivos, como estados, partidos, órgãos ou grupos.¹⁸³

A principal crítica ao comportamento dos juízes não diz respeito à corrupção ou à adoção deliberada de posições político-partidárias ou, ainda, à interpretação que destoe completamente da moldura normativa. O que, comumente, inquieta a doutrina e os operadores do Direito é a influência subconsciente¹⁸⁴ de seus valores e ideologias nas decisões genuinamente preocupadas com as normas em cotejo e atentas aos métodos e aos limites de interpretação. Ou seja, não se desconfia dos juízes sob a crítica de que julgarão todos os casos com base em seus sentimentos pessoais¹⁸⁵ e fora do que prescrevem as normas, mas, questiona-se em que medida suas (válidas) concepções políticas influenciarão a própria interpretação das normas aplicáveis.

¹⁸³ Cf. Adriano Gianturco, ob. cit., p. 3 e 58.

¹⁸⁴ “A balanced realism *expects* that the bents of judges will influence their decisions in various ways that are not conscious or deliberate. At a subconscious level, this occurs through what can be loosely called (without theoretical pretensions) cognitive framing, which relates to the categories of thought and perception through which cognition takes place, including language, concepts, ideas, and beliefs. Cognitive framing accompanies, enables, and shapes thought and perception, triggering responses, influencing actions and decisions. It is informed by social categories and is implanted and perpetuated through socialization. This is not a flaw of human reasoning but a condition of thought that entails that there is no unmediated perception.” (Cf. Brian Z. Tamahana, *Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2010, p. 187). Luís Roberto Barroso exemplifica a ideia da influência das estruturas cognitivas prévias em relação aos ministros do Supremo Tribunal Federal com base na origem profissional: “Ministros que vêm da Magistratura, do Ministério Público, da advocacia privada, da advocacia pública ou da academia tendem a refletir, no exercício da jurisdição, a influência de experiências pretéritas [sendo que] Ministros que têm sua origem funcional no Ministério Público – como os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie – têm uma visão mais rígida em matéria penal do que os que vêm da advocacia privada ou da academia, como Carlos Ayres Britto e Eros Grau.” (Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 31-32 e nota 92).

¹⁸⁵ “Cognitive framing is distinct from willful judging—with a forthcoming caveat. Cognitive framing affects everyone and operates beneath consciousness. Willful judging, in contrast, is not ubiquitous and is not inevitable. The former influences a judge’s sincere, noninstrumental interpretation of the law and facts; with the latter, a judge brings an instrumental attitude to the law and facts, marshaling both to achieve a desired end. The former judge genuinely works to arrive at the strongest legal interpretation; the latter judge is oriented toward achieving an objective regardless of whether it is the strongest legal interpretation. In the former mode, the law is seen as a guidepost toward the decision that the judge is obligated to follow, whereas in the latter the law mainly operates as a constraint that must be slipped if necessary” (Cf. Brian Z. Tamahana, ob. cit., p. 188).

E, se esta preocupação é menor na jurisdição ordinária¹⁸⁶, no âmbito da qual a função limitadora¹⁸⁷ do Direito possui melhores condições de ser efetivamente exercida, ela é mais patente na jurisdição constitucional, especificamente, no controle de constitucionalidade das leis (ainda mais em sua modalidade abstrata), quando o juiz constitucional julga a própria lei, muitas vezes frente a princípios da Constituição que não foram orientados pelo constituinte, e sua concepção política é uma opção dentre outras igualmente válidas.¹⁸⁸

Nos ordenamentos filiados à tradição jurídica do *common law*, a força dos *precedents* levou à conceituação de ativismo judicial em sentido amplo, englobando desde as situações em que o Poder Judiciário atua no correto desempenho de suas funções, em âmbito interpretativo e integrativo, até as situações “em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional”¹⁸⁹, com o que é possível dizer que a expressão “ativismo” não é, necessariamente, negativa, já que pode estar contraposta ao indesejado “passivismo”, responsável pela “estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados”¹⁹⁰.

Portanto, apenas o critério da inovação no ordenamento jurídico não serve à caracterização do ativismo judicial, tendo em consideração que tanto a função jurisdicional quanto a função legislativa “criam” o Direito, diferenciando-se na medida em que a inovação na ordem jurídica é conferida em maior grau ao Poder Legislativo, que produz normas gerais e abstratas, e, em menor grau, ao Poder Judiciário, cujas decisões judiciais geram normas de caráter concreto.¹⁹¹

¹⁸⁶ A jurisdição ordinária engloba os órgãos jurisdicionais que julgam casos concretos com base na lei (Cf. Victor Ferreres Comella, *The consequences of centralizing constitutional review in a special Court: some thoughts on judicial activism*, in *Texas Law Review*, v. 82, 2003-2004, p. 1706). A propósito a distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, cf. Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 99 e s.

¹⁸⁷ “O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição. O ímpeto de conhecer e julgar uma causa não muda a regra sobre legitimação ativa ou sobre prejudicialidade” (Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 30).

¹⁸⁸ “Por exemplo: na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a posição contrária à lei que as autorizava foi liderada por Ministro [Carlos Alberto Menezes Direito] ligado historicamente ao pensamento e à militância católica, sendo certo que a Igreja se opõe às investigações científicas dessa natureza.” (Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 30-31).

¹⁸⁹ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 110.

¹⁹⁰ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo*, cit., p. 110.

¹⁹¹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria*, cit., p. 260-273.

No entanto, nos ordenamentos de tradição romano-germânica, nos quais a organização do Estado recebeu marcada influência da separação de poderes, com o poder de julgar exercido de forma supostamente neutra, Elival da Silva Ramos destaca uma concepção negativa do ativismo judicial:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes.¹⁹²

Luís Roberto Barroso, por outro lado, apresentando uma concepção positiva do conceito de ativismo judicial, diferencia judicialização e ativismo judicial apontando que, enquanto a judicialização “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de uma vontade política”¹⁹³, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”¹⁹⁴

Assim, embora não concorde com a extremação do ativismo judicial (quando pugna que entre interpretações válidas possíveis, o aplicador deve fazer valer as escolhas do legislador, detentor da representação e legitimidade democrática)¹⁹⁵, Luís Roberto Barroso justifica o ativismo judicial em decorrência da “retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”¹⁹⁶ e concluindo que a “ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”¹⁹⁷

Vê-se, pois, que, tanto na concepção caracterizada negativamente (ante o desvirtuamento das funções típicas dos Poderes do Estado), quanto na concepção, precipuamente, positiva (que leva em consideração os resultados do ativismo judicial em

¹⁹² Cf. *Ativismo judicial*, cit., p. 129.

¹⁹³ Cf. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009. p. 335.

¹⁹⁴ Cf. *O controle*, cit., p. 335.

¹⁹⁵ Cf. *O controle*, cit., p. 345.

¹⁹⁶ Cf. *O controle*, cit., p. 335.

¹⁹⁷ Cf. *O controle*, cit., p. 335.

relação à suposta concretização dos objetivos constitucionais), é comum compreender como ativista a atuação do juiz que ultrapassa os limites tradicionalmente impostos ao Poder Judiciário pela ordem constitucional, com (alguma) invasão do núcleo essencial das funções atribuídas, originalmente, aos Poderes Legislativo (principalmente) e Executivo.

2.2 Interpretação e aplicação do Direito

As leis positivas, em sentido genérico, são veiculadas por textos linguísticos de enunciados gerais. A extração de seu sentido e de seu alcance deve ser feita pelo executor da lei a partir do enquadramento de determinado fato ou caso concreto ao texto abstrato, isto é, na atividade de aplicação do direito, por meio da interpretação. Na lição clássica de Carlos Maximiliano:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extra da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.¹⁹⁸

A interpretação do Direito é, pois, o meio de determinar o sentido e o alcance dos enunciados linguísticos que emprestam significação jurídica aos fatos da ordem do ser. Conforme observa Hans Kelsen, “[o] que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui”, de modo que seu sentido jurídico específico é atribuído por uma norma que se relaciona a seu conteúdo e que, portanto, “funciona como esquema de interpretação.”¹⁹⁹

Trata-se, pois, de um modelo de conhecimento do Direito como um todo, não de determinada área ou subdivisão, de maneira que se pode falar que todo o Direito é guiado

¹⁹⁸ Cf. Carlos Maximiliano, *Heremênutica e aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 1.

¹⁹⁹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., p. 4.

pela interpretação. E, em decorrência desta natureza é que foram desenvolvidos métodos específicos de interpretação do Direito, podendo-se destacar os cânones sistematizados por Savigny, no século XIX, e amplamente utilizados no Direito brasileiro: interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática.²⁰⁰⁻²⁰¹

Embora, comumente, estes modelos tradicionais sejam vistos como de caráter exclusivamente privatista – e, portanto, inadequados para a interpretação da Constituição –, levando à formulação de métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucionais²⁰², há discordância sobre a exclusividade de princípios e métodos de interpretação específico do Direito Constitucional²⁰³, sem prejuízo de reconhecer que, ao menos em parte, “a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral”, de modo que é útil o esforço empreendido para elaborar teorias interpretativas adequadas à

²⁰⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 116. Importante apresentar a ponderação de Carlos Maximiliano ao tratar do tema, no sentido de que a divisão em “interpretações” é uma impropriedade, pois somente há uma interpretação que não se pode fracionar, mas que pode ser desenvolvida por distintos processos ou aproveitando-se de diversos elementos (Cf. ob. cit., p. 87). Assim, rigorosamente, trata-se de identificar o elemento ou o processo utilizado na atividade interpretativa: gramatical (ou filológico), sistemático, histórico e teleológico. Destarte, não há várias interpretações, mas vários processos de interpretação, entendendo-se deste modo as menções aqui feitas.

²⁰¹ A interpretação gramatical atenta-se à forma exterior do texto, às acepções dos vocábulos utilizados para compreender o sentido e o alcance da norma. A interpretação sistemática consiste na análise do dispositivo interpretado em seu contexto, em comparação com outros do mesmo conjunto. A interpretação histórica, por sua vez, recua na história para buscar as origens dos institutos interpretados. Finalmente, a interpretação teleológica busca encontrar a finalidade do dispositivo, o resultado que se pretendia atingir na sua aplicação prática, tentando-se observar o objetivo atual das disposições. (Cf. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 87-88, 105, 113, 125-126).

²⁰² Cf. Virgílio Afonso da Silva. *Interpretação constitucional*, cit., p. 116. A concepção de que a interpretação varia conforme o ramo do Direito já era encontrada na obra clássica de Carlos Maximiliano sobre o tema: “A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, *essencial* à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes.” (Cf. ob. cit., p. 246).

²⁰³ Com relação aos princípios, Virgílio Afonso da Silva apresenta sete princípios extraídos da doutrina de Konrad Hesse tidos como de interpretação constitucional, no Brasil (unidade da Constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa da Constituição e interpretação conforme a Constituição), e conclui que (i) não há diferença em relação aos modelos tradicionais de interpretação jurídica, (ii) a semelhança entre alguns deles não permite identificar a razão de uma classificação autônoma, e (iii) a interpretação conforme a Constituição não trata da interpretação da Constituição, mas da interpretação das leis. (Cf. *Interpretação constitucional*, cit., p. 121-133). Com relação aos métodos, a discordância do autor está ligada ao sincretismo metodológico, que consiste “na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem.” (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 625).

realidade de cada constituição, com foco na aplicação prática e sem a pretensão de exclusividade.²⁰⁴

Nesse contexto, parece importante, desde já, destacar, na linha do que se pretende propor com o presente trabalho, que, mais importante que o método ou a técnica utilizada, é relevante considerar a natureza da norma objeto da interpretação. Se há consenso sobre a multiplicidade de intérpretes da Constituição, assim como sobre as distintas capacidades e os distintos influxos de cada qual, o esforço deve centrar-se no estabelecimento de (i) mecanismos que reforcem o aproveitamento das melhores capacidades em cada etapa e (ii) mecanismos que possibilitem o controle recíproco do resultado da atividade interpretativa, sobretudo quando relacionada ao preenchimento de concepções políticas deixadas mais ou menos abertas pelo constituinte.

Diante disso, a discussão sobre a alocação do poder de decidir por último em relação ao conteúdo da Constituição (e, conseqüentemente, de impor uma determinada interpretação sobre o alcance das normas constitucionais, ainda que, no longo prazo, possa haver novas interpretações) não pode ser feita de maneira peremptória sem considerar o que está efetivamente envolvido no embate: a definição de concepções políticas sobre as quais há algum tipo de desacordo na sociedade e que o constituinte não resolver incluir dentre seus pré-compromissos.

Em outras palavras, antes de decidir sobre a legitimidade ou a capacidade de juízes e legisladores para decidir sobre a Constituição, faz-se necessário discutir a distinção entre os dois tipos normativos veiculados pela Constituição, princípios e regras, e, depois, a natureza e o conteúdo, especificamente, dos princípios, de modo a avaliar o que

²⁰⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *Interpretação constitucional*, cit., p. 141-143. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos observam que as normas constitucionais, como categoria de normas jurídicas, devem ser interpretadas com base nos conceitos clássicos da interpretação geral, porém, dadas suas singularidades – tais como a superioridade em relação às demais normas do ordenamento; a natureza da linguagem constitucional, tipicamente principiológica e aberta; o conteúdo específico; e o caráter político – surge a necessidade de desenvolvimento de mecanismos próprios de interpretação. (Cf. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional*, cit., p. 298-299). Na mesma linha, observa Adriana Rocha de Holanda Coutinho que a “base da interpretação constitucional não difere da interpretação geral do Direito”, ponderando, todavia, que o “escalonamento da ordem jurídica, que reserva para a norma constitucional o valor hierárquico mais alto, contribui (...) para que surjam características próprias de uma hermenêutica constitucional.” (Cf. Adriana Rocha de Holanda Coutinho, *A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado*, in Renan Lotufo [coord.], *Direito civil constitucional – Caderno 3*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 61).

efetivamente está em jogo e qual desenho institucional pode oferecer uma resposta que promova os melhores níveis de proteção de direitos e legitimidade democrática.

2.2.1. *Princípios e regras*

Embora a discussão entre princípios e regras não seja recente, certamente, ainda não encontrou um consenso ou atingiu seu final.²⁰⁵ Robert Alexy, a propósito do tema, apresenta alguns dos critérios de distinção entre princípios e regras (generalidade – “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”²⁰⁶ –; determinabilidade dos casos de aplicação; forma de surgimento; caráter explícito do conteúdo axiológico; referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; importância para a ordem jurídica; “o fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras”²⁰⁷; “o fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento”²⁰⁸).

Adriana Rocha de Holanda Coutinho também explica, resumidamente, os fundamentos de algumas destas distinções: ao baixo *grau de abstração* dos princípios contrapõe-se a concretude das regras (como consequência, as regras conferem maior segurança jurídica ao sistema, mas levam a seu fechamento interpretativo); ao menor *grau de determinabilidade* dos princípios apresenta-se a aplicação direta das regras (como consequência, a atuação dos mediadores é mais demanda na aplicação dos princípios para a concretização de seu conteúdo); o *grau de fundamentalidade* é maior nos princípios por serem compreendidos como normas fundamentais do ordenamento; os princípios são necessariamente *padrões juridicamente vinculantes*, calcados na ideia de “justiça”, enquanto as regras podem veicular matérias meramente funcionais; os princípios possuem *natureza normo-genética*, de modo que neles se baseia a criação de regras.²⁰⁹

²⁰⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras*, cit., p. 609.

²⁰⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva de *Theorie der Grundrechte*), São Paulo, Malheiros, 2008, p. 87.

²⁰⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 89.

²⁰⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 89.

²⁰⁹ Cf. Adriana Rocha de Holanda Coutinho, cit., p. 60-61.

No entanto, como ressalva Virgílio Afonso da Silva “não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna”²¹⁰, de modo que, aqui, reconhecendo a existência da tese da rejeição da possibilidade ou da utilidade de uma distinção entre princípios e regras, tratar-se-á, especificamente, de dois tipos de distinção: (i) “a separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico” e (ii) a separação entre regras e princípios baseada no grau de cada uma, de generalidade, abstração, fundamentalidade etc.²¹¹

A primeira tese de distinção é defendida por Ronald Dworkin e por Robert Alexy (embora com diferenças nas teorias de ambos, consoante se vê adiante) e, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva. A segunda é a mais difundida no Brasil²¹², sendo defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello e Humberto Ávila, ainda que se trate de graus diversos (fundamentalidade e abstração, respectivamente).

Pois bem. Para Ronald Dworkin, a diferença entre princípios e regras é de caráter lógico, na medida em que se tratam de normas com padrões de aplicação distintos, as regras à maneira do “tudo ou nada” e os princípios considerando uma dimensão de peso ou importância:

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

(...)

Um princípio (...) enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular. (...) Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio do nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menos força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmar que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.²¹³

²¹⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras*, cit., p. 614.

²¹¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras*, cit., p. 609.

²¹² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras*, cit., p. 609.

²¹³ Cf. Ronald Dworkin, *Levando*, cit., p. 39, 41-42.

As regras têm, pois, uma dimensão de validade: valem ou não valem. Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão de peso ou importância, de modo que a resolução do conflito deve levar em consideração a força relativa de cada princípio no caso concreto, sem que o princípio não prevalente tenha que ser afastado do ordenamento jurídico, pois pode prevalecer em outras circunstâncias concretas.²¹⁴

Na mesma trilha, para Robert Alexy, “[t]oda norma é ou uma regra ou um princípio”²¹⁵ “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”²¹⁶:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²¹⁷

Conforme observa Alexy, “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”²¹⁸, à medida que, enquanto os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade (declaração de validade de uma e invalidade de outra ou estabelecimento de uma cláusula de exceção), as colisões entre princípios são resolvidas mediante a definição de uma relação de precedência apenas para o caso concreto específico, por meio de um sopesamento entre os princípios colidentes.²¹⁹

Portanto, ainda que com algumas nuances, assim como Dworkin, Alexy considera que a distinção entre regra e princípio é qualitativa e não de grau; está em sua estrutura, uma vez que “[o] ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são

²¹⁴ Cf. Ronald Dworkin, *Levando*, cit., p. 43-44.

²¹⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 91.

²¹⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 87.

²¹⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 90-91.

²¹⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 91.

²¹⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 92-94.

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²²⁰.

Na doutrina brasileira, “‘princípios’ são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda como ‘núcleos de condensações’”, trazendo, de maneira geral, a despeito da nomenclatura, a ideia de princípios como as normas mais fundamentais do sistema “enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.”²²¹ Como se vê, comumente, trata-se de uma diferenciação em torno do grau de fundamentalidade.²²²

No entanto, há outra proposta de definição que não considera uma diferença de grau de importância, mas, sim, de outro tipo: *grau de abstração*. Na linha do proposto por Humberto Ávila, o elemento distintivo de princípios e regras é o grau de abstração da previsão normativa com relação à concretização de fins ou condutas (isto é, o grau de determinação da conduta devida), à medida que, tanto regras como princípios precisam de condições reais para sua incidência, mas nas primeiras isso se dá em maior grau e nos segundos em menor:

[P]ode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.

As regras podem ser definidas como normas mediamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras

²²⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria*, cit., p. 90.

²²¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras*, cit., p. 612.

²²² Carlos Maximiliano, ao abordar o papel dos princípios gerais de direito na interpretação, reconhece que o sistema jurídico possui “um complexo de altos ditames” que identifica como princípios superiores. E estes princípios, por serem pressupostos da ordem jurídica, funcionam como diretivas para o hermeneuta, em uma escalada interpretativa-indutiva, donde se extrai a ideia de que há princípios (nesta conformação de fundamentalidade) desde um instituto jurídico até o Direito em sua plenitude, passando, pois, por seus ramos, como o Direito Constitucional. (Cf. ob. cit., p. 240). Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao mesmo tempo em que indicam uma diferença de grau, também identificam uma diferença qualitativa que impediria a aplicação dos princípios na lógica do tudo-ou-nada, de modo que sua aplicação se deverá dar por intermédio da ponderação, com base nas circunstâncias efetivas do caso concreto (Cf. *O começo*, cit., p. 281).

normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.²²³

Aqui, adotaremos a definição de princípios e regras na linha por Humberto Ávila, pois parece permitir maior racionalização e segurança na instituição de mecanismos, no controle de constitucionalidade de leis, que sejam capazes de estimular o diálogo entre o legisladores e juízes, mais especificamente, no caso brasileiro ora em consideração, entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

No caso das distinções qualitativas, não há uma definição consistente e inequívoca, pois as categorias são explicadas relacionalmente e não por suas características próprias (o que aumenta a discricionariedade do intérprete na solução do conflito entre princípios, pois a prevalência do princípio no caso concreto não pode ser determinada). A mesma discricionariedade acompanha os princípios definidos pelo grau de sua fundamentalidade, pois quando o ordenamento não os hierarquizar tal tarefa restará ao intérprete sem que tenha parâmetros bem definidos guiando sua ação.²²⁴

Assim, a estrutura das regras e dos princípios proposta por Ávila deixa mais evidente a noção de que os conceitos políticos são preenchidos por concepções políticas dos intérpretes, sejam os legisladores, sejam os juízes, sendo que, no caso dos princípios, a maior dependência da relação com outras normas, bem como de atos institucionais de interpretação, lança a luz sobre a legitimidade democrática e direciona a proposição de mecanismos de compartilhamento da atividade interpretativa final.

²²³ Cf. Humberto Bergmann Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999, p. 166-167.

²²⁴ É bem verdade que Robert Alexy procura desenvolver um método de aplicação do Direito com o objetivo de evitar ou diminuir a irracionalidade dos juízos de interpretação. Trata-se do princípio da proporcionalidade, que é subdividido em três outros princípios parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, fase derradeira na qual se estabelece uma lei de ponderação (Cf. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade, in *Revista de Direito Privado*, v. 24, São Paulo, Revista dos Tribunais, out/dez 2005, p. 338-340). Humberto Ávila, porém, tentando desfazer as confusões na aplicação pelos tribunais pátrios do que se denomina “princípio da proporcionalidade” define o “dever de proporcionalidade” como um “postulado normativo aplicativo” que “impõe uma *condição* formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas”, isto é, uma condição instituída pelo próprio Direito para que seja devidamente aplicado (Cf. A distinção, cit., p. 167).

2.2.2 Natureza e conteúdo dos princípios constitucionais

Retomando a definição de Humberto Ávila, é possível compreender os princípios como normas que se ligam diretamente aos fins que pretendem realizar, mas apresentando pouca determinação das condutas para a efetiva concretização, o que demanda uma maior relação com outras normas e atos institucionais de interpretação.

Os princípios, pois, possuem natureza normativa e o seu conteúdo é a realização de determinados fins eleitos pelo constituinte, isto é, de estados desejados. Mas, estes fins conformam baixo grau de abstração de condutas humanas diretas, permitindo, vislumbrar, de um lado, que não exprimem comandos concretos e, de outro, que atribuem aos seus intérpretes um maior espaço para a definição de quais serão as atividades necessárias para a consecução dos fins.

Nessa linha, “os princípios não são – ou *ainda* não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas *pontos de partida* ou pensamentos diretores, que sinalizam – aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso.”²²⁵

Com relação aos princípios constitucionais, mais especificamente, evidencia-se uma dimensão institucional diretamente ligada à criação e à manutenção de uma unidade política, uma vez que é justamente seu maior grau de indeterminação que viabiliza os acordos entre os grupos ideologicamente distintos da sociedade, sem os quais não haveria consenso suficiente para a promulgação da Constituição.²²⁶ Atribui-se, então, aos princípios, uma natureza diretiva na tarefa de interpretação em virtude de seu conteúdo indeterminado, porém ligado a uma determinada ordem política eleita pela Constituição.

A variação de amplitude dos efeitos e do grau de influência dos princípios constitucionais materiais permite classificá-los em (i) princípios fundamentais (as principais decisões políticas que determinam a estrutura essencial do Estado – tais como forma, regime e sistema de governo, por exemplo – e os objetivos fundamentais da

²²⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 100.

²²⁶ Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 101.

República); (ii) princípios gerais (com menor grau de abstração, são desdobramentos dos princípios fundamentais e, por isso, irradiam-se por toda a ordem jurídica, tais como a legalidade, a liberdade, a isonomia etc.) e (iii) princípios setoriais (também denominados especiais, são aqueles relacionados apenas a um conjunto de normas afetas a determinado tema, irradiando-se, por isso, apenas limitadamente, no seu campo de atuação, tais como a legalidade tributária ou a reserva legal em matéria penal).²²⁷

Os princípios constitucionais seriam, então, instrumento diretor da atividade interpretativa (pois o intérprete somente chegará aos princípios constitucionais após ultrapassar outras fases de interpretação e mesmo princípios mais específicos), cujo conteúdo pode ser identificado às decisões políticas fundamentais.²²⁸ Ante sua menor densidade normativa, os princípios promovem uma abertura da Constituição ao possibilitar que o aplicador do Direito, na tarefa de interpretação, encontre um sentido implícito que nele está contido.²²⁹

Ainda que as classificações não permitam identificar um consenso ou uma convergência absoluta, das diversas concepções apresentadas (não exaustivamente) pode-se extrair que, quanto ao seu conteúdo, os princípios possuem uma dimensão política e uma dimensão jurídica, ante a identificação de um núcleo essencial (dimensão jurídica) e um campo de maior abstração preenchido por atividade do intérprete de acordo com uma

²²⁷ Cf. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo*, cit., p. 304-306.

²²⁸ José Afonso da Silva, tratando mais especificamente da Constituição brasileira de 1988 refere-se a expressão “princípios fundamentais” constante do Título I como mandamentos nucleares, mas, antes, tratando da confusão conceitual do termo “princípio”, distingue entre (i) normas constitucionais de princípio (nas quais o termo “princípio” tem a acepção de início ou começo, trazendo apenas a projeção que será continuada pela legislação infraconstitucional); (ii) normas constitucionais de princípios gerais, também denominadas normas-princípios (normas fundamentais das quais derivam logicamente as normas particulares de desdobramento analítico) e (iii) princípios gerais do direito constitucional (aqueles constantes de uma teoria geral do direito constitucional e que não são, portanto, normas). (Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 93-98, e Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 118-121). Quanto à natureza, tanto as normas constitucionais de princípio (institutivo ou organizativo) quanto as normas-princípios são, efetivamente, *normas*, diferindo-se porque, enquanto as primeiras são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta (isto é, dependem de legislação ou de outra providência), as segundas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já os princípios gerais de direito constitucional não possuem natureza normativa, mas informadora. (Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade*, cit., p. 119-120).

²²⁹ Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 98. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos dividem os princípios constitucionais em princípios instrumentais de interpretação constitucional e princípios constitucionais materiais. Os primeiros são mandamentos dirigidos ao intérprete e constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder e permear o processo interpretativo da Constituição. Já os segundos expressam valores ou indicam fins a serem alcançados pelo Estado e, ao se propagarem pelo ordenamento, interagem entre si e pautam a atuação de todos os órgãos de poder, inclusive do Poder Judiciário. (Cf. *O começo*, cit., p. 298-299 e p. 304).

das diversas concepções políticas existentes na sociedade sobre estes próprios valores fundamentais (dimensão política).

Assim, na linguagem de conceito político e concepção política formulada anteriormente, os princípios exprimem conceitos políticos a serem perseguidos por todos os intérpretes da Constituição, mas não definem, previamente, as concepções políticas a serem utilizadas para o atingimento das finalidades. Ao definir os princípios constitucionais, portanto, o constituinte elegeu um destino, mas não especificou o caminho, delegando essas tarefas àqueles que, efetivamente, conduzirão a cada momento.

2.2.3 Princípios constitucionais e concretização da Constituição

como dito alhures, o reconhecimento da supremacia da Constituição nada diz sobre o órgão responsável por sua defesa no arranjo institucional²³⁰, ou seja, dizer que a Constituição é suprema ou hierarquicamente superior não atribui a exclusividade ou a definitividade de sua interpretação aos legisladores, na tarefa de sua concretização mediante a edição de leis, e tampouco ao juízes, no exercício do controle de constitucionalidade. Assim, não há, *a priori*, legitimação pressuposta, de modo que o desenho institucional escolhido se trata também de uma concepção política.

Ao analisar os processos informais de mudança da Constituição, Anna Cândida da Cunha Ferraz reconhece o compartilhamento da tarefa interpretativa da Constituição em diversos níveis e distingue como espécies de mutação constitucional a interpretação constitucional e o costume constitucional. Quanto à interpretação constitucional identifica a administrativa, a autêntica, a popular, a doutrinária, a legislativa e a judicial.²³¹

²³⁰ Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 321.

²³¹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo, Max Limonad, 1986. Considerando que a proposta do presente trabalho é estabelecer mecanismos que estimulem ou provoquem o diálogo entre Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal interessam, precipuamente, a interpretação constitucional legislativa e a judicial, na medida em que, a depender das circunstâncias, indicarão o movimento da última palavra para um ou para outro. Contudo, a consideração dos demais intérpretes é essencial não apenas para ajudar na justificação desses mecanismos, mas, também, para manter a Constituição como norma viva e compartilhada.

A interpretação constitucional administrativa é “operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”.²³²

A interpretação constitucional autêntica é aquela “oferecida pelo próprio órgão do qual procede a disposição normativa a ser interpretada”, ou seja, ocorre “(a) quando o próprio órgão competente para editar a norma desenvolve atividade, (b) para o fim de interpretá-la, (c) sem todavia pretender mudar a letra do texto a ser interpretado”. A discussão principal quanto ao tema é se o poder de reforma constitucional pode desenvolver interpretação constitucional autêntica nos casos de emenda da Constituição (como, por exemplo, no caso da superação de decisão de inconstitucionalidade), o que passa pela definição se a tarefa de reforma constitucional é atividade criativa ou interpretativa.²³³

A interpretação constitucional popular “costuma englobar não somente a interpretação constitucional desenvolvida diretamente pelo povo, mas também a interpretação constitucional impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública, etc.” e que se dá “mediante instrumentos e mecanismos apropriados, previstos na ordem constitucional, que lhe permitem influir na elaboração constitucional”, como, por exemplo, “referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*”.²³⁴

Na literatura anterior às Revoluções liberais²³⁵, proponente de um individualismo extremado para romper com a estrutura medieval, a existência de grupos com interesses

²³² Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 148.

²³³ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 165-168.

²³⁴ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 169-171.

²³⁵ “If the Sovereign Power be in a great Assembly, and a number of men, part of the Assembly, without authority, consult a part, to contrive the guidance of the rest; This is a Faction, or Conspiracy unlawfull, as being a fraudulent seducing of the Assembly for their particular interest.” (Cf. Thomas Hobbes, *Leviathan or the matter, forme & power of a common-wealth ecclesiastical and civil*, Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>>).

“Mas, entretanto, a multidão aumenta com a afluência de estrangeiros, os quais adotam paulatinamente os costumes daquela gente, até que, por fim, já não se distinguem por nenhuma outra diferença a não ser o não possuírem direito de alcançar as honras. E, enquanto o número deles cresce de dia para dia, o dos cidadãos, pelo contrário, diminui e, por múltiplas causas - uns porque as famílias muitas vezes se extinguem, outros porque são excluídos por crimes, a maior parte pela pressão das coisas domésticas -, negligenciam a

distintos era tratada negativamente. Preocupava que facções assumissem o controle do Estado e, com base em seus interesses pessoais, agissem contra os interesses da comunidade, isto é, funcionassem como “partes *contra* o todo, e não partes *do* todo.”²³⁶ Assim, o constitucionalismo liberal, enquanto pregava a separação do corpo político como meio de limitar o poder, postulava unidade no interesse público. Posteriormente, porém, quando a “compreensão de que a diversidade e a dissensão não são necessariamente incompatíveis com a ordem política, nem necessariamente a perturbam”²³⁷,

Ademais, o reconhecimento do Direito como realidade viva e do cumprimento da Constituição como interesse do próprio povo, simultaneamente, fonte e destinatário dos fins a perseguir, permite conceber que múltiplos atores e grupos sociais participem do processo de interpretação da Constituição, não apenas difusamente como fonte de mudanças, mas, também, de forma direta e organizada, inclusive, no controle de constitucionalidade.

A interpretação constitucional doutrinária é aquela desenvolvida pela sistematização e pela teorização promovidas pelos juristas. Trata-se de forma indireta de interpretação, pois não aplica concretamente as normas constitucionais e não é vinculante, mas tem influência na interpretação legislativa, judicial e administrativa.²³⁸

A interpretação constitucional legislativa, por sua vez, ao lado da judicial mais relevante para os fins aqui perseguidos, “consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e,

república, enquanto os mais potentes não procuram senão reinar sozinhos. Assim, paulatinamente, o estado é entregue a uns poucos e, por fim, devido às facções, a um só.” (Cf. Benedictus de Spinoza, *Tratado político* [trad. port. Diogo Pires Aurélio de Tractatus politicus], São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 95).

“É igualmente verdade que não se poderia, em semelhante caso, observar com bastante cuidado todas as formalidades requeridas para distinguir um ato regular e legítimo de um tumulto sedicioso, e a vontade de todo um povo dos clamores de uma facção” (Cf. Jean-Jacques Rousseau, ob. cit., p. 120).

“Among the numerous advantages promised by a well constructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the violence of faction (...) By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.” (Cf. James Madison, *Federalist* nº 10, ob. cit.).

²³⁶ Cf. Giovanni Sartori, *Partidos e sistemas partidários* (trad. port. David Fleischer de Parties and party systems), Rio de Janeiro, Zahar, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 33-34.

²³⁷ Cf. Giovanni Sartori, *Partidos*, cit., p. 33-34.

²³⁸ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 171-172.

consequentemente, dar-lhe aplicação.”²³⁹ Essa tarefa deriva da própria Constituição que, por sua natureza aberta, não esgota o conteúdo de suas normas, mas apenas determina, em maior ou menor grau, as características dos atos necessários para sua concretização.

Tomando-se como base a definição de princípio formulada por Humberto Ávila, pautada no grau de abstração, é possível dizer que a principal forma de densificação dos princípios constitucionais se dá por meio da atividade do legislador infraconstitucional que, por atos normativos legislativos, interpreta a Constituição, concretizando-a e aplicando-a.

Conforme observa Anna Cândida da Cunha Ferraz, “o órgão legislativo, ao desdobrar o sistema proposto pela Constituição, terá que interpretá-la, terá que atribuir sentido concreto à linguagem do constituinte, decidir e determinar o curso da criação e da aplicação subsequente da norma constitucional; em suma, interpretará o alcance das normas constitucionais ao expedir a lei que tenha por objetivo sua aplicação.”²⁴⁰

A Constituição brasileira de 1988 é tipicamente analítica e contempla princípios e regras; estas menos dependentes de outras interpretações para a determinação das condutas devidas e aplicação da Constituição; aqueles mais dependentes de outras interpretações para a concretização do texto constitucional, sendo a primeira delas a interpretação constitucional legislativa, isto é, promovida pelo legislador infraconstitucional.

A preponderância da interpretação constitucional legislativa encontra respaldo, ainda, na legitimidade democrática²⁴¹, uma vez que o Poder Legislativo²⁴² se trata do órgão, por excelência, eleito pelo povo, concretizando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a democracia representativa, com institutos da democracia semidireta²⁴³, na forma do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988²⁴⁴.

²³⁹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 65.

²⁴⁰ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 65.

²⁴¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 90.

²⁴² Cabe ressaltar que, no modelo brasileiro, o Poder Executivo também possui intensa participação na aplicação da Constituição, seja diretamente, via interpretação constitucional administrativa, seja por sua intensa participação no processo legislativo, o que, no entanto, não interfere na legitimidade democrática, já que, igualmente, se trata de representante eleito diretamente pelo povo, ainda que pelo sistema majoritário.

²⁴³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 95-97.

²⁴⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

A interpretação constitucional legislativa, no entanto, não é a única forma de dar aplicação à Constituição. A interpretação judicial, desenvolvida pelo Poder Judiciário, também é central nesta atividade em virtude, principalmente, da repercussão das decisões judiciais e de suas características específicas, sobretudo nos ordenamentos que, como o brasileiro, admitem o controle de constitucionalidade de atos normativos em face da Constituição, ou seja, controlando, justamente, a interpretação legislativa.²⁴⁵

De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, “revela-se a interpretação judicial nas decisões – sentenças, arestos, acórdãos – que aplicam a Constituição ao caso concreto, o que pode ocorrer de dois modos: ou mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.”²⁴⁶

O maior problema da interpretação judicial está relacionado à sua extensão e aos seus limites, o que está sempre ligado à disciplina da própria Constituição. Primeiramente, quanto mais sintética e genérica a Constituição, mais extensa e profunda a interpretação judicial que determina sua aplicação.²⁴⁷

Ademais, o grau de abstração das normas constitucionais também influi na consideração da extensão e dos limites da interpretação judicial, na medida em que não se pode negar a importância do Poder Judiciário na interpretação de determinadas expressões abertas.²⁴⁸ Assim, o maior grau de abstração dos princípios constitucionais fornece um espaço mais amplo de interpretação pelos diversos órgãos responsáveis pela aplicação da Constituição. Nesse sentido, conforme observa Inocêncio Mártires Coelho

pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em *dois tempos* e a *quatro mãos*: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, naturalmente, como *normas do caso* ou *normas de decisão*, pelos intérpretes e aplicadores do Direito. Ou, se preferirmos – parafraseando Eduardo Couture –, os princípios são as regras a *longo prazo*, porque embora pareçam precedê-las – como enganosamente sugere o seu nome – em verdade é delas que eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Brasil, 1988, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>)

²⁴⁵ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 102-103.

²⁴⁶ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 104.

²⁴⁷ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 105.

²⁴⁸ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 110.

tribunais, ao construírem as *regras de decisão*, que lhes permitem realizar a justiça em sentido material, dando a cada um o que é seu.”²⁴⁹

Assim, de um lado, a inclusão de princípios nas constituições deixa aberta aos intérpretes a possibilidade de escolha de distintas concepções políticas para alcançar as finalidades propostas, desde que, claro, estejam em conformidade com o preconizado pelo princípio. De outro lado, dada a função específica das regras de “eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custo e controle do poder”²⁵⁰, a existência de regras nas constituições implicar dizer que o próprio legislador constituinte, em muitos casos, já procedeu à concretização de determinados princípios, por meio de uma ponderação pré-legislativa que retira espaço da moldura interpretativa dos futuros aplicadores.

Nas situações reguladas por regras constitucionais, então, não é possível “a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder”²⁵¹, donde se conclui que em um conflito entre uma regra constitucional e um princípio constitucional deve prevalecer a regra.

Pela mesma razão de escolha jurídico-política, os princípios constitucionais não têm o condão de mudar as hipóteses e o sentido das regras constitucionais. No caso de regras infraconstitucionais, por outro lado, os princípios constitucionais servem à interpretação, bloqueio e integração, entretanto

O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.²⁵²

Assim, é possível uma aplicação direta dos princípios constitucionais, por meio de sua função bloqueadora e integradora, desde que a solução legislativa seja incompatível com a Constituição. Porém, se, por outro lado, a opção legislativa é compatível com o

²⁴⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 100.

²⁵⁰ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entra a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. “Neoconstitucionalismo”, p. 4.

²⁵¹ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 5.

²⁵² Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 6.

texto constitucional, ela não pode ser simplesmente desconsiderada e substituída por outra opção do aplicador, mesmo que esta opção seja igualmente compatível com a Constituição.

O paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, em primeiro lugar porque, em verdade, não se trataria de uma informação de todo o ordenamento jurídico pela Constituição, mas, sim, do escalonamento de todo o sistema em um único nível, onde sempre estarão previstas as normas que orientarão a decisão, porque sempre que os princípios constitucionais possam ser fundamento, eles deverão ser utilizados e, dada sua abrangência característica, com diferentes opções interpretativas distintas, mas viáveis, eles sempre poderão servir de fundamento, relegando todos os demais enunciados normativos a um papel secundário em face dos princípios constitucionais.²⁵³

Em segundo lugar, a ponderação como critério geral afronta “o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa”, na medida em que tornará inócuo o papel do Poder Legislativo, isto é, eliminará a ponderação legislativa feita pelo legislador, eleito diretamente pelo povo, com base no princípio democrático, já que as regras sempre poderão ser afastadas para a ponderação dos princípios:

Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (outra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir como referência superior pela inexistência ou relevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a.²⁵⁴

Em terceiro lugar, tomar a ponderação como um critério geral de aplicação do Direito leva a um subjetivismo que, por sua vez, afeta o caráter normativo do próprio Direito, porquanto o peso dos princípios será atribuído pelo próprio aplicador no caso concreto e não haverá critérios intersubjetivamente controláveis para a execução.²⁵⁵

Vê-se, pois, que a concretização e a aplicação da Constituição são tarefas conjuntas, principalmente dos Poderes do Estado, ainda que não apenas deles. Com relação aos princípios constitucionais, esta tarefa de aplicação está mais ligada aos Poderes Legislativo

²⁵³ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 7-8.

²⁵⁴ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 8-9.

²⁵⁵ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 9-10.

e Judiciário ante a maior interação com outras normas e atos de interpretação no estabelecimento dos comportamentos devidos. Mas, isso ainda não responde nos casos difíceis, quando há dúvida sobre a conformidade da lei com a Constituição, a quem deve ser conferida a última palavra: juízes ou legisladores?

3 A ÚLTIMA PALAVRA EM MOVIMENTO

3.1 A última palavra nas mãos dos legisladores

Como visto no capítulo 1, a trilha da separação de Poderes não é plana e tampouco aberta. As transformações sociais e políticas alteram a relação de forças entre os atores políticos e proeminências vão surgindo como respostas a problemas práticos que se lhes impõem na tomada de decisões em nome da coletividade.

Se, no longo prazo, esses movimentos tendem a fortalecer os regimes democráticos, na medida em que sedimentam qualidades, criam novas capacidades e complexificam interrelações em benefício da limitação do poder, no curto prazo, levam a algum protagonismo, uma vez que as expectativas e os anseios dos destinatários das decisões políticas voltam-se para aquele visto como detentor da última palavra.

Poder-se-ia argumentar que, no longo prazo, as distorções serão corrigidas, considerando que a última palavra nunca é, efetivamente, definitiva e as manifestações vão transitando entre os agentes e no tempo, mas, sem a busca da atuação concertada entre os Poderes, no curto prazo, haverá sempre o risco de desvios inesperados, desnecessários e que, no limite, podem levar a becos sem saída.

Neste contexto, parece útil, neste capítulo, recorrer a alguns dos argumentos que atribuem a última palavra sobre a interpretação da Constituição (ainda que momentaneamente), ora a legisladores e parlamentos, ora a juízes e cortes constitucionais²⁵⁶, como base para uma proposta de diálogo (mais) imediato.

²⁵⁶ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., capítulos II e III. Em relação à inclinação para juízes e cortes, Conrado Hübner Mendes identifica vinte e um argumentos, dos quais treze são favoráveis aos juízes, quatro contrários aos legisladores e outros quatro contrários à regra da maioria. Em relação à propensão para legisladores e parlamentos, são identificados dezessete argumentos, sendo cinco a favor da representação política, três a favor da regra da maioria e nove contrários aos juízes e cortes. A tarefa, aqui, não é repetir o trabalho já desenvolvido, mas, com base nele, identificar as intersecções entre os argumentos que justificam o desenho institucional da separação de poderes a ser proposto que busca promover o diálogo no curto prazo, sem ignorar que este é o momento da última palavra.

Com a evolução do modelo de democracia representativa, primeiramente, demandando um processo de seleção de governantes e, depois, oferecendo aos eleitores a escolha entre programas governamentais distintos²⁵⁷, a conexão entre legisladores e democracia parece mais óbvia e natural. A representação eleitoral e a regra da maioria refletindo, respectivamente, a participação do povo nas decisões políticas e sua igualdade nesse processo enfrentam menor necessidade de justificação, por, hipoteticamente, permitirem aos legisladores encarnar a própria democracia.²⁵⁸

A conexão mais direta com o princípio democrático, contudo, não significa a inexistência de problema no conceito de representação²⁵⁹ e tampouco a desnecessidade de controles efetivos e concretos sobre a atividade do legislador. Do encontro entre constitucionalismo e democracia, extrai-se que nem mesmo ao povo é dado fazer tudo. As constituições impõem restrições que devem ser seguidas e esta observância somente pode ser garantida se houver quem, efetivamente, olhe por elas, com poderes suficientes para conter abusos, se e quando existentes.

Diante disso, a atribuição da última palavra aos legisladores e aos parlamentos no desenho do controle de constitucionalidade das leis deve ter como premissa a existência de limites à representação e à regra da maioria. Estes limites são aqueles impostos por pré-compromissos constitucionais, seja por meio de princípios constitucionais (indicando conceitos políticos a serem perseguidos na interpretação constitucional pelo povo e seus poderes constituídos), seja por meio de regras constitucionais (que já conferem alguma concretude a tais princípios, com a escolha de concepções políticas pelo próprio constituinte).

²⁵⁷ “Na evolução do modelo democrático pautado na ideia de representação, novo impacto é produzido pela introdução da figura do partido político que detona mais uma etapa na construção ideológica do princípio, a esse passo não mais demarcado como processo de seleção de governantes, mas como uma verdadeira opção entre programas governamentais – programas partidários.” (Cf. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas eleitorais*, cit. p. 17). Ao tratar dos partidos políticos, Maurice Duverger anota que sua presença transforma a natureza da representação, que, antes compreendida como fenômeno sociológico, passa a definir “a semelhança entre as opiniões políticas da nação e as do parlamento.” (Cf. *Os partidos políticos* [trad. Cristiano Monteiro Oiticica], Rio de Janeiro, Zahar, 1970, p. 406).

²⁵⁸ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 89.

²⁵⁹ Conforme alerta Norberto Bobbio, “[a] literatura jurídica, sociológica e politológica sobre o conceito, ou melhor, sobre o termo ‘representação’, é tão abundante que, se eu quisesse dela dar conta apenas em linhas gerais, seria obrigado a escrever toda uma monografia.” (Cf. *O futuro*, cit., p. 57). Conrado Hübner Mendes, na mesma linha, destaca tendência à superficialidade da literatura “a assumir como postulado não problemático o legislador como institucionalização da vontade popular majoritária por excelência.” (Cf. *Direitos fundamentais*, cit., p. 90).

3.1.1 O exercício da democracia

O primeiro ponto atinente à defesa dos legisladores para decidir, finalmente, sobre questões de controle de constitucionalidade repousa na ideia de representação eleitoral, isto é, no exercício da própria democracia como valor intrínseco, basicamente sob o argumento de que a tomada de decisão por meio de representantes eleitos é “o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia”²⁶⁰, como manifestação do próprio povo, ainda que de forma indireta.

Se, na prática, o tamanho, a complexidade e os objetivos dos Estados²⁶¹ não permitem o governo direto de seus cidadãos (a democracia “pura”), pode-se argumentar que a segunda melhor forma de exercício do poder é a democracia representativa: periodicamente, o povo se manifesta por meio das eleições, elegendo seus representantes, por meio dos quais, governa indiretamente, mas, ainda assim, governa.

Evidentemente, as noções de “vontade da maioria” e de “vontade geral” possuem problemas. Mas, se, na democracia direta, com o próprio povo reunido em assembleia, os problemas persistem, eles não estão localizados, *per se*, na ideia de representação e, sim, na regra da maioria, cujas implicações serão abordadas adiante. Ademais, ainda que a representação eleitoral não resolva o problema da maioria, o processo ainda é válido porque “disciplina e estimula a competição política em bases equitativas, e permite ao eleitor escolher e rejeitar os competidores”²⁶², ou seja, a representação também fomenta a igualdade, em forma de participação política.

A defesa dos legisladores também afasta a oposição entre democracia representativa e democracia deliberativa e argumentativa. A representação não deveria ser vista apenas sob uma perspectiva formalista, isto é, de mero processo de tomada de decisão política decorrente da inviabilidade da democracia direta, mas, sim, com base em um entendimento material, isto é, a compreensão de que se trata de um processo capaz de, substancialmente, levar à melhor decisão.

²⁶⁰ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 92.

²⁶¹ Cf., a propósito, Benjamin Constant, ob. cit.

²⁶² Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 93.

Nessa versão substancial da noção de representação, os ideais de deliberação e argumentação seriam melhor desenvolvidos pelos representantes do que pela própria assembleia do povo, não no sentido de uma visão elitista da superioridade daqueles, mas, sim, sob a visão de que, mesmo se valendo da regra da maioria, a decisão no fórum de representação não é simplista na lógica do sim ou não, considerando, na verdade, uma importante dimensão de discussão e julgamento político que a assembleia não pode promover em decorrência da sua ligação direta e imediata com as questões decididas.

Assim, a representação é mais adequada para a tomada das decisões políticas porque os cidadãos não possuem o compromisso do debate e do convencimento: se vão decidir com base na regra da maioria, podem fazê-lo direta e imediatamente com base em suas concepções. De forma diversa, a própria ideia de representação implica que os representados não estão todos participando do processo de votação e, conseqüentemente, sobressai a necessidade de justificação, de debate e de convencimento, previamente à votação em si. A representação eleitoral, portanto, esfria os ânimos da política e valoriza não só o resultado pela maioria, mas, também, o processo de discussão.

3.1.2 A maioria e a igualdade

A regra da maioria está intrinsecamente ligada à representação, mas enquanto esta reforça a dimensão de participação, aquela reforça a dimensão de igualdade²⁶³ na tomada de decisões políticas em nome da coletividade. Esta ligação tão próxima pode, inclusive, ter obstado maior reflexão na filosofia política sobre a regra da maioria, comumente tida como algo natural e intuitivo.²⁶⁴⁻²⁶⁵

²⁶³ “[T]he fairness/equality defense of the majority-decision rule is well known. Better than any other rule, MD is neutral as between the contested outcomes, treats participants equally, and gives each expressed opinion the greatest weight possible compatible with giving equal weight to all opinions.” (Cf. Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, in *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, apr. 2006, p. 1388).

²⁶⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 94. Cf., ainda, Hannah Arendt: “We find it difficult to perceive how much was at stake in this early shift from the republic to the democratic form of government because we commonly equate and confound majority rule with majority decision. The latter, however, is a technical device, likely to be adopted almost automatically in all types of deliberative councils and assemblies, whether these are the whole electorate or a town-hall meeting or small councils of chosen advisers to the respective rulers. In other words, the principle of majority is inherent in the very process of

Jeremy Waldron, no entanto, destaca “que não há nada especificamente democrático na decisão majoritária”²⁶⁶ e lembra que, para Hobbes, opositor da ideia de legislação por assembleias – e, conseqüentemente, à regra da maioria –, “em muitos casos, ‘os votos não são tão desiguais a ponto de os vencidos não terem esperanças de, pela ascensão de alguns da sua opinião, em outra sessão, poderem a vir ser o partido mais forte.’”²⁶⁷ Assim, os vencidos tentam levar novamente o assunto à discussão “para que o que foi confirmado antes pelo número de seus adversários então presentes possa agora, em certa medida, se tornar sem efeito.”²⁶⁸⁻²⁶⁹

Qualquer semelhança com a realidade atual de parlamentos de diversos países não é mera coincidência. Mas, também não é menos verdadeira a afirmação no que tange às cortes judiciárias. Assim como nos parlamentos, a minoria nem sempre se dá por vencida após perder uma votação, aguardando apenas a melhor oportunidade (e o melhor local) para revisitar o tema, nos órgãos colegiados dos tribunais, que decidem por maioria, comumente, a minoria aguarda uma oportunidade de que a questão na qual restou vencida seja submetida a novo julgamento para formar uma nova maioria. Então, se a decisão majoritária não é, necessariamente, democrática, qual sua vantagem? Basicamente, um valor que lhe subjaz: a igualdade.

decision-making and thus is present in all forms of government, including despotism, with the possible exception only of tyranny.” (Cf. *On Revolution*, London, Penguin Books, 1990, p. 164).

²⁶⁵ Para Robert A. Dahl, a regra da maioria (no que ele denomina “sentido forte”, isto é, maioria não apenas necessária, mas suficiente para a tomada de decisões) é intuitivamente atraente porque maiorias *suficientes* impedem não apenas o domínio da minoria, mas, também, o bloqueio da minoria. (Cf. *A democracia*, cit., p. 213-214).

²⁶⁶ Cf. *A dignidade da legislação*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 152.

²⁶⁷ Cf. *A dignidade*, cit., p. 155.

²⁶⁸ Cf. *A dignidade*, cit., p. 155.

²⁶⁹ No Brasil, os vencidos sequer precisam para retomar a discussão do assunto e tentar mudar o resultado. Dentre os legitimados para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade (inclusive por omissão), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, estão os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, conforme art. 103, VIII, da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), art. 12-A, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Brasil, 1999)

, e art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (Brasil, 1999). Tratando-se de “legitimação autônoma”, “a condução do processo da ADIn é dada ao partido político que tenha representação no Congresso Nacional no momento do ajuizamento da ação. Caso o partido perca essa representação, no curso da demanda, o processo deverá continuar, dada sua natureza objetiva. O que é necessário comprovar é que o partido autor da ADIn tenha pelo menos um deputado ou senador em seus quadros no momento em que a agremiação política ajuíza a ação.” (Cf. Georges Abboud, ob. cit., p. 410). Atualmente, “boa parte dessa provocação no STF vem o próprio Legislativo: hoje, cerca de 20% das ações de controle concentrado de constitucionalidade da Corte foram ajuizadas por partidos políticos”, número que não considera tentativas de controle concreto de constitucionalidade sobre o processo legislativo. (Cf. Hyndara Freitas, O STF tem legislado? In *Jota*, São Paulo, 13 jan. 2020, disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-tem-legislado-13012020>>).

A regra da maioria “leva a sério diferenças de opinião e não os reprime [os indivíduos] por pensar diferente; e, fundamentalmente, trata-os como iguais”²⁷⁰, na medida em que todos podem tentar influir na decisão (seja diretamente, em votações ou manifestações; seja, indiretamente, por meio dos representantes eleitos) e, principalmente, possuindo o mesmo peso na decisão final.

A promoção de igualdade, no entanto, não a isenta de problemas. Amartya K. Sen destaca que para decisões relativas a bem-estar econômico, a “decisão majoritária não é um modo particularmente justo e tampouco plausível para escolha de alternativas”²⁷¹, na medida em que uma maioria de pessoas prósperas, avaliando apenas seus interesses particulares, pode prejudicar os mais pobres. Ademais, o domínio da maioria, no sentido literal da expressão, pode ameaçar, pela força, os direitos da minoria.²⁷²

Para tentar contornar este risco, Giovanni Sartori busca diferenciar regra da maioria e princípio da maioria: enquanto a regra pressupõe a força concreta e absoluta da maioria, o princípio seria limitado pelo pluralismo, privilegiando a técnica de tomada de decisão por maioria, sem, contudo, ignorar os direitos da minoria.²⁷³ Além da estrutura de valores e compromissos que subjaz à decisão, em uma sociedade plural o debate público influencia as decisões e legitima os direitos das minorias de maneira tão eficaz quanto mecanismos de poder e coerção.²⁷⁴ Assim, a decisão com base na regra da maioria implica “que o apoio da maioria deve ser, não apenas necessário, mas também *suficiente* para sancionar as leis.”²⁷⁵

Jeremy Waldron, por sua vez, centrando-se na dimensão moral e não física da força da maioria, busca uma fundamentação no consentimento²⁷⁶, porque não há nada de especificamente democrático na decisão majoritária. Assim, responde aos riscos da regra da maioria destacando que o problema não está nela porque, em situações normais e

²⁷⁰ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 95.

²⁷¹ Cf. *Collective choice and social welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2017, p. XXVII.

²⁷² Cf. Giovanni Sartori, *Partidos*, cit., p. 37-38. No mesmo sentido, Amartya K. Sen, *Collective*, cit., p. XXVII.

²⁷³ Cf. Giovanni Sartori, *Partidos*, cit., p. 38.

²⁷⁴ Cf. Amartya K. Sen, *The idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 325.

²⁷⁵ Cf. Robert A. Dahl, *A democracia*, cit., p. 211.

²⁷⁶ Cf. *A dignidade*, cit., p. 162-163.

adequadas²⁷⁷, ela cumpre sua função de tomada de decisão em nome da coletividade, partindo de uma situação de igualdade entres os cidadãos.

A estrutura, pois, da representação não confere amplos poderes à maioria, de maneira cega: desde os critérios de eleição até os critérios de tomada da decisão pelos representantes, há mecanismos institucionais que buscam não apenas uma decisão informada quanto uma maioria firme.²⁷⁸

3.1.3 Capacidades institucionais: os conflitos policêntricos

Para além da fundamentação de natureza mais abstrata relativa à representação e à regra da maioria, há um terceiro tipo de argumento, para o qual o debate sobre a interpretação constitucional e, conseqüentemente, sobre a atribuição da última palavra a juízes ou legisladores deve considerar suas capacidades institucionais. De acordo com o argumento, avaliações abstratas sobre as capacidades legislativas e judiciais não são suficientes para fornecer respostas adequadas aos problemas concretos de interpretação, o que inclui o controle de constitucionalidade das leis. Assim, as capacidades abstratas devem ser incrementadas com análises mais sofisticadas e realistas que permitam comparações em bases mais próximas.

²⁷⁷ As situações normais nas quais, para Waldron, o controle de constitucionalidade é desnecessário (e, conseqüentemente, a regra da maioria cumpre adequadamente sua função) dependem de sociedades com (i) instituições democráticas em razoável bom funcionamento, com legisladores eleitos em sufrágio universal, (ii) instituições judiciais também em bom funcionamento, estruturadas de forma a solucionar casos concretos que lhe são submetidos conforme o Direito, (iii) compromisso da maioria dos indivíduos com direitos individuais e (iv) verdadeiro desacordo de boa-fé sobre direitos. (“We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.”) (Cf. *The core*, cit., p. 1360). Robert A. Dahl também considera o compromisso dos indivíduos com a igualdade e o processo democrático como pressupostos da regra da maioria como meio de tomada de decisões. (Cf. *A democracia*, cit., p. 212).

²⁷⁸ Waldron cita como exemplos a exclusão de crianças das eleições e votações, a orientação de debates sobre os temas a decidir e a votação de leis em duas câmaras. (Cf. *The core*, cit., p. 1378).

O foco do argumento das capacidades institucionais está na consideração ampla da alocação de responsabilidade na tomada de decisões políticas somada à consideração mais particular das restrições ao próprio intérprete impostas pela estrutura na qual está inserido.²⁷⁹ Ou seja, a avaliação das capacidades institucionais depende de compreender o que as cortes e parlamentos podem oferecer na tomada de decisões políticas, mas também como suas estruturas, com recursos e limitações, forjam as capacidades de seus componentes, juízes e legisladores, para resolver conflitos na fronteira entre direito e política.²⁸⁰⁻²⁸¹

Nesse contexto, conflitos policêntricos²⁸², isto é, problemas que envolvam múltiplos atores e/ou mudanças rápidas nas circunstâncias presentes, não podem ser satisfatoriamente resolvidos apenas com base na exposição de fatos e na contraposição de argumentos jurídicos, ainda que o sistema jurídico preveja a inafastabilidade da

²⁷⁹ Cf. Cass R. Sustain e Adrian Vermeule, cit., p. 938.

²⁸⁰ “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature; the appropriate stance toward interpretation is not the same in a system with an attentive legislative as in a system with an inattentive one.” (Cass R. Sustain e Adrian Vermeule, cit., p. 886).

²⁸¹ Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal indicam o uso não uniforme da expressão “capacidades institucionais”, mas identificam dois grandes padrões: (i) o realce das “habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições [juízes e tribunais] no exercício da função jurisdicional” como base para “recomendar ou criticar a adoção de posturas mais ou menos deferentes às decisões de outras instituições ou daquela teoria interpretativa ou concepção sobre como aplicar o direito vigente” e (ii) a consideração do modo “como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões.” Ou seja, na primeira concepção, o argumento das capacidades institucionais considera as condições reais de exercício da interpretação judicial para avaliar sua extensão, enquanto, na segunda, compara os recursos e limitações das instituições que podem dar alguma resposta a uma determinada questão, com o objetivo de avaliar as performances de cada um. (Cf. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, in *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, jan./jun. 2011, p. 7-8).

²⁸² “It should be carefully noted that a multiplicity of affected persons is not an invariable characteristic of polycentric problems. This is sufficiently illustrated in the case of Mrs. Timken's will. That case also illustrated the fact that rapid changes with time are not an invariable characteristic of such problems. On the other hand, in practice polycentric problems of possible concern to adjudication will normally involve many affected parties and a somewhat fluid state of affairs. Indeed, the last characteristic follows from the simple fact that the more interacting centers there are, the more the likelihood that one of them will be affected by a change in circumstances, and, if the situation is polycentric, this change will communicate itself after a complex pattern to other center.” (Cf. Lon L. Fuller e Kenneth I. Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, v. 92, nº 2, dez. 1978, p. 397).

jurisdição²⁸³ e proíba o *non liquet*²⁸⁴, é falaciosa a conclusão de que a decisão judicial pode solucionar o problema. Ao menos, adequadamente.²⁸⁵

Como, tradicionalmente, tribunais tomam decisões sobre o direito das partes envolvidas, com base nas regras pré-existentes e por meio de procedimentos adversariais²⁸⁶, os conflitos que envolvam aspectos políticos, essencialmente policêntricos, teriam melhores soluções nas mãos dos legisladores, detentores de características particulares que os tornam qualitativamente melhores para a tomada de decisões, basicamente, porque tem a capacidade de avaliar as diversas concepções sobre conceitos jurídicos e, nesta avaliação, podem considerar a multiplicidade de interesses envolvidos.²⁸⁷ Enquanto juízes são preparados para atuar sob uma lógica adversarial, legisladores são mais aptos para lidar com conflitos policêntricos.²⁸⁸

Portanto, a lógica policêntrica pode ser tida como uma forma de tomar decisões que acomoda os diversos interesses envolvidos, os quais, embora não necessariamente extremados ou polarizados, comumente, são interrelacionados com complexas repercussões recíprocas. A mudança em um fator pode provocar uma reação em cadeia que altera diversos outros fatores.

²⁸³ No Brasil, de acordo com o art. 5º, da Constituição de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Brasil, 1988, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>).

²⁸⁴ No Brasil, de acordo com o art. 140, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. (Brasil, 2015, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>).

²⁸⁵ Lon L. Fuller e Kenneth I. Winston fazem referência à “relativa incapacidade da jurisdição para resolver conflitos policêntricos” (No original “relative incapacity of adjudication to solve ‘polycentric’ problems.”) (Cf. ob. cit., p. 371).

²⁸⁶ Cf. Martin Shapiro, *Courts: A comparative and political analysis*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981, p. 1.

²⁸⁷ “On the other hand, polycentric problems can often be solved, at least after a measure, by parliamentary methods which include an element of contract in the form of the political ‘deal’. The parties in interest – or, more realistically, the parties most obviously concerned – are called together at a legislative hearing or in a conference with legislative leaders and ‘an accommodation of interests’ is worked out.” (Cf. Lon L. Fuller e Kenneth I. Winston, cit., p. 400).

²⁸⁸ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 94.

3.2 A última palavra nas mãos dos juízes

A ficção rousseaniana da lei como expressão da vontade geral, embora ainda inspire o processo legislativo nas democracias plurais²⁸⁹, de um lado, não foi capaz de responder a demandas políticas, econômicas e sociais com as quais se deparou, sobrelevando o Poder Executivo para sua execução, e, de outro, não foi suficiente para impedir abusos, capacitando o Poder Judiciário com nova função de “julgamento da lei”. Mas, apesar dessas incapacidades e de outras críticas (algumas que serão ainda apresentadas), a resposta à ineficiência do Legislativo nunca significou sua dispensabilidade, ao menos não nos Estados Democráticos de Direito: neles não se pode prescindir da lei e da participação do povo em sua feitura.

Diante disso, a atribuição da última palavra aos juízes²⁹⁰ deve ter como premissa a democracia e como justificativa o que se pode fazer por ela, não se tratando de afirmar a inadmissibilidade peremptória da participação, seja de legisladores, seja de juízes, apesar dos problemas intrínsecos a cada qual.

3.2.1 A proteção da democracia

Nesses contornos, o primeiro argumento favorável aos juízes é, justamente, a proteção da democracia, seja do ponto de vista formal (controle de constitucionalidade orientado pela participação política e pela representação na definição legislativa de valores substantivos), seja do ponto de vista material (controle de constitucionalidade orientado pela proteção de valores morais substantivos da sociedade).

²⁸⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 19.

²⁹⁰ No debate estadunidense (que ainda informa sobremaneira o debate sobre o tema da última palavra, em geral, inclusive, no Brasil), Sérgio Antônio Ferreira Victor, aponta que “[e]m 1958, em *Cooper v. Aaron*, possivelmente pela primeira vez a Suprema Corte afirmou expressamente a supremacia judicial, ou seja, a imposição aos outros órgãos do Estado de sua interpretação como última palavra sobre o significado da Constituição”. (Cf. *Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*, Tese (Doutorado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 84).

Em relação à proteção do processo de formação da vontade democrática²⁹¹, ainda que o argumento admita a última palavra aos juízes em algumas questões relacionadas ao sistema político, na prática, valoriza a separação de poderes em sua feição original do contexto das revoluções liberais, uma vez que o controle de constitucionalidade alcançaria apenas a proteção de direitos civis e políticos, mais especificamente, em relação à noção de participação e representação, sem adentrar, portanto, na definição de valores substantivos.²⁹²

Dessa forma, aos juízes deve, sim, ser conferida a tarefa de proteger a Constituição, mas seus limites devem ser os valores substantivos fixados por ela própria, afinal, se nem mesmo o constituinte estabeleceu-os, como os juízes podem preservá-los? Conseqüentemente, aos legisladores deve ser conferido o estabelecimento dos valores e concepções deixados em aberto pelo constituinte, de acordo com os critérios típicos da decisão política, mas sempre cabendo aos juízes a garantia de que este processo decisório observará a plena participação de todos os grupos sociais, inclusive os minoritários, de modo que sua efetiva representação seja garantida.²⁹³

Em relação à proteção dos princípios morais da Constituição, o ideal perseguido é a substantivação de justiça, alcançada por meio de critérios de interpretação utilizados pelos juízes para além do texto em si, orientados pela igualdade de consideração e respeito. Ou seja, o controle de constitucionalidade deve garantir não apenas a igualdade de participação política e representação (que nada mais seria do que a escolha substantiva de uma determinada concepção de democracia), mas, sim, um ideal substantivo de igualdade entre os indivíduos, assumindo como válidas (e necessárias) as escolhas de concepções morais dos juízes que atendam ao ideal de garantir, efetivamente, os direitos.²⁹⁴

²⁹¹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 71. Cf., ainda, Richard A. Posner, *Fronteiras da teoria do Direito* (trad. port. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara de Frontiers of legal theory), São Paulo, WMF Martins Fontes, 2011, p. XL.

²⁹² Cf. John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* [trad. port. Juliana Lemos de Democracy and distrust: a theory of judicial review], São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 115). Jürgen Habermas, ao tratar da legitimidade democrática das decisões políticas, ressalta a necessidade de participação daqueles afetados por ela e de deliberação racional, isto é, que possam solucionar o problema na prática. Ainda que se possa identificar preocupação com o conteúdo material da decisão, o elemento formal ainda prevalece no centro da análise: se as soluções racionais possíveis foram debatidas e servem ao fim pretendido, a decisão é democrática e válida. Por essa razão, Conrado Hübner Mendes inclui Habermas nessa corrente (Cf. *Direitos fundamentais*, cit., p. 72).

²⁹³ Cf. John Hart Ely, ob. cit., p. 116-117.

²⁹⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 72-73.

Nessa perspectiva, os juízes realizem uma leitura moral da Constituição ao exercerem o controle de constitucionalidade, admitindo-se que possuem suas concepções políticas. As decisões, porém, não sendo políticas, mas jurídicas, devem pautar-se pela lógica do princípio, da razão, do conteúdo, o que implica um pré-comprometimento dos juízes não apenas com a Constituição em si, mas com a prática do direito como integridade.

Assim, uma decisão é jurídica porque utiliza um modelo especial de argumentação e sabe não apenas identificar, mas, também, avaliar a força de um argumento jurídico, justamente, o que confere ao juiz e ao próprio Direito, uma vez que os interessados na solução do conflito creem que esta decorrerá apenas de critérios jurídicos.²⁹⁵

3.2.2 O pré-compromisso

O segundo argumento que repousa a última palavra nas mãos dos juízes compreende-os como intérpretes da vontade do povo nos momentos constitucionais e justificam seu poder de controlar a constitucionalidade das leis com base na ideia de pré-compromissos e restrições.

Nessa linha, Bruce Ackerman defende os juízes como anteparos às maiorias eleitorais ocasionais com a função de proteger as decisões do povo nos momentos constitucionais, mais especificamente “os princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a corrosão das elites políticas.”²⁹⁶ Assim, embora proponha uma defesa substantiva da Constituição pelos juízes, esta concepção dualista não atribui o mesmo

²⁹⁵ Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 326. O autor, no entanto, não defende o argumento e ressalva: “Resolver en derecho no es lo mismo, no puede ser lo mismo, que resolver en justicia. Si resolver en derecho y resolver en justicia fueran lo mismo, entonces comprador y vendedor estarían en desacuerdo no sólo en cuanto a qué debe hacer cada uno de ellos, sino también en cuanto a ante qué juez llevar el caso. Es por eso que, en principio, la persona del juez resulta irrelevante para las partes.” (Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 326).

²⁹⁶ Cf. *Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional* (trad. port. Mauro Raposo de Mello de We the People: Foundations), Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 12.

poder aos juízes de extrair-lhe os direitos, na medida em que ainda se funda na ideia de soberania popular.²⁹⁷

Jon Elster, por sua vez, ao tratar do pré-compromisso constitucional, distingue “Constituições como restrições essenciais sobre o comportamento e Constituições como restrições incidentais”²⁹⁸, as primeiras contemplando dispositivos estabelecidos com a intenção específica de restringir a liberdade de ação dos atores políticos e as segundas contendo dispositivos que restringem esse grupo político, ainda que as restrições tenham sido instituídas por outras razões.²⁹⁹

O controle judicial de constitucionalidade pode ser um desses mecanismos de pré-compromissos por meio do qual se atribui a juízes independentes a função de proteger outros pré-compromissos constitucionais, tarefa que não prescinde de alguma avaliação substantiva³⁰⁰ sobre o conteúdo e alcance destas disposições constitucionais.³⁰¹

3.2.3 As capacidades institucionais: a racionalidade jurídica

Na terceira linha de argumentos, o controle judicial de constitucionalidade se baseia na ideia de capacidades institucionais: os juízes são, de fato, qualitativamente melhores para tomar determinadas decisões sobre o conteúdo e o alcance das disposições constitucionais. Não se trata, propriamente, do modo como se decide ou dos critérios de racionalidade jurídica, mas, sim, da posição institucional que os juízes ocupam: ela lhe

²⁹⁷ Cf. Vinicius José Poli, *Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo*, Dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 103.

²⁹⁸ Cf. Jon Elster, *Ulisses liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições* [trad. port. de Cláudia Sant’Ana Martins de Ulisses unbound: Studies in rationality, precommitment and constraints], São Paulo, Editora Unesp, 2009, p. 120.

²⁹⁹ Cf. Jon Elster, ob. cit., p. 121.

³⁰⁰ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 74.

³⁰¹ O próprio Jon Elster ressalva, no entanto, a necessidade de “escotilhas de fuga” para o conflito entre o eventual dogmatismo dos juízes e a vontade da maioria, por meio do estabelecimento de mecanismos de freios e contrapesos, até mesmo porque “[n]ão há uma maneira confiável de distinguir entre o caso em que um tribunal constitucional deveria ser encorajado a agir contra as preferências arraigadas da maioria e o caso em que está simplesmente fazendo seu trabalho ao agir contra suas preferências temporárias.” (Cf. ob. cit., p. 121).

capacita para tomar melhores decisões sobre direitos, ainda que estes possam ter conteúdo político.

Não se discute, pois, a neutralidade da interpretação da Constituição realizada pelos juízes, apenas se admite que eles são melhores para julgar direitos em casos concretos, assim como os legisladores são melhores para criar leis gerais e abstratas. Como observa Conrado Hübner Mendes, “no atacado [o legislador] nem sempre terá facilidade para perceber as implicações de direitos fundamentais”, enquanto a “corte, ao contrário, analisa a lei após essa ter sido processada por episódios reais [além de ser] treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais”.³⁰²

A vertente mais clássica do argumento parece se amoldar melhor ao modelo estadunidense de controle judicial de constitucionalidade, no âmbito do qual a decisão de inconstitucionalidade é proferida ao se julgar um caso concreto e de modo incidental, isto é, apenas como etapa para decidir qual a regra efetivamente aplicável ao caso particular sob julgamento.³⁰³ Como, no controle abstrato, a decisão de inconstitucionalidade tem como objeto a própria lei impugnada³⁰⁴ (e não um direito pretensamente violado por ela), a capacidade de julgar direitos não torna os juízes mais qualificados para o controle, na medida em que sobre eles pode recair a mesma crítica dirigida aos legisladores: dificuldade de avaliação sobre os efetivos impactos nos direitos.³⁰⁵

³⁰² Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 77-78.

³⁰³ Nas palavras de John Marshall: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” (Cf. *Marbury v. Madison* 1 Cranch 137 (1803), p. 177-178. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO>.

³⁰⁴ Cf. Francisco Rubbio Llorente, Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 12, n. 35, maio-ago 1992, p. 19. Cf., ainda, Joaquim José Gomes Canotilho, ob. cit., p. 900, e Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Princípios*, cit., p. 183.

³⁰⁵ Conrado Hübner Mendes identifica potencial objeção ao argumento: a maior (ou melhor) capacidade dos juízes para “calibrar” a lei considerando a proteção de direitos seria mais adequada aos sistemas de *common Law*, em decorrência de sua lógica específica que atribui ao juiz a função de dizer o direito para o que se vale de mais elementos além da lei. Em sua contestação, no entanto, julga que o método não é menos sustentável nos sistemas de *civil Law* porque, no plano constitucional (que é o que importa no âmbito do controle judicial

Ainda que a natureza da Constituição não demande, por si só, seu controle por juízes (e mesmo que assim preveja, não há nenhuma razão para que deles seja a última palavra)³⁰⁶, o relativo isolamento dos juízes de pressões políticas e financeiras e, principalmente, sua capacidade de desenvolver uma jurisprudência sólida sobre direitos decorrente do modo como são produzidas as decisões judiciais, mas dentro dos limites de expansão natural dos pré-compromissos morais da Constituição³⁰⁷, justificariam a instituição de um controle judicial de constitucionalidade.³⁰⁸

O argumento relativo às capacidades institucionais das cortes para o controle de constitucionalidade invoca ainda a tranquilidade do ambiente judicial para fins de decisão de questões sobre princípios, tornando os juízes mais confiáveis para tal tarefa. Evidentemente, não se pretende afirmar que não há pressões sobre os juízes, mas sua distinta natureza em relação às pressões sofridas pelos legisladores, bem como o rol de elementos menor que o juiz deve levar em conta no momento de proferir sua decisão habilitam-no a tomar uma decisão com mais isenção e, ao menos, mais próxima da dimensão jurídica da questão.³⁰⁹

De um lado, como sua função primária é julgar (e não fazer política), os juízes não precisam assumir compromissos eleitorais e tampouco de barganhar no parlamento, podendo se concentrar no aspecto jurídico da questão constitucional que lhe foi submetida. De outro, justamente por não serem (em regra) eleitos, devem justificar sua legitimidade com base na racionalidade jurídica de suas decisões. Assim, pela qualidade de suas decisões, devidamente fundamentadas em racionalidade jurídica, os juízes são, potencialmente, menos falíveis (ou mais confiáveis) para o controle de constitucionalidade.

de constitucionalidade) os juízes devem considerar (e consideram) os precedentes. (Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 78). A defesa, no entanto, não considera as especificidades do controle abstrato de constitucionalidade acima expostas, que não são afastadas nem mesmo nos modelos concentrados com incidente de inconstitucionalidade, uma vez que, ainda assim, a questão constitucional é colocada ao tribunal de maneira abstrata, apenas indiretamente ligada ao litígio e sem a pretensão de resolvê-lo. (Cf. Francisco Fernández Segado, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 951).

³⁰⁶ Cf. Wilfrid Waluchow, *Constitutions as living trees: na idiot defends*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18, 2005, p. 236.

³⁰⁷ Na metáfora da “árvore viva” (“*living tree*”), “[a Charter of Rights] is na instrument which must, within limits inherent in its nature as parte of a constitution, be allowed to grow and adapt to new contemporary circumstances and evolving beliefs about justice.” (Cf. Wilfrid Waluchow, ob. cit., p. 222)

³⁰⁸ Cf. Wilfrid Waluchow, ob. cit., p. 243 e 246.

³⁰⁹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit, p. 79-80.

Ainda, como decorrência da qualidade de suas decisões, os juízes obtêm legitimidade e credibilidade com fundamento em sua racionalidade, imparcialidade e reflexividade. Não em eleições. Ou seja, como a legitimidade dos juízes e cortes é funcional³¹⁰ (identificam-se, intrinsecamente, com sua função e do bom exercício dela extraem sua credibilidade) são, institucionalmente, mais capacitados para a tarefa de julgar leis ou atos normativos frente à Constituição. A legitimidade eleitoral capacita os legisladores para melhor exercer outras atividades.

Ademais, ainda nessa linha da capacidade institucional, a legitimidade funcional dos juízes e cortes também é democrática, apenas não é eleitoral, e, para as teorias de democracia deliberativa a discursiva, democracia não se resume a eleições. A compreensão da política “como um processo racional de discussão de problemas e alternativas, de forma a obterem-se soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis”³¹¹ não se esgota no voto e tampouco na representação dos legisladores. Ao contrário, demanda mais; exige tudo de melhor que cada um dos órgãos pode oferecer: no caso dos juízes e cortes, as razões que contribuirão para o processo deliberativo.

Nesse contexto, se as soluções dos problemas morais e éticos da sociedade e, conseqüentemente, a própria noção de justiça, não são simplesmente definidas pela lógica dos votos da maioria e, sim, por uma construção cultural que não depende, exclusivamente, do Estado³¹², os juízes contribuem nesse processo pelo seu modo específico de decidir ao oferecerem razões que, inclusive, poderão guiar os legisladores na direção do interesse público.³¹³

³¹⁰ Cf. Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad* (trad. esp. Heber Cardoso de La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité), Buenos Aires, Manantial, 2009, p. 238-239.

³¹¹ Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1416-1417.

³¹² Cf. Robert M. Cover, The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative, *Faculty Scholarship Series*, 2705, 1983, p. 11.

³¹³ Cf. Cass R. Sustein, Beyond the Republican revival, in *Yale Law Journal*, 97, 1987-1988, p. 1588-1589.

3.3 Em busca de diálogo

Se se pudesse resumir os argumentos apresentados (que, em grande medida, já foram compilados e condensados para os fins que aqui se pretende) em uma única ideia ou, ao menos, no ponto central da defesa, juízes deveriam “decidir por último sobre direitos pela conjugação de razões formais e substantivas de legitimidade e pela sua capacidade institucional de colocá-las em prática”³¹⁴, enquanto legisladores deveriam decidir por último porque representam diretamente o povo e atribuem igual importância a cada indivíduo³¹⁵.

Partindo da premissa já exposta anteriormente de que ambas as defesas devem considerar o princípio democrático (ainda que, evidentemente, com concepções diferentes) e estão comprometidas em assegurar direitos, vale inverter a pergunta: qual, então, o problema central dos argumentos favoráveis aos juízes? E qual o dos partidários dos legisladores? Enquanto os primeiros consideram que as decisões dos juízes são qualitativamente superiores no sentido de possuir melhor conteúdo aos destinatários, a tal ponto de superarem algum déficit democrático em relação às decisões políticas, os segundos entendem que o princípio democrático é qualitativamente superior no sentido de permitirem maior participação popular, a tal ponto de superar a possibilidade de existência de outra decisão melhor.

Ou seja, do lado dos legisladores, a atitude democrática como filosofia relativista: se não é possível atingir o conhecimento humano e a verdade absoluta, a melhor decisão é aquela tomada pelo povo, escolhendo os meios de alcançar os fins comuns que a comunidade elegeu e constitucionalizou. Do lado dos juízes, a democracia como filosofia crítica, orientada pela existência da verdade e da justiça, que se pretende alcançar pela construção interpretativa baseada na Constituição. Nesses termos, os dois lados podem dialogar? Qual o ambiente adequado capaz de propiciar o equacionamento de dissensos?

³¹⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 88.

³¹⁵ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 104-105.

3.3.1 O diálogo como essência da separação de poderes

No contexto jurídico e político do surgimento do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, dois elementos são centrais para compreender o papel atribuído aos juízes e a expansão de seu poder nos dois séculos vindouros.

Primeiramente, na seara jurídica, é necessário ter em consideração a tradição estadunidense do *common Law*, no âmbito da qual a atividade interpretativa dos juízes deve considerar valores e princípios incorporados na sociedade como produto do estudo e da experiência prática.³¹⁶ Consequentemente, ao dizer o direito, os juízes fazem-no como resultado de uma razão artificial, que os habilitaria, inclusive, a resolver, jurídica e objetivamente, um conflito entre a lei e a Constituição.

Daí, o segundo elemento, agora, na arena política: a decisão do *Chief Justice* John Marshall ressoa os argumentos de Hamilton, nos artigos federalistas, no sentido de que o Poder Judiciário, sendo o mais fraco dentre os ramos do poder, seria o mais confiável para controlar os atos contrários à Constituição. Assim, de um lado, os juízes apenas dizem o direito, objetivamente, sendo os melhores intérpretes da vontade do povo (cujo poder é superior aos poderes constituídos), e, de outro, não possuem força para se sobrepor aos demais poderes.

Se a origem política do controle judicial de constitucionalidade remonta a Hamilton, trazendo consigo a preocupação “antifederalista”³¹⁷ da supremacia do Poder Judiciário e seus controles, outro famoso federalista traz o gérmen da necessidade do diálogo: Madison. E isso porque o *Madisonian dilemma*, ao se preocupar em compatibilizar governo popular e liberalismo (governo da maioria e liberdades individuais)³¹⁸, aponta para

³¹⁶ Cf. T. R. S. Allan, *Law, liberty, and justice: The legal foundations of British constitutionalism*, Oxford, Clarendon, 1993, p. 10-13.

³¹⁷ Cf. Brutus (provavelmente Robert Yates, embora não haja consenso quanto à identidade), *The Anti-Federalist Papers*, LXXVIII a LXXXII, Disponível em <<http://www.thefederalistpapers.org/antifederalist-paper-78-79>>.

³¹⁸ Cf. Robert H. Bork, *The tempting America: The political seduction of Law*, New York, First Touchstone, 1991, p. 139.

um dos principais problemas que a Constituição deve resolver: como evitar o facciosismo, isto é, que um grupo de cidadãos, majoritário ou minoritário, viole os direitos dos demais cidadãos ou os interesses da comunidade.³¹⁹

De acordo com Madison, sendo impossível controlar as paixões, interesses e impulsos – intrínsecos à liberdade –, é necessário evitar que se tornem capazes de pactuar e executar esquemas de opressão. Para tanto, os meios de controle não podem ser meramente morais ou religiosos, porque estes não refreiam a maioria, antes, potencializam-na. É preciso, pois, estabelecer o governo representativo (*republic*), capaz de depurar, ampliar e filtrar as opiniões do povo.³²⁰

Não se nega a concepção elitista³²¹ de governo representativo de Madison. Mas, considerando, de um lado, sua preocupação de que nenhum homem pode ser juiz em causa própria (já que a justiça não pode manter seu necessário equilíbrio nessa condição)³²², e, de outro, sua defesa da relação direta do governo representativo com o povo (ao menos, nas eleições), abre-se caminho não apenas para a existência de instâncias decisórias não eleitas, mas, também, para mecanismos de controle que considerem múltiplas participações dos atores políticos.³²³

A concepção de democracia proposta por Bruce Ackerman com base em momentos constitucionais, ainda que pensando a história constitucional dos Estados Unidos da América, pavimenta o caminho para desenhos institucionais que considerem o diálogo. A

³¹⁹ “If a faction consists of less than a majority, relief is supplied by the republican principle, which enables the majority to defeat its sinister views by regular vote. It may clog the administration, it may convulse the society; but it will be unable to execute and mask its violence under the forms of the Constitution. When a majority is included in a faction, the form of popular government, on the other hand, enables it to sacrifice to its ruling passion or interest both the public good and the rights of other citizens. To secure the public good and private rights against the danger of such a faction, and at the same time to preserve the spirit and the form of popular government, is then the great object to which our inquiries are directed.” (Cf. James Madison, *Federalist* nº 10, ob. cit.). Cf., ainda, Sérgio Antônio Ferreira Victor, ob. cit., p. 76 e s.)

³²⁰ Cf. *Federalist* nº 10, ob. cit.

³²¹ “E os filósofos políticos do século XVIII, como Montesquieu, Harrington e Madison, embora atraídos pelo liberalismo, ou como Rousseau, interessado em democracia, permaneceram essencialmente republicanos aristocráticos. Eles buscavam uma aristocracia baseada não no sangue, mas na virtude, na competência e na riqueza – esta última incorporando as duas primeiras.” (Cf. Luiz Carlos Bresser-Pereira, *Democracia republicana e participativa*, in *Novos Estudos Cebrap*, nº 71, março 2005, p. 78). Cf., ainda, Jon Elster, ob. cit., p. 213, e, a propósito da preocupação com a capacidade dos “guardiões” e da desconfiança das pessoas comuns, Robert A. Dahl, *A democracia*, cit., p. 77 e s.

³²² Cf. James Madison, *Federalist* nº 10, ob. cit. Cf., ainda, Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 333.

³²³ Madison fala, expressamente, em “controle” dos efeitos do facciosismo: “control the violence of faction”; “controlling its effects”; “adequate control”; “controlling the effectis of faction”. Cf. *Federalist* nº 10, ob. cit.

ideia de uma democracia dualista, com algumas decisões políticas centrais tomadas pelo povo e as demais pelo governo, sem qualquer problema de legitimidade, também pode ser desdobrada na ideia de repartição ou de compartilhamento das decisões políticas.

Ressaltando a dificuldade da tomada de decisões mais diretas pelo povo (as decisões de política constitucional), uma vez que dependentes de amplo convencimento político dos cidadãos, de oportunidade de debate para os opositores e, finalmente, de efetivo e considerável apoio, Ackerman destaca que a condição de legitimidade das decisões de política é a observância dos limites das decisões tomadas em momentos constitucionais anteriores³²⁴, cujo controle (*função de preservação*³²⁵) pode ser atribuído a uma ou mais instituições políticas, como, por exemplo, o Poder Judiciário.

A necessidade de “notificação” dos cidadãos à qual Ackerman faz referência para fins de deliberação de “propostas transformadoras”, antes de sua modificação pelos governos sob a presunção de que possuem o consentimento do povo porque eleitos, pode ser encarada como uma proposição de diálogo direto entre povo e representantes. Se se pode incomodar o povo em sua liberdade moderna³²⁶, chamando-o para a participação democrática quase coercitiva³²⁷, não há óbice para que as decisões políticas sejam partilhadas por distintos órgãos, como forma de, em determinadas questões (com base em critérios formais, materiais ou ambos), incrementar o nexo de representação enquanto segue o indivíduo absorto em sua liberdade privada.

Na mesma senda, ao realocar a discussão do controle judicial de constitucionalidade da dificuldade contramajoritária³²⁸ para a dificuldade intertemporal³²⁹, o redirecionamento dimensional da legitimidade democrática convida para o diálogo os

³²⁴ Cf. *Nós*, cit., p. 7-8.

³²⁵ Cf. *Nós*, cit., p. 14.

³²⁶ Cf. Benjamin Constant, ob. cit.

³²⁷ Cf. *Nós*, cit., p. 328.

³²⁸ De acordo com a concepção de política democrática do “monismo constitucional”, não há distinção de legitimidade democrática e a decisão da maioria dos representantes regularmente eleitos deve sempre ser respeitada. (Cf. Bruce Ackerman e Carlos F. Rosenkrantz, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, in *Cuadernos y debates: fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 20-21).

³²⁹ Conforme observa Conrado Hübner Mendes, “[a] missão da revisão judicial, nesse contexto, é prestar contas ao ‘povo’ que se manifesta nos momentos constitucionais” (Cf. *Direitos fundamentais*, cit, p. 74).

“dois povos dos dois momentos”, mas, também, de todos seus intérpretes, que não se resumem à maioria de representantes eleitos e tampouco aos juízes constitucionais.

Também na seara do pré-compromisso, Jon Elster observa que a mera existência de freios pode ter uma influência restritiva, citando, expressamente, a ideia de revogação de decisões da Suprema Corte por maioria qualificada do Congresso.³³⁰ Assim, mecanismos que forcem alguma espécie de diálogo mais qualificado podem ser “o freio necessário aos que aplicam os freios”³³¹: o risco de que juízes constitucionais contrariem uma preferência arraigada de ampla maioria e/ou violem os próprios pré-compromissos constitucionais pode ser mitigado por disposições constitucionais que reforcem o elemento democrático.

Paralelamente aos freios externos (que estão relacionados à limitação do poder com base em sua separação), a instituição de freios internos (decisões colegiadas em vez de monocráticas, por exemplo) também contribui para a contenção do poder.³³²

Embora a separação de poderes tenha como principal razão a máxima de Montesquieu de que “todo homem que possui poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”³³³, parece possível afirmar que se funda igualmente na especialização funcional, sobretudo em decorrência da ampliação e complexificação das atividades do Estado.³³⁴ Ou seja, a ideia de separação considera não apenas os vícios dos poderes, mas, também, suas virtudes.

Assim, em atuação conjunta, mecanismos externos e internos de restrição permitem superar demarcações estanques e/ou proibições definitivas quando desenhados para driblar

³³⁰ Jon Elster menciona o poder do Congresso estadunidense de revogar decisões da Comissão de Reservas Federais: embora nunca tenha sido utilizado, “o mero conhecimento de sua existência, em virtude da ‘lei das reações antecipadas’, pode ter tido uma influência restritiva.” Elster cita, ainda, uma espécie de diálogo não institucional (em forma de ameaça) decorrente de um recado do presidente Roosevelt à Suprema Corte: “[E]m um discurso em 9 de março de 1937, um mês após haver anunciado seus planos de ampliar a Suprema Corte, o presidente Roosevelt declarou: A maioria da corte tem-se investido do poder de julgar a sabedoria dos...atos do Congresso. [N]ós devemos tomar medidas para salvar a Constituição da Corte’. Sua ameaça funcionou, e ele não precisou cumpri-la: a corte mudou de ideia em vez de aceitar a criação de seis novos juízes.” (Cf. ob. cit., p. 211).

³³¹ Cf. ob. cit., p. 212.

³³² Cf. Jon Elster, ob. cit., p. 211.

³³³ Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *O espírito*, cit., p. 166.

³³⁴ José Afonso da Silva aponta, inclusive que, atualmente, “o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre órgãos do legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*”. (Cf. *Curso*, cit., p. 111).

ou mitigar os defeitos e, simultaneamente, aproveitar e potencializar as qualidades de cada órgão. Admitindo-se, pois, como vantajoso que diferentes órgãos possuam distintas qualidades e defeitos³³⁵, é admissível propor um desenho institucional que não se pautem em uma postura (meramente ou essencialmente) defensiva, mas, sim, ativa e (efetivamente) colaborativa, possibilitando que a tomada de decisões seja qualitativamente melhor no exercício do poder, sem, com isso, descuidar dos valores básicos da comunidade, notadamente, a liberdade, a igualdade e a democracia.

3.3.2 As Cortes Constitucionais e o povo: a força da reflexividade

À ideia do *rule of Law* subjaz a autoridade e a influência da lei na sociedade como limitador da ação de indivíduos e órgãos. Embora encontre raízes no pensamento de Aristóteles³³⁶, é o liberalismo político que consagra o “governo de leis e não de homens”³³⁷, que, mais tarde, levará à conformação de “um novo tipo de Estado, o estado de direito.”³³⁸ O que se pretende é substituir o “sentido subjetivo da vontade dos

³³⁵ Cf. Jeremy Webber, Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere), in *Australian Journal of Human Rights*, 9:1, outubro de 2017, p. 165.

³³⁶ Sob a lógica do Direito natural, Aristóteles procura razões para “o caso do rei que em tudo procede de acordo com a sua vontade”: “Assim sendo, é preferível que seja a lei a governar e não um dos cidadãos. [...] As leis fundadas nos costumes têm supremacia e referem-se a questões ainda mais importantes do que as leis escritas. Desse modo, se o governo de um só é mais seguro do que o exercido pela lei escrita, não é mais seguro do que o governo das leis fundadas nos costumes.” (Cf. Aristóteles, cit., p. 259-261).

³³⁷ John Adams, segundo presidente dos Estados Unidos da América (1797-1801), “the very definition of a republic is ‘an empire of laws, and not of men.’” (cf. *Thoughts on government applicable to the present State of the American Colonies*, Philadelphia, John Dunlap, 1776, p. 1994). A Constituição de Massachusetts, arquitetada por John Adam, reflete a ideia e cunha a expressão, em seu art. XXX: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.” (Disponível em <<https://malegislature.gov/laws/constitution>>). John Marshall, nomeado *Chief Justice* da Suprema Corte estadunidense, por John Adams, em 1801, também utilizou a expressão na famosa decisão que inaugurou o *judicial review*: “The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.”

³³⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 32-33.

governantes pelo sentido da vontade do Direito”³³⁹, de modo que todos estão sujeitos às leis, inclusive aqueles que as elaboram aplicam-nas, como legisladores e juízes.³⁴⁰

Assim, a preocupação com o “governo de homens” engloba o “governo dos juízes”³⁴¹, isto é, “o temor de que os princípios fundadores da democracia sejam pervertidos pelo desenvolvimento das diversas figuras do Poder Judiciário”.³⁴² Se Montesquieu resolvia o problema na neutralidade do poder de julgar³⁴³, seus intérpretes federalistas confiavam que o Poder Judiciário seria o menos perigoso, na medida em que não exerceria influência nem sobre a bolsa e nem sobre a espada. Sem força e sem vontade, apenas julgamento.³⁴⁴

Entretanto, a inauguração do *judicial review* fortaleceu esse ramo supostamente mais fraco. A reboque, trouxe a preocupação com o papel exercido pelos juízes e o poder dele decorrente, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de leis impõe uma “dificuldade contramajoritária”: um controle exercido pelos juízes contra as decisões da maioria legislativa eleita.³⁴⁵

Nesse contexto, considerando (i) que “governar” pode ser compreendido como tomar decisões importantes para o Estado, inclusive, por meio da edição de leis; (ii) que

³³⁹ Cf. Fernando Dias Menezes de Almeida e Mariana Augusta dos Santos Zago, O controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição, in Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, *Direito da regulação e políticas públicas*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 101.

³⁴⁰ Parte deste tópico, produto do desenvolvimento da presente tese, consta de Marcelo Doval Mendes, A legitimidade, cit., p. 385-397.

³⁴¹ De acordo com Pierre Rosanvallon, “la expresión fue forjada en 1914 por el *Chief Justice* de la Corte Suprema de Carolina del Norte. Bajo esta forma inicial, o transformada en *Government by Judiciary*, no ha dejado de ser utilizada desde hace cerca de un siglo en Estados Unidos”. (Cf., ob. cit., p. 225).

³⁴² Cf. Pierre Rosanvallon, ob. cit., p. 225 (Tradução livre do original: “el temor de que los principios fundadores de la democracia sean pervertidos por el desarrollo de las diversas figuras del Poder Judicial).

³⁴³ Além de não ser exercido pelas forças políticas e sociais em ação, “les jugements doivent l’être à un tel point qu’ils ne soient jamais qu’un texte précis de la loi.” (Cf. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *Esprit des lois*, cit.).

³⁴⁴ “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.” (Cf. Alexander Hamilton, *Federalist n. 78*, The Judiciary Department, in Alexander Hamilton; John Jay; James Madison, ob. cit.).

³⁴⁵ Cf. Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2ª ed., New Haven and London, Yale University Press, 1986, p. 16. Sobre a preocupação original, cf. ainda, Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921.

“julgar” pode ser compreendido como a solução de conflitos individuais por meio da aplicação de normas gerais e abstratas criadas por outros poderes; e (iii) que, nos regimes democráticos, a criação das leis é feita por governos eleitos, enquanto o julgamento dos litígios é feito por juízes nomeados, a inquietação com um “governo de juízes” reside no fato de que “[g]overnar e julgar constituem funções que se excluem mutuamente num regime democrático”.³⁴⁶

Como consequência desse oxímoro, a expressão teria, no plano retórico

um valor expressivo e emotivo muito forte, visto que ele apela para a ideia de que existe alguma coisa que é, em si mesmo, uma contradição e, portanto, algo monstruoso. Não é necessário mostrar que seria algo moralmente ou juridicamente proibido e, então, a ser provado, visto que a reprovação já é inclusa na carga emotiva da expressão.³⁴⁷

Ocorre que esse uso retórico para desacreditar um “governo de juízes” ofusca – ao menos, à primeira vista – o fato de que, nas democracias, tipicamente, juízes recebem competências importantes e específicas e exercem poderes efetivos que lhes foram conferidos e, principalmente, a possibilidade de, em desenhos específicos da separação de poderes, “nada impede que os titulares de funções orgânicas jurisdicionais recebam funções não jurisdicionais ou, ao contrário, que órgãos não jurisdicionais recebam missões jurisdicionais.”³⁴⁸

Como a democracia não é mais simplesmente a regra da maioria (se é que, efetivamente, foi apenas isso em algum momento histórico), nem mesmo a democracia representativa pode ser encarada, restritivamente, apenas sob a perspectiva do princípio majoritário e de uma lógica procedimental. Há outras formas de legitimidade que podem “rivalizar” com as urnas e elas também devem ser consideradas.

Assim, a primeira das condições que visa proporcionar a legitimidade necessária das Cortes (para afastar tanto o risco de um “governo de juízes” quanto a utilização retórica do argumento contrariamente ao papel das Cortes) é o desenho constitucional da separação de poderes, como meio de especificar, com clareza, as situações em que e as

³⁴⁶ Cf. Otto Pfersmann, *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI* (trad. port. Alexandre Coutinho Pagliarini), São Paulo, Saraiva, 2014, p. 119.

³⁴⁷ Cf. Otto Pfersmann, *ob. cit.*, p. 123.

³⁴⁸ Cf. Otto Pfersmann, *ob. cit.*, p. 133.

formas pelas quais os juízes exercem seu papel político-constitucional. Como observa Anna Cândida da Cunha Ferraz,

no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação “de concerto”.

Nesse contexto, como atividade na fronteira entre política e Direito, a separação de jurisdição constitucional e jurisdição ordinária pode contribuir na atribuição de legitimidade à Corte Constitucional, uma vez que passa a estar fora da estrutura do Poder Judiciário comum, cuja atuação está lastreada na ideia de adjudicação de conflitos adversariais.³⁴⁹ Com isso, é possível concentrar as atividades da Corte para a defesa da supremacia da Constituição, deixando mais clara sua participação na condução das questões políticas do Estado.³⁵⁰

Ainda no tocante à arquitetura constitucional que confirma mais legitimidade às Cortes, poderiam ser considerados aspectos relacionados à sua composição, bem como à forma de acesso e à permanência dos membros na Corte.³⁵¹ Em relação à forma de acesso, particularmente (na medida em que se liga diretamente à crítica do déficit democrático), tanto do ponto de vista da teoria normativa quanto da experiência histórica, o fato de os juízes não serem eleitos diretamente não é, por si só, contrário à ideia de democracia.³⁵²

³⁴⁹ Elival da Silva Ramos, propondo a adoção do modelo europeu concentrado para o Brasil, defende que “somente o exercício da fiscalização nos moldes do sistema europeu se ajusta às necessidades que a democracia social impõe ao tratamento da complexa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e os seus parâmetros constitucionais.” (Cf. Controle, cit., p. 385).

³⁵⁰ Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 283.

³⁵¹ Em relação à composição, a natureza jurisdicional da Corte Constitucional recomenda um número mais restrito de membros como meio adequado de decidir uma vez que “é sobre questões de direito que ela é chamada a se pronunciar.” (Cf. Hans Kelsen, *A jurisdição*, cit., p. 153). Em relação à permanência ou alternância, a fixação de mandatos de média ou longa duração, maiores e não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, poderia contribuir para a ventilação da Corte, possibilitando maior adequação social e política, afinal, como já observava Aristóteles “governar não é mais justo do que ser governado, pelo que se impõe a alternativa de poder.” (Cf. Ob. cit., p. 257).

³⁵² Ao fazer proposta para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, Alexandre de Moraes postula por maior legitimidade popular na escolha dos membros das Cortes Constitucionais: “O modelo norte-americano implantado no Brasil, mostrou-se, ao longo do tempo, insuficiente e carecedor de maior legitimidade popular, sendo superado pelas novas fórmulas previstas nas Constituições europeias, que não só preveem uma participação mais efetiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, como também exigem maiores requisitos capacitários.” (Cf. ob. cit., p. 287).

Pierre Rosanvallon avalia a história da eleição de juízes ordinários na França e nos Estados Unidos da América. Inicialmente, na França Revolucionária, o simbolismo das eleições e a desconfiança do Executivo levaram ao entendimento de que os juízes deveriam ser eleitos. Na prática, porém, a eleição gerou críticas, tanto que foi feito um sistema de eleições indiretas. Ao longo do tempo, porém, a eleição dos juízes, embora tenha permanecido em debate por cerca de um século, foi deixada de lado.³⁵³

Nos Estados Unidos, logo de início, a desconfiança da capacidade dos cidadãos de escolher juízes qualificados (em uma visão liberal e aristocrática do governo representativo), levou à adoção de procedimento de escolha dos juízes federais por meio da indicação pelo Presidente e a ratificação pelo Senado. Em relação aos Estados-membros, porém, vários optaram pela eleição dos juízes de primeira instância, mas a forma foi sendo modificada ao longo do tempo, deixando de ser via partidos (sob, principalmente, acusações de manipulação) para ser uma forma combinada de nomeação baseada em qualificações com a posterior escolha pela população em um sistema de eleições não competitivas.³⁵⁴

Ainda que também exerçam função política, as Cortes Constitucionais fazem-no por meio de procedimentos jurisdicionais e considerando a Constituição como norma jurídica. Assim, como órgãos eminentemente jurisdicionais são intrinsecamente identificados com o modo de exercer suas atividades: fundamentação de suas decisões por meio de métodos de raciocínio jurídico e não critérios políticos.³⁵⁵

Consequentemente, considerando que a confiança na Cortes Constitucionais deriva de sua estrutura específica, com funções específicas (inclusive políticas), para uma missão específica, dotá-la de conotação partidária acabaria por desqualificá-la por não mais estar legitimada por sua função. A legitimação eleitoral, no fim, tornará os juízes eleitos desnecessários.³⁵⁶ Por essa razão, Kelsen sugere a combinação de indicação pelos Poderes

³⁵³ Cf. ob. cit., p. 227-230.

³⁵⁴ Cf. Pierre Rosanvallon, ob. cit., p. 230-232.

³⁵⁵ Eduardo García de Enterría destaca, inclusive, que é “una enseñanza de la experiencia común que los jueces constitucionales más marcados en el momento de ser nombrados por connotaciones políticas precisas pierden éstas en cuanto comienzan sus funciones y se convierten inmediatamente a un jurismo estricto, muchas veces contrario en su expresión concreta a la significación política originaria del juez. El peso de la responsabilidad hacia todo el cuerpo político y hacia todo el pueblo rompe, por fuerza, las fidelidades partidaristas o personales, salvo que sea un peligroso irresponsable.” (Cf. Ob. cit., p. 184-185, e nota 132).

³⁵⁶ Cf. Pierre Rosanvallon, ob. cit., p. 232-233.

Executivo e Legislativo, mas destaca, expressamente, que é “da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira [na medida em que] o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes.”³⁵⁷

A segunda condição de legitimidade das Cortes Constitucionais diz respeito à aceitação das suas decisões pelos Poderes que são por ela fiscalizados e também pela opinião pública; no primeiro caso, porque garante a efetividade de seus comandos (e, potencialmente, do atendimento aos fins da Constituição), bem como demonstra o respeito em nível institucional entre os Poderes do Estado; no segundo, porque, no longo prazo, é a opinião pública quem consagra ou rejeita a Corte como instituição política.³⁵⁸

E as decisões das Cortes Constitucionais serão tão mais aceitas pelos demais Poderes e pela opinião pública quanto mais o povo participar das decisões sobre a interpretação da Constituição. Assim é que, além da ventilação democrática das Cortes Constitucionais antes mencionada, a Constituição deve providenciar um conjunto de regras e diretrizes que garanta o exercício, pelos juízes constitucionais, de uma capacidade de reflexão e imparcialidade.

Ademais, a própria Corte, com base nesses elementos, deve se esforçar para obter sua legitimidade e credibilidade pela demonstração da qualidade de suas decisões à sociedade. Essa legitimidade funcional decorrente do desempenho da Corte reduziria sua politização sem afetar o regular exercício de sua função política, fugindo da armadilha de que juízes não têm (ou não devem ter) convicções políticas e morais.

A ligação entre Corte e povo que permita a participação deste nas decisões importantes sobre a Constituição também deve se revelar na capacidade da Corte de retomar os compromissos democráticos assumidos em momentos distintos. Nenhum dos agentes democráticos (eleitos ou não) possui credenciais para tomar decisões aleatórias. As Cortes, porém, não sujeitas ao escrutínio das urnas, podem sedimentar uma “memória coletiva” do povo, em suas distintas encarnações e nos distintos tempos da política. Como na metáfora da “*living tree*”³⁵⁹ (ainda que no contexto argumentativo de certa flexibilidade

³⁵⁷ Cf. A jurisdição, cit., p. 154.

³⁵⁸ Cf. Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 61.

³⁵⁹ “By its nature, a Charter is ‘a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.’ It is an instrument which must, within limits inherent in its nature as part of a constitution, be allowed to grow and

do *common Law*), as Cortes podem ser o elo de ligação entre o povo atual e o povo do compromisso constitucional, valendo-se da jurisprudência (que evolui, porém, gradualmente) para nem se manterem presas a grilhões do passado nem jogarem tudo ao alto a cada mudança.

Nesse contexto, as Cortes não devem ser encaradas como *meramente compatíveis* com a democracia, *podendo*, por isso, ser mantidas. Antes, as Cortes devem ser compreendidas como *necessárias* à democracia, *devendo*, por isso, ser mantidas, em condições em que possam melhor desenvolver suas potencialidades, contribuindo para o bom funcionamento da democracia.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARENA POLÍTICA

4.1 A função política do Supremo Tribunal Federal

Como visto anteriormente, a política é uma das funções do Estado por meio da qual escolhe um, dentre os diversos caminhos possíveis, para alcançar os fins a que se propõe. Esta função política não se reduz ou se confunde com a função legislativa, embora a ela esteja intrinsecamente ligada³⁶⁰, mais, inclusive do que as demais funções estatais, porque, normalmente, o meio de veiculação da vontade política é um ato jurídico, comumente, a edição de uma lei.³⁶¹⁻³⁶²

Nesse sentido, nas democracias contemporâneas, a Constituição é o instrumento por meio do qual o Estado distribui o exercício do poder para que cada um dos órgãos que eleger possa exercer a parcela de função política que lhe for atribuída. A lei, por sua vez, é o principal (embora não único) instrumento de veiculação da vontade política do povo para buscar os fins pretendidos pela Constituição, tendo como principal e típico criador o Poder Legislativo.

No entanto, como, de um lado, a função política diz respeito à escolha de caminhos, em temas fundamentais, para alcançar os fins almejados em prol do bem comum, e, de outro, não equivale à função legislativa, a outros órgãos do Estado também é conferido seu

³⁶⁰ Cf. Nuno Piçarra, ob. cit., p. 254.

³⁶¹ Se, de um lado, nem sempre ao exercício da função política segue-se o exercício da função legislativa (a tomada de decisão política nem sempre leva à edição de uma lei), de outro, o exercício da função legislativa pode ocorrer sem que previamente tenha sido exercida a função política (pode ser editada uma lei sem tomada de decisão política). Como observa Leonardo André Paixão, “a função política diz respeito à opção em temas fundamentais para a preservação do Estado ou promoção do bem comum, ao passo que a elaboração das leis nem sempre diz respeito a temas absolutamente fundamentais para esses campos.” (Cf. ob. cit., p. 50).

³⁶² Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que “[o] princípio da legalidade continua de pé [mas] com um caráter meramente formal. Significa tão somente que é necessário ato do Parlamento ou do Executivo [sem] qualquer cogitação sobre o conteúdo da lei, exceto no caso particular da verificação de constitucionalidade. Desde que a forma seja respeitada, o Estado pode fazer a lei mandar o que for, por repugnante que seja. [...] Por outro lado, sendo um processo de governo, tendo de gerir o mundo econômico e social que, na sociedade industrial, está e, rápida transformação, mudando a orientação do governo a cada eleição, o número de leis se multiplica. E quanto maior é o número dessas leis, evidentemente é menor a importância dos assuntos por que se preocupam. O grande número, a insignificância de seu objeto, o particularismo de suas intenções, tudo isso gera a desvalorização das leis.” (Cf. *Do processo*, cit., p. 150-151).

exercício, dentre os quais aos juízes, ordinários ou constitucionais. Em outras palavras, ainda que, nas democracias constitucionais, predominantemente, a função política esteja a cargo dos órgãos dotados de legitimidade democrática direta (isto é, que são compostos por representantes eleitos pelo povo³⁶³), o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais também a exercem, regular e constitucionalmente.³⁶⁴

4.1.1 O Supremo Tribunal Federal como Poder de Estado

Nas democracias, o povo é o soberano e os Poderes constituídos são órgãos de soberania encarregados do exercício da função política na condução dos assuntos do Estado. Nessa estruturação, as Cortes Constitucionais, também chamadas “à concretização da vontade política constitucionalizada pelo soberano”³⁶⁵ – ou seja, o povo, no momento constituinte – exercem função política como decorrência de sua própria natureza constitucional.³⁶⁶

Cezar Saldanha Souza Junior, inclusive, considerando três níveis de fins do Estado, com dois campos de tarefas em cada qual (sempre um mais jurídico e outro mais político, embora não exclusivamente, um ou outro) caracteriza a jurisdição constitucional como

³⁶³ Há, ainda, hipóteses em que o povo, diretamente, exerce função política, no sentido aqui utilizado, como, por exemplo, nos casos de plebiscito e referendo.

³⁶⁴ Como já ressaltada na parte introdutória, o órgão que exerce a jurisdição constitucional, comumente, também exerce outras funções de garantia jurídica da Constituição (tais como a tutela de direitos fundamentais, o controle da legitimidade dos partidos políticos, o foro privilegiado para o julgamento de membros dos poderes estatais etc.) que não, necessariamente, corresponderão ao exercício de função política. Cf., a propósito, Mauro Cappelletti, *O controle*, cit., p. 24-25). “Com relação ao Supremo Tribunal, o exercício de função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares”. (Cf. Miguel Seabra Fagundes, *A função política do Supremo Tribunal Federal*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 134, out./dez. 1978, p. 2).

³⁶⁵ Cristina Queiroz, *Os actos políticos no Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 112.

³⁶⁶ Em sentido contrário, citando o exemplo de Jorge Miranda, baseado na Constituição Portuguesa, Leonardo André Paixão ressalva que há autores que não consideram os tribunais constitucionais como órgãos de soberania, qualificação que ficaria restrita aos órgãos tradicionalmente políticos na lógica da separação de poderes (ainda que com algumas variações). Destaca Leonardo Paixão, no entanto, que essa qualificação não afeta o exercício de função política pelos tribunais constitucionais. (Cf. ob. cit., p. 65-66).

uma função específica, que, portanto, no que denomina “sistema de *hexapartição de poderes*”, é alocada no Tribunal Constitucional, órgão de soberania.³⁶⁷

O Tribunal Constitucional opera por meio de técnicas jurídicas próprias de jurisdição. *Instrumentalmente*, a função por ele desempenhada é de *natureza jurisdicional*. Assim, o Tribunal carece de iniciativa própria se pronunciando por instância de legitimados. Utiliza-se de todos os recursos da hermenêutica jurídica. Curva-se às exigências do processo jurídico devido. Manifesta-se por meio de acórdãos e tem de justificar todas as decisões.

Enfim, o Tribunal constitucional cria direito. A forma do ‘produto final’ de sua atividade é legislativa, inicialmente negativa, mas, atualmente, também positiva. Portanto, na *forma*, de sua ação sobre o ordenamento jurídico, a função do Tribunal Constitucional é de *natureza legislativa*. Suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram na matéria de fato concreto. (...)

Em suma, entendemos que o Tribunal Constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa.³⁶⁸

Assim, o Tribunal Constitucional exerce importante função política que, originalmente, na estrutura do Estado tradicional, competiria ao chefe de Estado, mas cuja complexidade político-jurídica exige legitimidade e técnica especiais. A defesa e a concretização da Constituição – normativa e suprema – demanda órgão apto a cuidar do consenso político da Constituição e do conflito político da legislação, como árbitro ou moderador.³⁶⁹

A importância e a função políticas decorrem também das consequências políticas³⁷⁰ das decisões das Cortes Constitucionais, uma vez que seu impacto tende a ser muito mais amplo e sobre todo o sistema político³⁷¹, exigindo do intérprete a consideração de elementos que ultrapassam a argumentação exclusivamente jurídica, na medida em que

³⁶⁷ Para Kelsen, tanto os juízes ordinários quanto os juízes constitucionais são aplicadores e produtores do Direito e, portanto, exercem função política, os segundos, em grau maior, na medida em que eliminam uma norma geral do ordenamento, funcionando como legisladores negativos: “a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.” (Cf. Quem deve ser, cit., p. 253).

³⁶⁸ Cf. *O tribunal constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*, São Paulo, Memória Jurídica, 2002, p. 122. No mesmo sentido, cf. Eduardo García de Enterría ob. cit., p. 180.

³⁶⁹ Cf. Cezar Saldanha Souza Junior, ob. cit., p. 120-121.

³⁷⁰ Cf. Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 183.

³⁷¹ Eduardo García de Enterría destaca “[e]l peso de la responsabilidad hacia todo el cuerpo político y hacia todo el pueblo” decorrente das decisões do Tribunal Constitucional. (Cf. Ob. cit., p. 185, nota 132).

suas decisões devem estar orientadas também para o enfoque político sistemático da Constituição.³⁷²

Portanto, ainda que, com características e limites específicos (como a via jurisdicional e a necessidade de provocação para sua movimentação), ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis (seja confirmando³⁷³, seja negando sua validade), os Tribunais Constitucionais têm a oportunidade (constitucionalmente conferida) de participar da definição da política estatal e da escolha dos meios para sua realização, exercendo função política.

Nesse cenário, não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, até mesmo porque “funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do poder público”³⁷⁴. A extensão do exercício da jurisdição constitucional pela via abstrata das ações diretas, paralelamente à proteção dos direitos via controle concreto, e um parâmetro de controle representado por uma Constituição plural e analítica, tornam o Supremo Tribunal Federal o maior responsável pela proteção da Constituição e qualificam-no como um importante e destacado papel na consecução dos fins do Estado.

Esse exercício de função política, como um poder de Estado, é reconhecido pela doutrina clássica sobre o tema. Seabra Fagundes, ainda sob a égide da Constituição anterior à de 1988, ressalta o conflito entre Poder Executivo e Poder Legislativo, nos sistemas de governo presidencialistas, para destacar a assunção de um “papel magno na dinâmica do governo”: por natureza, o órgão das soluções jurídicas, “da presença afirmativa e enérgica do mais alto tribunal da República dependerá, nos regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito das instituições políticas.”³⁷⁵

Note-se que Seabra Fagundes reconhece esse exercício de função política desde a primeira Constituição republicana, de 1891, quando, por meio da introdução do controle de

³⁷² Cf. Francisco Fernández Segado, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 79.

³⁷³ Embora com menor impacto no ordenamento jurídico, porque confirma a presunção existente em favor da lei, a declaração de constitucionalidade também desempenha papel importante ao reiterar a legitimidade da lei como ato jurídico formal e da própria escolha política por ela veiculada, bem como direcionar as futuras decisões políticas a serem tomadas pelos demais órgãos do poder estatal. Cf., a propósito, Leonardo André Paixão, *ob. cit.*, p. 78-79.

³⁷⁴ Cf. *A função política*, cit., p. 2.

³⁷⁵ Cf. *A função política*, cit., p. 1.

constitucionalidade das leis e atos administrativos³⁷⁶, o Supremo Tribunal é investido “na capacidade de, interpretando juridicamente o texto da Constituição, traçar, em consequência, o alcance das diretrizes políticas nele subjacentes.”³⁷⁷

Ademais, ao destacar a função do Supremo Tribunal Federal de “dirimidor de todas as situações contenciosas, em que são partes os Poderes Legislativo e Executivo”, antes da ampliação da promulgação da Constituição de 1988 e, conseqüentemente, da ampliação das suas competências, notadamente, no controle de constitucionalidade de leis, Seabra Fagundes aponta que, como tribunal supremo, “há de situar-se, necessariamente, com jurisdição para dizer a palavra inapelável e final, sempre que arguida ilegalidade ou inconstitucionalidade do comportamento dos outros dois poderes.”³⁷⁸

É a mesma conclusão de Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal desde 2013: ainda que reconheça que o debate e o reconhecimento da vontade constitucional devam buscar outros intérpretes, inclusive, o povo diretamente, por meio de seus canais de expressão fora do Estado, destaca que é um “fato” o pertencimento da “última palavra acerca da interpretação da Constituição”³⁷⁹ ao Poder Judiciário, notadamente, a Suprema Corte.

Por fim, o próprio Supremo Tribunal Federal compreende a “dimensão essencialmente política em que se projeta” sua atividade jurisdicional, bem como a atribuição a si do “monopólio da última palavra”³⁸⁰:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental,

³⁷⁶ Consoante o art. 59, §1º, b, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar recurso contra sentenças da Justiça dos Estados “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (Brasil, 1891, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>).

³⁷⁷ “Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é.” (Cf. A função política, cit., p. 1-2).

³⁷⁸ Cf. A função política, cit., p. 1.

³⁷⁹ Cf. Jurisdição, cit., p. 15.

³⁸⁰ Ou, como já disse o Min. Sepúlveda Pertence, “[t]emos a responsabilidade de errar por último” (MS 24.045, j. 28.4.2005, p. 207).

reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

[ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.]³⁸¹

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, ainda que órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, não pode ser tido como instituição estritamente legal ou jurídica (especialmente, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, tarefa na qual detém o monopólio da palavra final no atual desenho institucional), sob pena, inclusive, de diminuir sua relevância, a pretexto de fundamentar sua legitimidade em suposta neutralidade³⁸² científica do Direito.

4.1.2 Do “supremo desconhecido” ao diagnóstico da “Supremocracia”

O Brasil, desde sua independência, sob a influência do ideário liberal, adotou o princípio da separação de poderes como base do esquema de organização dos poderes políticos, ainda que sob a égide da Constituição de 1824 não tenha adotado a teoria clássica da tripartição, mas, sim, uma fórmula que contemplava também um Poder Moderador, delegado privativamente ao Imperador e responsável pela organização política e pela manutenção do equilíbrio.³⁸³

³⁸¹ Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, *A Constituição e o Supremo*, 2020, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#1076>>. O monopólio da última palavra, no entanto, como já visto, não equivale ao monopólio da interpretação, em si: “[a]lguns poderão interpretar essa locução [do art. 102, da Constituição de 1988, no sentido de que compete, ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição] como reservadora de um monopólio interpretativo da constituição ao Supremo, mas ao que tudo indica sequer o próprio tribunal afirma essa posição. No julgamento da ADI 221 MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 29.3.1990, o Supremo Tribunal expressa e excepcionalmente admitiu que os chefes dos poderes executivo e legislativo, em nome dos respectivos poderes, pudessem se recusar a aplicar leis ou atos normativos por considerarem-nos inconstitucionais.” (Cf. Sérgio Antônio Ferreira Victor, ob. cit., p. 169-170).

³⁸² Cf. Luís Roberto Barroso, *Jurisdição*, cit., p. 16 e 43.

³⁸³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 278.

Mas, por conta da influência liberal de viés francês, a Constituição de 1824 evitou a configuração de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, não atribuindo, pois, o papel político ao Poder Judiciário, tal qual fizera a Constituição dos Estados Unidos.³⁸⁴ Assim, até o advento da República, não se estabeleceu, no Brasil, uma jurisdição constitucional, prevalecendo, no período, a influência do Poder Moderador e do Poder Legislativo.³⁸⁵

Com a República e a influência liberal de viés estadunidense, introduziu-se no novo arranjo institucional da separação de poderes o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário e competente para o julgamento do recurso extraordinário (Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890), constitucionalizando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Texto de 1891, de natureza judicial e repressiva.³⁸⁶

Neste ponto, apresenta-se o primeiro problema da jurisdição constitucional brasileira: os impactos das diferenças entre a tradição jurídica romano-germânica adotada no Brasil e o *common Law* adotado nos Estados Unidos. E isso porque, enquanto a figura do *stare decisis*, típica do poder de julgar no *common Law*, conferia racionalidade ao sistema e preponderância à Suprema Corte, a falta de um elemento de coesão, no Brasil, implicou, de um lado, sua busca pela via normativa e, de outro, a expansão do papel político a todos os juízes, aumentando-lhes o poder ao permitir julgar com base diretamente na Constituição e sem qualquer vinculação a outros juízos ou decisões.³⁸⁷

Nessa esteira é que a Constituição de 1934, embora tenha rejeitado a criação de uma Corte Constitucional inspirada no modelo kelseniano³⁸⁸, buscou introduzir mecanismos tendentes a atenuar a falta do *stare decisis* no controle concreto de

³⁸⁴ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 1193. No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 178 e 183.

³⁸⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Princípios*, cit., p. 271-272.

³⁸⁶ Cf. Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 57. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Conforme destaca Elival da Silva Ramos, “[t]ratava-se, com efeito de um controle difuso, quanto ao aspecto orgânico ou competencial; incidental, concreto e subjetivo, quanto ao aspecto modal ou procedimental; gerador de decisões com efeitos *inter partes*, decisões essas de natureza meramente declaratória, com aparência de retroatividade total, no plano da eficácia temporal, indicativas da nulidade *ab initio* e de pleno direito do ato impugnado” (Cf. *Controle*, cit., p. 187-188).

³⁸⁷ Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Controle*, cit., p. 140-141.

³⁸⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 1198.

constitucionalidade, por meio da regra do *full bench* (maioria do tribunal para as decisões de inconstitucionalidade) e da competência do Senado Federal para suspender a execução da lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, assim, conseguir o almejado efeito *erga omnes*.³⁸⁹

Além disso, foi introduzida a representação interventiva, de iniciativa do Procurador Geral da República, por meio da qual se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para a declaração da constitucionalidade das leis interventivas, condicionando sua eficácia a tal decisão.

Importante notar que o momento é de expansão do Estado Social e é o próprio texto constitucional que busca acomodações no desenho institucional da separação de poderes, especialmente, da jurisdição constitucional, capazes de responder aos novos desafios de intervenção nas esferas econômica e social.

O curto período de vigência da Constituição de 1934, com a instalação da ditadura do Estado novo e a outorga da Constituição de 1937, não permitiu o desenvolvimento do novo modelo e a possibilidade de avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal.

A nova configuração da Constituição de 1937 confiava a jurisdição constitucional ao Poder Judiciário, mas admitia sua superação pelo Poder Legislativo, a partir da provocação do Poder Executivo. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de uma lei, caso fosse considerada “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento”³⁹⁰, sendo a votação qualificada favorável capaz de superar a decisão do STF.

Se, por um lado, instaura-se um interessante equilíbrio entre os poderes também no que diz respeito a defesa da Constituição, o reflexo da ditadura política de Getúlio Vargas fez pesar contra o modelo a crítica de desconsiderar a própria supremacia da Constituição, cerne do modelo de controle de constitucionalidade gestado por Marshall.³⁹¹

³⁸⁹ Cf. Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 197.

³⁹⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 1198.

³⁹¹ Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 203.

Com o retorno da democracia, em 1945, instalou-se uma Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1946, restaurando a jurisdição constitucional e atribuindo a palavra final ao Supremo Tribunal Federal. No novo documento, mantendo-se o controle concreto com os mecanismos do *full bench* e da suspensão da lei inconstitucional por resolução do Senado Federal, ampliou-se o conteúdo da representação interventiva, permitindo ao Supremo Tribunal Federal “aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados ‘princípios sensíveis’”.³⁹²

Assim, ampliou-se o controle abstrato da constitucionalidade das leis, pois, ainda que a legitimidade ativa continuasse restrita ao Procurador Geral da República, o Supremo Tribunal Federal podia ser provocado a exercer seu juízo de constitucionalidade diretamente em relação aos atos estaduais violadores da Constituição (e não apenas em relação à lei interventiva).

No entanto, a verdadeira assunção de um perfil abstrato na jurisdição constitucional brasileira ocorreu já no período do governo militar, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu a representação de inconstitucionalidade, instrumento que, também de legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República (cargo à disposição do Chefe do Poder Executivo), permitia o controle da compatibilidade de leis e atos normativos federais e estaduais em face diretamente de qualquer dispositivo da Constituição Federal, independentemente de um caso concreto.³⁹³

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, também editadas no período militar, embora estabelecendo nova conformação ao princípio da separação de poderes, especialmente no que diz respeito às restrições ao Poder Legislativo, mantiveram ambas as feições concreta e abstrata da jurisdição constitucional.

Importante aspecto a observar, pois, na jurisdição constitucional exercida de forma abstrata no período pré-1988, refere-se à restrita legitimação ativa apenas nas mãos do Procurador Geral da República, cargo de livre disposição do Presidente. Além das dúvidas decorrentes de uma efetiva separação de poderes em um período ditatorial,

³⁹² Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 60-61.

³⁹³ Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle*, cit., p. 210; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 1202-1204. Cf., ainda, José Levi Mello do Amaral Júnior, *Controle*, cit., p. 140-141.

inevitável também a questão relativa ao impacto da atuação do Procurador Geral da República no papel reservado ao Supremo Tribunal Federal na separação de poderes.

Tais questões, se não foram plenamente respondidas, foram alvo de preocupação também dos constituintes de 1987/1988 que, ao redigirem a atual Constituição democrática, ampliaram, significativamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade, especialmente em sua feição abstrata, mantendo tendência de resposta às necessidades do Estado Social contemporâneo.

Assim é que foi ampliada a legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade, garantindo o acesso ao Supremo Tribunal Federal ao Poder Executivo (federal e estadual), ao Poder Legislativo (federal e estadual) e à sociedade civil³⁹⁴, na forma do art. 103, da Constituição.³⁹⁵

Tal aspecto é essencialmente importante para a proposta de pesquisa, na medida em que parte da doutrina brasileira credita parcela da atual participação e preponderância do Supremo Tribunal Federal na vida política brasileira a tal ampliação no rol de legitimados.³⁹⁶

Outro ponto central no exame do papel do STF na separação de poderes pós-1988 – e que está diretamente ligado ao próprio conteúdo das normas constitucionais –, refere-se

³⁹⁴ Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Controle*, cit., p. 144.

³⁹⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

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

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

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

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

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

(Brasil, 1988).

³⁹⁶ Cf. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 160.

ao controle da omissão normativa não apenas concretamente (por mandado de injunção), mas, também, de forma abstrata, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a mesma legitimação estendida.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental também foi uma inovação do constituinte de 1988. Trata-se também de controle de constitucionalidade na modalidade abstrata, cuja densidade está diretamente relacionada à regulação de seu processo e à definição, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de sua abrangência.

Finalmente, o constituinte derivado alterou a configuração da jurisdição constitucional brasileira de forma significativa em duas oportunidades: a Emenda Constitucional nº 03/1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade com “eficácia contra todos e efeito vinculante”, e a Emenda Constitucional nº 45/2004, que equiparou o rol de legitimados da ação declaratória de constitucionalidade ao da ação direta de inconstitucionalidade e que atribui a eficácia contra todos e efeito vinculante também às decisões proferidas em sede desta última ação.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou, ainda, o controle concreto de constitucionalidade (em direção a uma maior preponderância do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais poderes) ao estabelecer (i) a repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários e (ii) a súmula vinculante.

Assim, embora a jurisdição constitucional brasileira tenha continuado a ser exercida por todos os juízes e tribunais do Poder Judiciário, com base nos julgamentos de litígios concretos, é certo que, ao longo da história constitucional, experimentou um movimento de ampliação da participação e da importância do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir da Constituição de 1988.

Isso se deu tanto no controle abstrato por meio da inclusão de novos legitimados (inclusive da sociedade civil) para propositura das ações e por meio da criação de novos instrumentos de controle, quanto no controle concreto, por meio de uma tendência centralizadora como sucedâneo do *stare decisis*, de forma que, institucionalmente, percebe-se o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e, em grande medida, sua preponderância no arranjo da separação de poderes.

4.2 O Supremo Tribunal Federal como orientador de políticas

Na linha proposta por Kelsen para a conformação de seu desenho de Tribunal Constitucional que realiza o controle de constitucionalidade de forma concentrada³⁹⁷, Seabra Fagundes acreditava que a natureza jurisdicional do Supremo Tribunal Federal jamais permitiria “supor que a função política da alta corte significa permitir-lhe a acomodação dos julgados a conveniências conjunturais [uma vez que] rendendo-se a elas [razões de Estado], o Tribunal negaria a sua própria razão de ser.”³⁹⁸

Nessa senda, muito embora destaque que “[o] tribunal não arma critérios políticos para os dois órgãos dinâmicos do governo (Presidente da República e Congresso Nacional), mas revela, pela exegese da Lei Maior, princípios ínsitos no seu texto”³⁹⁹, seu discurso permite detonar que, desde o início do controle de constitucionalidade no Brasil, além do “óbvio” exercício da função política (“porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do poder público”⁴⁰⁰), o Supremo Tribunal Federal sempre esteve autorizado a concretizar as escolhas políticas “subjacentes” à Constituição.

No entanto, além da atuação como Poder de Estado decorrente da própria Constituição, a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal encontra respaldo também em seu peso moral e na “força convincente das razões de seus arestos.”⁴⁰¹ Ou seja, da sua legitimidade constitucional, do seu capital político e da sua deliberação decorre a sua legitimidade para o exercício de função política, para tomar decisões em nome da coletividade, invalidando leis que o fizeram em um sentido que o tribunal julgou ser contrário à Constituição.

E isso porque, ao tomar decisões sobre questões políticas controvertidas (para as quais também está constitucionalmente habilitado, assim como os demais Poderes) e

³⁹⁷ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, t. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 289.

³⁹⁸ Cf. A função política, cit., p. 2-3.

³⁹⁹ Cf. Miguel Seabra Fagundes, A função política, cit., p. 2.

⁴⁰⁰ Cf. Miguel Seabra Fagundes, A função política, cit., p. 2.

⁴⁰¹ Cf. Miguel Seabra Fagundes, A função política, cit., p. 1.

escolhendo entre alternativas sobre as quais há alguma incerteza⁴⁰², o Supremo Tribunal Federal se apresenta como instituição política, premissa que deve ser considerada para orientar qualquer debate sincero sobre democracia, concretização da Constituição e os limites do exercício da função política diante do alcance nas normas constitucionais.

4.2.1 A judicialização de questões políticas no Brasil

Se, por um lado, a politização do Judiciário é a mencionada participação ativa desta esfera de Poder do Estado, na inovação – compreendida amplamente – da ordem jurídica, por meio de um controle positivo e prescritivo, é certo, por outro, que tal atividade do Poder Judiciário depende de sua provocação, de sua impulsão, quer para a solução de conflitos subjetivos (conflitos de interesse *inter partes*), quer para a solução de conflitos objetivos (conflitos normativos).

Ou seja, independentemente das críticas que se possa fazer à expansão do poder e da função política do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, conforme razões apontadas acima, ele não chegou lá sozinho. A inação dos demais atores políticos e a elevada demanda individual e social, no contexto de uma Constituição com um rol muito maior de competências, levaram a essa configuração. Os juízes responderam foram chamados e corresponderam.

Ocorre que, paralelamente a esse chamado e a sua resposta, a judicialização dos mais diversos aspectos da vida, em geral, e a judicialização da política, em particular, acabaram por gerar efeitos não pretendidos, como problemas na relação com os demais poderes, desequilíbrios nos orçamentos e politização do Judiciário, efeito particular e

⁴⁰² De acordo com Robert A. Dahl, “A policy decision might be defined as an effective choice among alternatives about which there is, at least initially, some uncertainty [and] An effective choice is a selection of the most preferable alternative accompanied by measures to insure that the alternative selected will be acted upon.” (Cf. Robert A. Dahl, *Decision-making*, cit., p. 279). Sobre “policy-making-decisions” nos sistemas de *common Law*, cf., ainda, Francisco Fernández Segado, *El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*, in Fernando Luiz Ximenez Rocha; Filomeno Moraes, *Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005 p. 214.

específico “certamente não previsto nem programado pelos que a elaboraram [a Constituição]”⁴⁰³.

Isso não bastasse, a partir da Constituição Federal de 1988, com a imposição da observância dos princípios norteadores da Administração Pública, constituídos por conceitos jurídicos amplos e indeterminados, os tradicionais instrumentos de controle negativo do Poder Público em relação às liberdades individuais (mandado de segurança, ação popular e ação civil pública) passaram a servir também à concretização dos direitos sociais (saúde, educação etc.), por parte do Poder Judiciário.⁴⁰⁴

Nessa mesma toada, o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, (i) com a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como (ii) com a inclusão (por emenda constitucional) da ação direta de constitucionalidade, conferiu ao Supremo Tribunal Federal maior papel político no controle abstrato das normas, o que foi ainda mais exacerbado pela edição da Lei 9.868/1999 que, em seu artigo 27, introduziu a possibilidade de modulação dos efeitos, no tempo, das declarações de inconstitucionalidade efetuadas pelo STF.⁴⁰⁵ Ou seja, aquela sua função que antes decorria apenas de sua atuação como um órgão de cúpula de um dos Poderes da República, passa a ser uma função política distinta e mais forte, orientadora da política, por meio de decisões que elegem alternativas dentre várias possíveis para alcançar os fins do Estado.

Nesse contexto, então, a judicialização dos aspectos sociais da vida e a judicialização das questões políticas, ensejadas ambas pela inércia dos demais Poderes e pelo clamor social, levaram os órgãos do Poder Judiciário e seus integrantes, os juízes (notadamente, os Ministros da Suprema Corte, mas não só eles) a, na prática de sua atividade-fim, isto é, na prolação de decisões judiciais, exercer “novos poderes” que, antes, pertenciam apenas aos Poderes Legislativo e Executivo. Esta compreensão foi reforçada, ainda, (i) pelo monopólio da palavra final no que diz respeito à interpretação da Constituição (e, conseqüentemente), nas mais variadas questões políticas e sociais (vez que estas sempre estariam, em alguma medida, atreladas a questões jurídico-constitucionais) e

⁴⁰³ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político...*, p. 86.

⁴⁰⁴ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político...*, p. 87.

⁴⁰⁵ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 87-88. Evidente o papel político da modulação dos efeitos à medida que o Supremo Tribunal Federal pode, na prática, manter os efeitos de ato normativo declarado inconstitucional, ou seja, manter, no ordenamento jurídico, norma que contradiz a Constituição.

(ii) pelo papel de “guardião” dos interesses do povo (que os Poderes Legislativo e Executivo ou, simplesmente, deixavam de atender ou não atendiam com a qualidade esperada/desejada).

Como consequência desse certo tipo de “transferência de poderes”, passou-se, muito rapidamente, da judicialização da política (fenômeno que deu condições ao Poder Judiciário para se ver como plenipotenciário, à medida que toda sorte de questão lhe era submetida) à politização do jurídico (fenômeno em razão do qual o Poder Judiciário passou a decidir as questões que lhe são submetidas – algumas vezes, até mesmo indiretamente –, distanciando-se do critério jurídico para adentrar a seara de concretização de atos normativos a políticas públicas).

Em outros termos, em decorrência da judicialização das questões, o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, experimentou uma politização além do sentido tradicional, como visto acima. Os juízes e ministros, até em decorrência da já citada proibição do *non liquet*, passaram a se ver como os verdadeiros responsáveis pela tarefa de oferecer uma resposta rápida aos anseios políticos e sociais dos cidadãos que os Poderes Legislativo e Executivo não conseguiam atender.

Com isso, paulatinamente, enquanto exercem a sua atividade rotineira, vão ficando cada vez mais abertos para as decisões de natureza política, mas sem se desvincular da estrutura de raciocínio jurídico, o que os leva a crer em uma falácia: que todas (ou quase todas) as questões que lhes são submetidas têm sempre uma dimensão jurídica. Sem perceber, então, vão se desvinculando de sua função constitucional-jurisdicional típica para invadir os núcleos essenciais de atuação dos demais Poderes, mas travestindo juízos valorativos e juízos de conveniência e oportunidade – que não se confundem e não correspondem à sua atividade interpretativa – com roupagem de argumentação jurídica. Passam a decidir com a vontade, embora continuem buscando fundamentação na razão e, assim, produzem decisões vinculativas, vezes *inter partes*, vezes *erga omnes*, que ora inovam no ordenamento jurídico (atividade legislativa), ora implementam políticas públicas (atividade executiva).

Como se vê, não vêm de outro lugar as diversas críticas formuladas a essa postura (que muitos acusam da pecha de ativista⁴⁰⁶), opondo a ela tanto as dificuldades do juízo de conveniência e oportunidade, em contexto de recursos escassos, quanto a falta de legitimidade democrática⁴⁰⁷, e, por que não, certo elitismo⁴⁰⁸ e desigualdade, já que, muitas vezes, os menos favorecidos, histórica e economicamente, não detêm meios adequados e suficientes de acesso à justiça.

Nesses termos é que provoca Manoel Gonçalves Ferreira Filho se talvez não seja preciso reconhecer “que o sistema político brasileiro é um governo misto – como se dizia no passado – em que se combinam monarquia, aristocracia e democracia, cabendo ao Judiciário o elemento aristocrático – uma nobreza de toga, como no Antigo Regime francês”⁴⁰⁹. O elemento monárquico repousando no Presidente da República (chefe do Poder Executivo) e o democrático, no Poder Legislativo, deixa a sobreposição do aristocrático ao Poder Judiciário, correndo-se o risco real de que, sem o adequado balanço, incidamos “no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário”⁴¹⁰.

4.2.2 O Supremo Tribunal Federal como veto player

Esse o contexto fático, então, no qual a teoria deve buscar compreender o Poder Judiciário, particularmente, o Supremo Tribunal Federal: expansão constitucional de

⁴⁰⁶ Neste tocante, vale citar a definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o ativismo judicial ocorre quando, “acostumando-se a decidir questões políticas, o Judiciário, ou melhor os Juízes, podem ceder às tentações de suprir com suas liminares ou julgamentos a atuação dos demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos.” (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 90).

⁴⁰⁷ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 90.

⁴⁰⁸ “E em se tratando de questões morais, não há justificativa para dizer que os juízes são melhores que os cidadãos. Em outras palavras, não há razão para supor que os direitos estarão mais bem protegidos pelos Tribunais do que pelo Parlamento. Ambos decidem por maioria e ambos acertam e falham. Sendo assim, a escolha pelo Tribunal em vez de pelo Parlamento importaria apenas na substituição de um procedimento democrático de decisão (no Parlamento) por outro procedimento antidemocrático ou mais “elitista” (o da jurisdição constitucional), no qual nada se ganha em termos de garantia de obtenção de um bom resultado, mas se perde em termos de garantia do direito de todos a uma participação igualitária na tomada de decisões políticas.” (Cf. Leonardo Varella Giannetti, *Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?* in *Revista Direito GV*, v. 12, nº 1, jan./abr. 2016, p. 138-139).

⁴⁰⁹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O papel político*, cit., p. 90.

⁴¹⁰ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial*, cit., p. 316.

competências, judicialização da vida, demandas policêntricas, de natureza econômico-social, porosidade dos juízes a influências políticas externas, politização da justiça.

Em uma visão mais ampla, como já visto alhures, dentre as principais condições da expansão do poder judicial, citam-se a existência de um governo democrático, a separação de poderes nas linhas de Montesquieu, a política de direitos (à medida que o reconhecimento de direitos contra as majorias aumenta a importância política dos juízes), o uso do Poder Judiciário por grupos de interesse, o uso do Poder Judiciário pela oposição política, a inefetividade das instituições majoritárias, as percepções dos problemas das instituições tradicionais, a delegação pelas instituições majoritárias.⁴¹¹

Como consequência dessa nova configuração, tanto a jurisdição constitucional (como mecanismo de limitação do poder) quanto a constitucionalização de determinados direitos⁴¹² representam “pontos de veto” (*veto points*) introduzidos pela Constituição ao processo decisório típico dos Poderes Executivo e Legislativo e que tem por condão, justamente, limitar as decisões políticas.⁴¹³ Ou seja, não se trata de mero paradoxo das consequências e, embora não se tenha desejado, propriamente, a influência política dos juízes, notadamente, os juízes constitucionais, foi a concepção de direitos vigente na maior parte do século XX que, efetivamente, desejou fazer essas mudanças, reconhecendo a força normativa da Constituição.

Ocorre que tais pontos de veto aos processos político-decisórios tradicionais dependem de atores que os tornem efetivos (diferentemente, por exemplo, de dispositivos como as “cláusulas pétreas”⁴¹⁴, núcleo inquebrantável da Constituição mesmo pelo poder

⁴¹¹ Cf. C. Neal Tate, *Why*, cit., p. 28-32.

⁴¹² Ran Hirschl, *ob. cit.*, p. 169.

⁴¹³ Cf. Arend Lijphart, *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países* (trad. port. Roberto Franco de *Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-six Countries*), Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003, p. 256-257; Ran Hirschl, *ob. cit.*, *Towards*, p. 6-10; Francisco Fernández Segado, *ob. cit.*, p. 925-926. No Brasil, cf. Rogério Bastos Arantes e Cláudio Gonçalves Couto, *Uma constituição*, cit., p. 18.

⁴¹⁴ Art. 60 (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(Brasil, 1988).

constituente derivado, que – quase – se basta em si⁴¹⁵). Assim, cabe à Constituição selecionar os atores políticos que poderão exercer esses pontos de veto, tornando-os “atores de veto” (*veto players*).

George Tsebelis deixa clara a noção de que estes “atores” ou “jogadores” de veto “atuam” ou “jogam” na arena política, isto é, exercem influências recíprocas, com vistas à alcance do resultado almejado, na medida em que a mudança de políticas depende da concordância de um determinado número de atores individuais ou coletivos, justamente os *veto players*, institucionais, se definidos pela Constituição, ou partidário, se definidos pelo sistema político.⁴¹⁶

Nesses termos, para responder a questão se o Poder Judiciário é um *veto player*, Tsebelis primeiramente faz a distinção entre o *common Law* e o *civil Law*, destacando a importância dos precedentes decorrentes das decisões e interpretações dos juízes, no primeiro, e a importância da lei, no segundo, uma vez que os juízes apenas interpretam-nas, não as elaboram. De acordo com essa distinção, portanto, o papel do Poder Judiciário deveria ser mais importante nos países filiados à tradição do *common Law*. Contudo, análises recentes demonstram uma convergência entre os dois sistemas, de modo que, também nos países em que impera o *civil Law*, o precedente tem ganhado força no sistema jurídico e fortalecido também os juízes como *veto players*.⁴¹⁷

Assim, a análise da atuação do Poder Judiciário depende não tanto do sistema ao qual o país é filiado, mas, principalmente, (i) da dificuldade do sistema político de superar as interpretações legais ou constitucionais e (ii) do exercício ou não da jurisdição constitucional.⁴¹⁸

Quanto ao primeiro ponto, tem-se que o jogo legislativo e a capacidade dos atores políticos de mudar o *status quo* estão ligados à independência do Poder Judiciário: se este puder ser legislativamente superado ao fazer escolhas das quais os *veto players* discordem,

⁴¹⁵ Quase porque, no limite, se for dado seguimento a uma proposta de Emenda à Constituição tendente a abolir uma das cláusulas petrificadas pelo Constituinte, sem que seja barrada pelas Casas Legislativas, caberá ao Poder Judiciário exercer seu papel de autoridade. Mas, o fato é que a proibição, em si, já exerce constrangimento suficiente pela sua mera existência.

⁴¹⁶ Cf. *Veto Players: How Political Institutions Work*, p. 12. Disponível em <http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4756/tsebelis_book.pdf>.

⁴¹⁷ Cf. ob. cit., 326-327.

⁴¹⁸ Cf. George Tsebelis, ob. cit., p. 321.

sua tendência é evitar tais decisões. Ou seja, o Poder Judiciário tentará interpretar as leis de acordo com seu ponto de vista, buscando afastar a possibilidade de ser superado.⁴¹⁹ Diante disso, em sistemas com grande estabilidade decisória, os juízes buscarão interpretar as leis dentro dos limites do núcleo de unanimidade, mas no ponto mais próximo daquele que entendem ser o ideal, de modo que façam prevalecer seu ponto de vista sem que este seja afastado pelo Poder Legislativo.

O segundo ponto, contudo, é o que mais importa para identificar o Poder Judiciário como *veto player*. Se às Cortes é conferido, no exercício da jurisdição constitucional, o poder de determinar o significado da Constituição, podendo basear suas decisões nessas interpretações e invalidar leis, sem a possibilidade de superação pelos demais atores de veto do sistema político, pode-se compreender tais órgãos como importantes *veto players* desse sistema político.⁴²⁰ Assim, para Tsebelis, o Poder Judiciário não é um *veto player* quando atua exclusivamente na interpretação da lei, porque pode ser superado pelo Poder Legislativo. No entanto, é verdadeiro *veto player* quando atua na interpretação constitucional, porque sua decisão é suficiente para retirar a lei do ordenamento, sem possibilidade ou com grande dificuldade de superação pelos demais Poderes.⁴²¹

Nessa linha, a Constituição brasileira atribui pontos de veto ao Poder Judiciário como um todo (controle concreto de constitucionalidade e constitucionalização de direitos), mas o faz especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal (além da possibilidade de interpretar os direitos constitucionalizados, possui mecanismos no controle concreto que permitem conferir transcendência às suas decisões e o monopólio do

⁴¹⁹ Cf. George Tsebelis, ob. cit., p. 322.

⁴²⁰ Cf. George Tsebelis, ob. cit., p. 327.

⁴²¹ Cf. ob. cit., p. 327. No Brasil, as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem ser superadas por aprovação de Emenda à Constituição ou mesmo por majorias legislativas simples, uma vez que o constituinte e o legislador não está vinculado aos efeitos vinculantes da decisão da Suprema Corte. Em decorrência de uma Constituição analítica, com muitas questões de políticas públicas elevadas ao caráter constitucional, o sistema convive com as emendas e não causa estranheza a superação da inconstitucionalidade dessa forma, o que não ocorre no modelo estadunidense, por exemplo, cuja Constituição é sintética e o procedimento de alteração da Constituição ainda mais dificultoso. O caso talvez mais emblemático, no Brasil, de superação de inconstitucionalidade por emenda constitucional diz respeito à ADI 2.240: ao reconhecer a inconstitucionalidade relativa à criação, sem a lei complementar exigida, do município de Luis Eduardo Magalhães, o Supremo Tribunal Federal modou seus efeitos *pro futuro* e concedeu o prazo de 24 meses para que o Congresso editasse a lei complementar, sob pena de ter que extinguir o município. O Congresso não teve dúvidas: aprovou a Emenda Constitucional nº 57/2008, que convalidou os municípios cujas leis criadoras tivessem sido publicadas até 31.12.2006, não editando a lei complementar exigida. Cf., a propósito, Sérgio Antônio Ferreira Victor, ob. cit., p. 173-174.

controle abstrato em relação à Constituição Federal), conferindo-lhe proeminência e habilitando-o como verdadeiro *veto player* no sistema político.⁴²²

Em decorrência da inércia do princípio da indeclinabilidade (o juiz deve proferir uma decisão para o caso que lhe é levado a julgamento, mesmo havendo lacuna ou omissão na lei), muitas das decisões políticas são levadas ao Poder Judiciário, justamente porque o sistema político é incapaz de legislar sobre determinados temas em que não há suficiente consenso. Assim, o Supremo Tribunal Federal “operaria como um fórum alternativo de discussão das políticas aprovadas pelo Parlamento ou pelo Executivo, já que esses grupos não possuem voz junto ao Executivo e a atuação junto ao Parlamento seria muito custosa.”⁴²³

Portanto, a ampliação dos legitimados para a provocação do Supremo Tribunal Federal apontada no item precedente possibilita não apenas que as minorias parlamentares acionem a jurisdição constitucional abstrata, mas também conferem tal prerrogativa à sociedade civil.⁴²⁴⁻⁴²⁵ Atuando, pois, como *veto player*, modifica-se a relação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes, principalmente o Poder Legislativo, na medida em que, ante a possibilidade de invalidação da lei, o Poder Legislativo aumenta a interação⁴²⁶ com o órgão jurisdicional com o objetivo de evitar tal resultado, o que pode levar a algo semelhante ao mencionado “governo dos juízes”⁴²⁷, mas também a

⁴²² Cf. Matthew M. Taylor, *Activating Judges: courts, institutional structure, and the judicialization of policy reform in Brazil, 1988-2002*, Georgetown University, Washington D.C., 2004. p. 154.

⁴²³ Cf. Ricardo Silveira Ribeiro, Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004), in *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(1), jan-jun 2012, p. 96.

⁴²⁴ Matthew M. Taylor dá o exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB como entidade à qual foi conferido importante ponto de veto pela Constituição, citando a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade em defesa de seus interesses de classe. (Cf. *O Judiciário*, cit., p. 238).

⁴²⁵ Quanto à legitimação do controle abstrato de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é restritiva, dividindo legitimados universais, com amplo papel de defesa da Constituição, e legitimados especiais, com atuação restrita à sua atuação e a seus filiados. (Cf. Luís Roberto Barroso, ob. cit., p. 161). De qualquer forma, tal configuração está no âmbito da autocontenção, já que a Constituição Federal não apresenta requisitos específicos, servindo antes para confirmar do que para afastar o papel ativo do Supremo Tribunal Federal na condução de políticas (no caso, de ampliação do acesso à sociedade civil).

⁴²⁶ Conforme observam Ernani Carvalho e Natália Leitão, “[a] ‘aprovação’ ou consenso entre as elites não é caracterizada por um rito formal, ela geralmente se dá por meios informais de barganha, pelo qual um parlamentar verbaliza, no Parlamento, a posição da Suprema Corte. Ou seja, ele sinaliza o caminho em busca do consenso.” (Cf. *O Poder dos Juízes: Supremo Tribunal Federal e o Desenho Institucional do Conselho Nacional De Justiça*, in *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n° 45, mar/2013, p. 17).

⁴²⁷ Cf. George Tsebelis, ob. cit., p. 327-328.

interessantes desenhos dialógicos, na medida em que ambos os Poderes se movimentam em ordem a obter os resultados políticos que desejam.⁴²⁸

Assim, muitas vezes o Supremo Tribunal Federal é chamado para verificar a constitucionalidade de decisões políticas tomadas pelo Congresso ou pelo Presidente e, em muitas dessas ocasiões, altera a implementação de políticas, legitimando ou deslegitimando certas escolhas, com impacto em todo o sistema político.

Esse papel é potencializado, ainda, em decorrência da dificuldade de se conseguir a maioria suficiente no Poder Legislativo para a governabilidade, transformando-se o Poder Judiciário – e, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal – em uma nova arena da disputa política pela oposição, com quatro objetivos (atrasar, inabilitar, desacreditar ou declarar), os quais variam a depender dos fundamentos da disputa.⁴²⁹ E, “quanto maior a distribuição do poder político existente no sistema político em si mesmo, maiores as possibilidades de o Judiciário vir a se manifestar independente e ativamente.”⁴³⁰

Cumpra, finalmente, levantar uma ressalva feita pelo próprio Tsebelis: muito embora o Poder Judiciário seja *veto player* quando interpreta a Constituição e decide sobre a validade das leis, na maioria das situações ele não atua como *veto player* porque está *absorvido*, isto é, já está dentro do núcleo de unanimidade de outros *veto players* em decorrência da sua forma de composição, especialmente das cortes constitucionais (indicação por um *veto player* ou acordo entre dois ou mais, na maioria dos casos). Assim, estar-se-ia diante de uma escolha política já direcionada de acordo com o núcleo de unanimidade dos atores envolvidos no processo de seleção.⁴³¹

⁴²⁸ Confira-se, a propósito, o caso do pagamento de auxílio-moradia deferido a todos magistrados do país por medida liminar do Ministro Luiz Fux, em 2014. Depois de vigorar, monocraticamente, por quase cinco anos, desde 2014, a decisão liminar foi revogada, mas condicionada ao reajuste dos subsídios dos magistrados. Ou seja, houve uma espécie de “barganha” do Judiciário com os outros Poderes, e não propriamente um julgamento, com fundamentações bem embasadas, sobre a legalidade ou não do benefício. (Cf. Natália, Portinari, Constitucionalistas criticam 'barganha' para acabar com auxílio-moradia, *O Globo*, 27 nov. 2018, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/constitucionalistas-criticam-barganha-para-acabar-com-auxilio-moradia-23262750>>).

⁴²⁹ Cf. Matthew M. Taylor, *Judging Policy*, cit., p. 3 e 10. Cf., ainda, Fabiana Luci de Oliveira, Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula, in *RBCS*, v. 27, n° 80, out. 2012, p. 91.

⁴³⁰ Cf. Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo, in *Direito, Estado e Sociedade*, n° 31, jul/dez 2007, p. 90-91.

⁴³¹ Cf. George Tsebelis, ob. cit., p. 330.

No entanto, conforme observa Matthew M. Taylor, o caso brasileiro oferece uma intrigante exceção à visão do Poder Judiciário como um simples *veto player* com preferências uniformes⁴³², o que, se de um lado, reforça a dificuldade de definir posições políticas⁴³³, de outro, permite compreender o Supremo Tribunal Federal como um *veto player* em sua atuação na jurisdição constitucional, sem que se verifique uma profunda absorção decorrente da indicação dos Ministros pelo Presidente da República com a sabatina pelo Senado Federal⁴³⁴, mas, de qualquer forma, um cenário fértil para discussões sobre mecanismos dialógicos.

⁴³² Cf. *Judging Policy*, cit., p. 3 e 10.

⁴³³ A forma de tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal (e pelo Poder Judiciário como um todo) torna difícil atribuir-lhe posições políticas identificáveis aos demais *veto players* do sistema político.

⁴³⁴ Cf. Mateus Morais Araújo, *Cortes constitucionais como veto players: o Supremo Tribunal Federal e a teoria da absorção*, p. 27. Disponível em <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1019&Itemid=353>.

5 FORTALECENDO O CONTROLE: NOVAS REGRAS PARA UM JOGO POLÍTICO

5.1 Por um diálogo no curto prazo para a qualificação das concepções políticas

Conrado Hübner Mendes ressalta o sentido de igualdade, respeito e reciprocidade que a expressão “diálogo” denota, atribuindo-lhe “um valor sedutor para justificar decisões de autoridade”⁴³⁵ nos ambientes democráticos: se indivíduos podem dialogar na política, instituições também poderiam?

Ao descrever o julgamento de Jesus, no capítulo 18 do Evangelho de São João, Kelsen opõe a verdade absoluta do filho de Deus e o plebiscito que decidiu por Barrabás. Antagonizam-se absolutismo e relativismo no que diz respeito a valores, com o alerta de Kelsen sobre o dilema:

Para os que acreditam no filho de Deus e rei dos judeus, como testemunha da verdade absoluta, esse plebiscito é sem dúvida um poderoso argumento contra a democracia. E nós, cientistas políticos, devemos aceitar esse argumento, mas apenas sob uma condição: a de que estejamos tão convencidos de nossa verdade política a ponto de impô-la, se necessário, com sangue e lágrimas – que estamos tão convencidos de nossa verdade quanto estava, de sua verdade, o filho de Deus.⁴³⁶

Nessa perspectiva dicotômica, a crença em uma determinada concepção de justiça como absoluta pode levar à rejeição da democracia. No sentido oposto, a defesa da democracia implica reconhecer que justiça é um valor relativo, com concepções distintas sobre o modo de alcançá-la e que, no limite, pode ser injusta.⁴³⁷

Na discussão sobre o papel dos Parlamentos e das Cortes Constitucionais, a atribuição da última palavra às Cortes Constitucionais equivaleria à certeza de que são

⁴³⁵ Cf. *Direitos fundamentais*, cit., p. 105.

⁴³⁶ Cf. *A democracia*, cit., p. 204.

⁴³⁷ Sobre reflexão de Kelsen, Gustavo Zagrebelsky destaca: “Nesse episódio de há dois mil anos, verdade e justiça testemunham justamente contra a democracia. Para afastar o escândalo daquele grito, podemos apenas recusar o conteúdo de valor da escolha proposta à multidão: devemos considerar iguais Jesus e Barrabás e indiferente a escolha entre vida e morte de um ou de outro.” (Cf. *A crucificação e a democracia* [trad. port. Monica de Sanctis Viana de Il “crucifige”], São Paulo, Saraiva, 2011, p. 32).

instituições capazes de revelar a verdade e a justiça. O papel iluminista⁴³⁸ atribuídos às Cortes defende, em alguma medida, essa capacidade (quando profere “decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima”⁴³⁹) e reflete seus riscos, sobretudo porque seu controle é basicamente dependente da autocontenção do próprio julgador e da história: “[t]rata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”⁴⁴⁰.

Se assim não for, é preciso confiar nos legisladores (e, conseqüentemente, na capacidade de mobilização política da sociedade antes, durante e após as eleições), conferindo a última palavra aos Parlamentos para decidir sobre as concepções de verdade e justiça, que podem variar, nas sociedades democráticas, diante de naturais desacordos sobre direitos. A posição relativista, contudo, também não vem sem riscos, seja porque ignora aspectos oligárquicos e até antidemocráticos da representação eleitoral, seja porque

⁴³⁸ Conrado Hübner Mendes, criticando a posição, especificamente, em relação ao Supremo Tribunal Federal, aponta que “[a] vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista na ação (e na inação)”, no âmbito do “desgoverno procedimental da Corte” (“quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho por liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade”), no âmbito da esfera pública (“o ilusionismo ser para desviar a atenção, responder o que não se perguntou, jogar fumaça na controvérsia”), no âmbito da argumentação (“o argumento constitucional do Supremo já não vale o quanto pesa e tornou-se embrulho opaco para escolhas de ocasião”), no âmbito do arbítrio (“quando diz que o tempo do Judiciário não é o tempo da política nem o da mídia, recorre a um árido lugar-comum para se esquivar do que se queria saber”). (Cf. STF, vanguarda ilusionista, *Folha de S. Paulo*, 28 jan. 2018, Ilustríssima, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Ao indicar certa mudança nas ideias de Alexander Bickel, há quase meio século, Sérgio Antônio Ferreira Victor anota sua posição no sentido de que os princípios políticos são profundamente morais e não negociáveis, de modo que assumir um compromisso com eles, sem a legitimidade da democrática das eleições, tende a gerar arrogância. (Cf. ob. cit., p. 84).

⁴³⁹ Cf. Luís Roberto Barroso, Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, in *Revista Direito & Práxis*, v. 9, nº 4, 2018, p. 2221. Para o autor, o papel iluminista das Cortes Constitucionais é fundado em uma ideal de “razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”. Embora procure “espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida”, afastando qualquer semelhança do despotismo esclarecido do dos reis filósofos de Platão, Barroso não explica o fundamento das diferenças, apenas reafirmando que “[a] razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.”

⁴⁴⁰ Cf. Luís Roberto Barroso, Contramajoritário, p. 2207.

não se tratando do *locus* deliberação e da argumentação sobre direitos (mas, sim, da troca e da negociação), não possuem o mesmo compromisso e tendem a violá-los.⁴⁴¹

Gustavo Zagrebelsky respondeu ao impasse dicotômico de Kelsen com a proposta da democracia crítica: nega a soberania popular (no sentido de um poder ilimitado nas mãos do povo), sustentando que ele “detém, sim, o poder supremo de orientar o governo sobre a coisa pública, mas que esse poder, mesmo sendo supremo, não é ilimitado.” Acreditando em uma visão realista do povo, a postura da democracia crítica “nem o diviniza nem o torna um demônio”⁴⁴²:

Os limites da democracia crítica são constituídos por renúncias à onipotência, renúncias totalmente incompreensíveis pelas versões acríticas, ou seja, dogmáticas e céticas, da democracia. As primeiras não conhecem limite, pois elas conhecem a verdade; as segundas, ao contrário, porque não sabem o que é a verdade e dessa ignorância deduzem então que tudo é permitido.⁴⁴³

Nesse contexto, a necessidade de justificação da autoridade das decisões políticas e a preocupação com o risco dos extremos (o do dogma e o do ceticismo) estimularam teorias sobre o diálogo institucional como posturas interativas entre Parlamentos e Cortes, com as luzes voltadas à separação de poderes, à garantia de direitos e à democracia. Evidentemente, não se trata sempre (ou quase nunca) de uma conversa pacífica⁴⁴⁴, mas o que a atuação concertada exige não é a amizade, mas a existência de instrumentos que favoreçam a harmonia.⁴⁴⁵

E o limite a orientar a instituição desses mecanismos deve ser a inexistência de decisões irreversíveis, na medida em que, se definitivas, de fato ou de direito, ignoram a falibilidade e, conseqüentemente, cerram a possibilidade de procurar melhores caminhos.⁴⁴⁶ Assim, não deve haver última palavra. E, a rigor, não há, ao menos, não no longo prazo, quando o avanço da história promove ajustes. Mas, no curto prazo, as democracias demandam decisões e a inexistência de instrumentos que provoquem ou estimulem o diálogo institucional, sobre assuntos importantes, nesses momentos, ignora que a tenacidade da democracia, em uma sociedade pluralista, não se localiza no consenso

⁴⁴¹ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 83-85.

⁴⁴² Cf. ob. cit., p. 139.

⁴⁴³ Cf. ob. cit., p. 139.

⁴⁴⁴ Cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 105.

⁴⁴⁵ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito*, cit., p. 14.

⁴⁴⁶ Cf. ob. cit., p. 140.

e tampouco no conflito; antes, está na “dissensão e [no] louvor à dissensão [a qual] tem tanto do consenso como do conflito, sem coincidir com nenhum deles.”⁴⁴⁷

Se, em um extremo, o consenso natural não existe como interpretação monocromática do mundo e, no outro, o conflito em relação às questões fundamentais inviabiliza a pacífica convivência democrática, a dissensão admite, simultânea e validamente, a existência de pré-compromissos consensuais na Constituição sobre determinados conceitos políticos fundamentais e o conflito quanto às concepções políticas necessárias para alcançar os fins almejados por aqueles conceitos.⁴⁴⁸

Assim, considerando o elemento democrático no sentido de que as decisões devem guardar a maior proximidade possível do povo, a ideia é tentar imaginar as condições de um ponto de equilíbrio no qual juízes e legisladores possam ser – se não igualmente legítimos –, ao menos, tão legitimados que a aceitação da última palavra de qualquer um dos dois possa ser encarada pela comunidade política como normal e respeitadora, simultaneamente, de direitos e desacordos.

Evidentemente, não se trata de um ponto no qual a última palavra seja de ambos⁴⁴⁹ (porque seria uma contradição em termos, já que as decisões são tomadas em searas institucionais distintas). Tampouco se trata da pura defesa do diálogo geral que, em grande medida e naturalmente, já ocorre no longo prazo. *A ideia é que há, de fato, no curto prazo, uma “última palavra”, mas ela não pertence a um ou a outro órgão, apenas pela natureza ou pelas vantagens de suas conformações, mas, principalmente, pela natureza do assunto constitucional a ser decidido, bem como da estrutura da decisão em si.*

As características intrínsecas e as capacidades dos órgãos devem também ser consideradas, tanto para fins de uma *habilitação geral*⁴⁵⁰, que avaliaria a aptidão para o

⁴⁴⁷ Cf. Giovanni Sartori, *Partidos*, cit., p. 36.

⁴⁴⁸ Cf. Giovanni Sartori, *Partidos*, cit., p. 36-37.

⁴⁴⁹ Sempre haverá uma pessoa ou instituição a quem compete a decisão final sobre determinado assunto (Cf. The core, cit., p. 1400), porque os indivíduos dela precisam para planejar suas vidas (Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 13).

⁴⁵⁰ “[P]ara Schmitt, a figura mais adequada para exercer tal função intermediadora de guarda da Constituição seria o chefe do Estado, no seu caso, o Presidente do Reich, detentor de um poder neutro e ativo, isto é, independente, mas responsável pela consequência de seu ato, diferentemente do juiz.” (Cf. Marcelo Doval Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 62-63), mas não parece recomendável, por exemplo, na conformação constitucional e institucional brasileira na atualidade, atribuir a última palavra no controle de constitucionalidade de leis ao Presidente da República, que poderia ter seu veto sobre determinada lei rejeitado, mas, posteriormente, ainda estaria habilitado a declarar a inconstitucionalidade do mesmo diploma.

controle, consideradas as condições jurídicas, políticas e institucionais, quanto para fins de *habilitação específica*, que analisaria as capacidades institucionais que melhor se amoldam a uma ou outra decisão. Mas, o elemento central para o desenho e atribuição da tarefa seria a questão discutida e o modo como ela é decidida.

A última palavra seria, então, decorrência de um conjunto de condições de democracia substantiva. Como, a depender da natureza da questão constitucional objeto de apreciação, tais condições podem ser melhor expressadas ora no bojo do Parlamento, ora no âmbito do Tribunal, a última palavra pendularia entre ambos, em um arranjo institucional que vai além da autocontenção e da deferência, mas que exige compromisso argumentativo. Ou seja, ninguém “detém” a última palavra por sua natureza; Corte e Parlamento apenas a “mantém” de acordo com as condições presentes.

Como, evidentemente, no arranjo constitucional da separação de poderes, não é possível atribuir uma mesma competência a dois órgãos distintos, sob o risco de se promover insegurança jurídica e/ou paralisia decisória, essa ideia é afiliada a uma teoria judicial do controle de constitucionalidade, isto é, da última palavra, no plano formal, aos juízes (no caso, ao Supremo Tribunal Federal).

E isso porque, ao fim e ao cabo, são seus onze ministros que deliberam, votam e declaram a inconstitucionalidade das leis, o que lhes permite evitar o envio da decisão para apreciação do Congresso Nacional, seja porque podem buscar fundamentos que não justifiquem o encaminhamento, seja porque podem estabelecer arranjos de votação que favoreçam maiorias mais sólidas, seja porque podem declarar a constitucionalidade.

No entanto, ainda assim, os mecanismos que visam provocar o diálogo poderão trazer benefícios, como raciocínios jurídicos mais sofisticados e, principalmente, coerentes na fundamentação; mais diálogo e consenso no âmbito interno, privilegiando decisões como Corte e não como “ilhas”; e mais compromisso com a autocontenção e a deferência (e talvez com o próprio estabelecimento de uma doutrina renovada e mais robusta das questões políticas), valorizando, de maneira geral, elementos de legitimidade democrática no momento de tomada da decisão judicial sobre a questão constitucional.

5.1.1 Deliberação do Congresso Nacional sobre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade quando fundamentadas em princípios

Começando pelo final: as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararem a inconstitucionalidade de leis, em qualquer abrangência, com fundamento em princípios constitucionais que veiculem conceitos políticos, devem ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, em até 180 (cento e oitenta) dias, debatendo-se os argumentos invocados na decisão, com a participação do relator do acórdão, e deliberando-se sobre cada um deles separadamente antes da votação final, em sessões separadas, primeiramente, na Câmara dos Deputados e, depois, no Senado Federal, , superando-se a declaração de inconstitucionalidade com o voto favorável da maioria qualificada de três quartos dos membros em cada casa.

Pois bem. A proposta tem duas premissas, uma teórica e uma fática.

A premissa teórica, sustentada pelo exposto até aqui, é a existência de conceitos políticos e concepções políticas no seio da Constituição brasileira de 1988. Ou seja, o constituinte escolheu não apenas valores compartilhados pelo povo, mas, em alguns casos, densificou o modo de alcançá-los. No primeiro caso, de maneira geral, utilizou como estrutura normativa o princípio; no segundo, basicamente, valeu-se de regras; e essas escolhas têm consequências no âmbito da interpretação constitucional, em geral, e no controle de constitucionalidade das leis, em particular. Diante disso, a orientação da discussão, aqui, não é no sentido da eventual usurpação de funções típicas pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵¹, mas, especificamente, na direção de um desenho institucional do modo de decidir sobre a constitucionalidade de leis quando a Constituição elegeu conceitos políticos, mas não concepções políticas de como concretizá-los.

A premissa fática diz respeito a um levantamento quantitativo das ações julgados pelo Supremo Tribunal Federal realizado por Sérgio Antônio Ferreira Victor. Nesse

⁴⁵¹ Como visto, anteriormente, o exercício de escolhas sobre os caminhos a percorrer para alcançar os objetivos político-constitucionais do Estado é o cerne da função política e, embora, comumente seja tratada como correspondente ao exercício das funções executiva e legislativa, a elas não se resume e com elas não se confunde, sendo exercida também pelos tribunais constitucionais, aos quais se equipara o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis. (Cf. Nuno Piçarra, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 251).

esforço, o autor considerou as ações de controle abstrato de normas (ADI, ADC e ADPF)⁴⁵² em decorrência de sua relação mais direta com a atividade legislativa exercida pelo Congresso Nacional. Ainda que, no presente trabalho, a proposta de diálogo possa servir também para decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade, o levantamento lança importante luz sobre o controle de constitucionalidade.

Assim é que, considerando o período de 21 anos, desde a promulgação da Constituição, em 1988, até 2009, haviam sido ajuizadas 4.574 ações (4.374 ADIs), sendo que apenas 857 (18,74%) tiveram por objeto normas federais editadas pelo Congresso Nacional e, deste universo, somente 35 haviam declarado a inconstitucionalidade total das leis impugnadas. Ou seja, “das ações julgadas pelo STF sobre normas oriundas do Congresso Nacional, 86,68% das decisões confirmam a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, o STF endossa a vontade majoritária expressa na norma aprovada.”⁴⁵³

Muito embora, em sua tese, Sérgio Victor tenha utilizado os dados encontrados para concluir pela relativização da dificuldade contramajoritária no Brasil, sob o argumento de que “[o] STF tem-se mostrado deferente e procurado aproveitar as leis em suas partes aproveitáveis”⁴⁵⁴, a conclusão aqui será em sentido oposto: ainda que, quantitativamente, os números apontem para a aprovação da vontade majoritária no que diz respeito a produção de leis⁴⁵⁵, como o critério aqui considerado para promover o diálogo é a decisão sobre conceitos políticos e concepções políticas, seria necessária uma avaliação qualitativa, bastando um caso para justificar a consideração de novos modelos. E, não há dúvida sobre

⁴⁵² Nas abreviações do próprio Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

⁴⁵³ Cf. Sérgio Antônio Ferreira Victor, *ob. cit.*, p. 163-165.

⁴⁵⁴ Cf. *ob. cit.*, p. 167. A conclusão é mais completa: “Se os casos de invalidação total ou parcial de leis federais já são poucos, tornam-se ainda menos relevantes com a constatação de que mais de um terço deles disseram respeito a normas relativa ao próprio Poder Judiciário, que tem competência para rever os atos dos demais poderes, mas também autonomia e iniciativa legislativa para disciplinar-se a si mesmo.

Essa análise comprova que não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal exerça um poder contramajoritário, pelo menos não de forma relevante. Com relação ao Congresso Nacional tampouco pode-se falar em uma absoluta supremacia judicial.”

⁴⁵⁵ Robert Dahl chegou à mesma conclusão em estudo de 1957 sobre a Suprema Corte Americana: “The fact is, then, that the policy views dominant on the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States. Consequently it would be most unrealistic to suppose that the Court would, for more than a few years at most, stand against any major alternatives sought by a lawmaking majority.” (Cf. *Decision-making*, cit., p. 285).

a existência desses casos, como reconhece Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador.⁴⁵⁶

Assim, aqui, se a avaliação quantitativa vai ao encontro da premissa teórica, o baixo número quantitativo de decisões declaratórias de inconstitucionalidade serve como premissa em outro sentido: a implantação do modelo proposto não causará impacto exagerado a atrapalhar o objetivo principal de promoção de diálogo e qualificação do debate, seja no volume de trabalho das instituições, seja no esvaziamento/crescimento de suas competências.

5.1.1.1 A Constituição brasileira de 1988: estrutura normativa do parâmetro de controle de constitucionalidade

Dworkin já destaca que algumas das regras que concretizam conceitos políticos da Constituição (e protegem os indivíduos) assumem formas bastante precisas, enquanto outras restrições assumem a forma de construções vagas. Se estes padrões abertos “foram escolhidos deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram, em lugar das regras mais específicas”⁴⁵⁷, e as posições políticas que os visam concretizar só podem ser

⁴⁵⁶ Cf. Contramajoritário, cit., p. 2215. Na nota 171, Barroso destaca, expressamente, que, em relação às uniões homoafetivas, o papel da Corte foi contramajoritário, na medida em que “pesquisa do IBOPE indicou que 55% da população eram contra seu reconhecimento.”

⁴⁵⁷ Referindo-se à Constituição estadunidense, Dworkin cita como regra precisa a “que exige um júri no caso de processos criminais federais ou, talvez, a regra que proíbe o Congresso Nacional de restringir a liberdade de expressão.” Co exemplo de restrições em padrões “vagos”, cita “o dispositivo que determina que o governo

assim reconhecidas “quando se perceber que cada uma representa uma concepção diferente”⁴⁵⁸, há de se reconhecer que as visões de mundo podem, genuinamente, competir entre si, em vários momentos do processo político.

Nessa lógica, se os constituintes brasileiros optaram por uma Constituição analítica, com termos vagos, mas também com orientações em linguagem mais ou menos concreta (inclusive em temas relacionados às próprias cláusulas abertas), exerceram seu poder e, além dos valores compartilhados pela comunidade política, já estabeleceram também parte das concepções particulares em relação a determinados conceitos políticos que julgaram relevantes.

Por essa razão, parafraseando Dworkin, a questão a ser respondida não é, propriamente, se a Suprema Corte pode, levando a sério o conceito de crueldade, não considerar a pena de morte cruel.⁴⁵⁹ A questão que se coloca é se há elementos, na própria Constituição (e não na lei ou em outros precedentes), para identificar uma determinada concepção de crueldade, ainda que apenas indicando um sentido, sem detalhamento. Se houver, já há parâmetros constitucionais para o controle. Se não houver, caberá ao intérprete extraí-los, mas nunca do valor em si, sempre aceitando que a concepção do legislador pode ser diferente da sua, mas, ainda assim, constitucional.

Evidentemente, essa tarefa interpretativa é muito mais complexa em relação à Constituição estadunidense do que em relação à brasileira (o que não significa que, aqui, a tarefa seja fácil). Lá, o documento ainda é, basicamente, o original pós-Revolução Americana, com texto sintético, refletindo o contexto sócio-político liberal e as características do *common Law*; aqui, a Constituição vigente é recente, analítica, com ampla normatização, refletindo o período da redemocratização depois de um quartel de século sob governo de um regime militar.

Como é assente na doutrina, a Assembleia Constituinte de 1987/1988 examinou, debateu e regulamentou, de maneira detalhada, diversos assuntos que entendeu relevantes para a formação, destinação e funcionamento do Estado brasileiro, elaborando uma

não poderá negar a nenhum indivíduo o processo legal justo ou a igual proteção perante a lei.” (Cf. *Levando*, cit., p. 209).

⁴⁵⁸ Cf. *Levando*, cit., p. 564.

⁴⁵⁹ Cf. *Levando*, cit., p. 213.

Constituição analítica⁴⁶⁰, ora, por meio de princípio, ora por meio de regras, a depender do consenso e da densificação sobre cada tema.

A rigor, então, a Constituição de 1988 não pode ser qualificada, propriamente, como principiológica. Ao contrário, se necessária fosse uma classificação, seria ela uma “Constituição regulatória.”⁴⁶¹ E, como visto, princípios e regras possuem funções diversas, porém, complementares, não sendo, necessariamente, bom, na atividade interpretativa, privilegiar ou dar primazia a uma espécie normativa em detrimento de outra, como se aí residisse o grande remédio para todos os males.⁴⁶²

Nesse contexto, mesmo com base em uma teoria judicial do controle de constitucionalidade das leis, atribuir, de maneira indiscriminada, a palavra final aos juízes – no recorte aqui proposto ao Supremo Tribunal Federal – para todas as decisões relativas ao controle de constitucionalidade das leis não parece ser o melhor modelo de “concerto” da separação de poderes e tampouco de efetiva atenção à legitimidade democrática. E isso porque os conceitos políticos (lembre-se, compartilhados pela comunidade) “não discriminam entre posições políticas normais, a menos que sejam complementados por concepções [e conseqüentemente] o juiz somente poderá solucionar o conflito se adere a uma concepção política (socialista, liberal ou outra)”.⁴⁶³

Portanto, a definição dos conflitos morais não deve ser a primeira tarefa do Supremo Tribunal Federal. Na democracia pluralista, o desacordo é constante e, no Estado de Direito, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar os conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade. Em respeito aos princípios democrático, da legalidade e da separação de Poderes, a edição destas regras deve ser feita pelo Poder Legislativo e sua aplicação, em concreto, pelo Poder Judiciário.⁴⁶⁴

Dessa forma, a proposta aqui formulada valoriza essa diferença entre as estruturas normativas e também a opção do Constituinte por elas: quando quis estabelecer os valores compartilhados pela sociedade e indicar o estado ideal de coisas, normatizou os conceitos

⁴⁶⁰ Cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 29ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 10.

⁴⁶¹ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 3-4.

⁴⁶² Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 17.

⁴⁶³ Cf. Fernando Atria, *El derecho*, cit., p. 333.

⁴⁶⁴ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 16.

políticos por meio de princípios; quando quis direcionar as condutas para alcançar esses fins, normatizou as concepções políticas por meio de regras. Consequentemente, a utilização de veículos normativos distintos, justifica, além de cuidados distintos na interpretação, a adoção de procedimentos distintos no controle de constitucionalidade.

Veja-se, por exemplo, o direito de propriedade. Assim como na maior parte do mundo ocidental, a Constituição brasileira de 1988 conferiu-lhe *status* constitucional no rol de direitos fundamentais, proclamando sua inviolabilidade no *caput* art. 5º. Da mesma forma, inseriu a propriedade privada dentre os princípios da ordem econômica no art. 170.⁴⁶⁵ Como se vê, a Constituição considera o direito à propriedade um valor comum a ser protegido e normatiza esse conceito político por meio de princípios, indicando aos agentes estatais um dos fins a realiza no Estado.

Contudo, como destaca Roger Stiefelmann Leal, “[i]sso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto”.⁴⁶⁶ Ao contrário. A própria Constituição limita-o e abranda sua aplicação por meio de regras que, descrevendo um padrão de conduta, normatizam concepções políticas sobre o conceito de propriedade e dispensam a mediação de qualquer outra norma ou ato, além da própria regra constitucional. É caso do art. 243, que “determina o confisco – expropriação imediata, sem direito à indenização – *das glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.*”⁴⁶⁷

Esse o contexto normativo-constitucional, portanto, no qual o Supremo Tribunal está inserido: seus ministros podem – e devem – promover a interpretação das normas constitucionais sempre que chamados a tanto, inclusive exercendo o controle de constitucionalidade das leis. Contudo, sua palavra deve ter prevalência, deve ser a final, sobretudo, em relação às regras, isto é, nas hipóteses em que a Constituição já fez a opção

⁴⁶⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
II – propriedade privada;”
(Brasil, 1988).

⁴⁶⁶ Cf. A propriedade como direito fundamental: Breves notas introdutórias, in *Revista de informação legislativa*, v. 49, nº 194, abr./jun. 2012, p. 56.

⁴⁶⁷ Cf. Roger Stiefelmann Leal, A propriedade, cit., p. 56-57.

por uma determinada opção política, que não pode ser simplesmente ignorada pelo legislador ordinário (e tampouco pelos juízes).

Por outro lado, em relação aos princípios, quando a Constituição elegeu apenas o conceito político a perseguir, mas não preencheu, concreta ou completamente, o modo como isso deve ocorrer, isto é, não optou dentre distintas concepções políticas para alcançar o fim almejado, aos legisladores (ou ao próprio povo) deve ser dada a última palavra na avaliação da conformidade constitucional das leis.

No caso brasileiro, então, deve ser atribuída ao Congresso Nacional a decisão final sobre a manutenção ou não da declaração de inconstitucionalidade de lei decidida pelo Supremo Tribunal Federal, como meio de reavaliar, à luz de novos argumentos da Corte e de maioria qualificada, o alcance e o conteúdo da concepção política veiculada pela lei questionada, sempre que o fundamento do acórdão do Tribunal para afastar a concepção escolhida basear-se em princípio constitucional positivador de valores e não em opções políticas para atingi-los.

No que diz respeito ao parâmetro de controle, quando a fundamentação da decisão de inconstitucionalidade disser respeito a regras constitucionais, não é sequer necessária a participação do Congresso Nacional (na medida em já houve alguma concretização da concepção política pelo Constituinte). Por outro lado, no que diz respeito ao objeto de controle, mesmo que parcela considerável das leis editadas possa ser trivial ou irrelevante (no sentido da tomada de decisões políticas), ainda assim pode dar ensejo a processo de controle de constitucionalidade com reflexos importantes na interpretação da Constituição.⁴⁶⁸

5.1.1.2 A natureza política da deliberação e a confiança na Suprema Corte

Não se nega que, apesar da discussão parlamentar com base nos argumentos do acórdão e com a presença do ministro relator do Supremo Tribunal Federal, a deliberação não será, propriamente, jurídica, afinal, “o controle parlamentar é, em essência, político:

⁴⁶⁸ Cf. Robert A. Dahl, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*, in *Journal of Public Law*, v. 6, 1957, p. 287.

atua por meio de instrumentos políticos e objetiva resultados também políticos. Ainda que cumpra funções jurídicas, e tenha sua atividade constitucional e regularmente disciplinada, o Parlamento é, antes de tudo, um órgão político.”⁴⁶⁹

No entanto, dada a limitação das decisões que podem ser superadas ao seu conteúdo (princípios constitucionais que veiculem conceitos políticos), a verdade é que, desde o início, não se tratava de uma questão jurídica, mas, sim, de verdadeira questão política, preenchida pelo Supremo Tribunal Federal com sua própria concepção (ou, até mesmo, de apenas uma parte de seus membros).

Ademais, diferentemente do modelo de 1937, não há um terceiro árbitro do início do procedimento de deliberação congressional. A fundamentação da decisão é realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e o envio para o Congresso Nacional deve ser por ele realizado finda a votação. Se é palpável o risco de que a Corte nunca envie nenhuma decisão para deliberação, isso diz mais sobre o controle político do Tribunal do que o do próprio Parlamento e trará impactos diretamente a seu capital político e à autoridade de suas decisões. *Mutatis mutandis*, assim como o Supremo Tribunal Federal pode colocar o Poder Legislativo em mora ao reconhecer omissões legislativas inconstitucionais em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção (em grande medida, instrumentos de diálogo institucional decorrentes de um desenho específico da separação de poderes), a deliberação parlamentar pode ser útil apenas por, eventualmente, mostrar que o rei está nu.

Por fim, ainda que não proceda ao envio da decisão de inconstitucionalidade para deliberação parlamentar (contra o que não deve haver recurso), é legítimo esperar que a mera existência do mecanismo leve (i) a fundamentações mais cuidadosas por parte de cada um dos ministros⁴⁷⁰, (ii) à preocupação com decisões mais coerentes e uniformes⁴⁷¹,

⁴⁶⁹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito*, cit., p. 154.

⁴⁷⁰ “Enquanto predominar no STF votos que seriam mais propícios a seminários, a proporcionalidade continuará sendo uma solução que pode reduzir angústias individuais de cada ministro, mas não reduz as necessidades do STF como principal instituição responsável pelo controle de constitucionalidade.” (Cf. Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*, Dissertação [Mestrado em Direito], São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 84).

⁴⁷¹ Bruno Ramos Pereira, analisando o uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, destaca que, como modo de organização do raciocínio, permite aos interlocutores o debate sobre os pressupostos fáticos e jurídicos daquele que construiu o argumento, justamente, a “riqueza da proporcionalidade”. No entanto, o autor observou que “[a] análise realizada até aqui indica a ausência de coerência no uso da proporcionalidade nos votos de Gilmar Mendes. A cobrança por coerência nos votos poderia vir de seus pares, os outros ministros do STF. No entanto, o quadro é de ausência de debates sobre a proporcionalidade. Indico esses

isto é, verdadeiras decisões da Corte em vez da soma de onze vontades em um amontado de votos, e (iii) a uma maior postura de deferência ao Parlamento em relação a questões de valores, diminuindo a influência do citado papel iluminista que alguns atribuem ao Tribunal.

5.1.2 Deliberação do Congresso Nacional sobre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade decorrentes de maiorias apertadas

Começando pelo final: as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararem a inconstitucionalidade de leis, em qualquer abrangência e sobre qualquer tema, com base em maioria apertada de seis votos a cinco, devem ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, em até 180 (cento e oitenta) dias, debatendo-se os argumentos invocados na decisão, com a participação do relator do acórdão, e deliberando-se sobre cada um deles separadamente antes da votação final, em sessões separadas, primeiramente, na Câmara dos Deputados e, depois, no Senado Federal, superando-se a declaração de inconstitucionalidade com o voto favorável da maioria qualificada de três quartos dos membros em cada casa.

5.1.2.1 Racionalidade jurídica, maioria e confiança

Pois bem. Se, na aplicação do Direito, o Supremo Tribunal Federal – cujas decisões, supostamente, fundam-se no domínio da razão – manifesta-se de forma dividida, a pretensão de verdade e justiça em sua decisão é, simultaneamente, incondicionada (porque fundada na razão jurídica) e cindida (porque decidida por maioria). Ocorre que, se não é jurídica a verdade da decisão (não podem a posição vencida e a vencedora ambas

pressupostos e trago o seguinte dado: dos 42 casos considerados relevantes, em apenas 13 casos dois ou mais ministros mencionaram ou utilizaram a proporcionalidade.” (Cf. ob. cit., p. 76).

representarem a verdade e a justiça), é política e, ao se pretender incondicionada, nada mais faz que instrumentalizar o Direito como meio de obtenção de decisões políticas.⁴⁷²

Consequentemente, a decisão dividida passa a ser menos vista como uma decisão da Corte, como poder de Estado, mas mera soma das vontades de seus onze ministros, o que provoca dois efeitos deletérios na sociedade: (i) nega a segurança jurídica esperada (o Direito tem uma função de fundamentar a confiança social para propiciar confiabilidade no planejamento da vida pelos indivíduos); e (ii) reduz a confiança sobre sua atuação como um dos poderes diretivos dos fins do Estado.⁴⁷³

Na prática, decisões de maioria apertada das Cortes Constitucionais enfraquecem a confiança na Corte e a qualidade intrínseca de suas decisões decorrentes da argumentação jurídica, porque se, tal como o Parlamento, a Corte precisa estabelecer procedimentos de tomada de decisão para colegiados cujos membros também discordam sobre direitos (assim como os legisladores), ao fim e ao cabo, sua decisão também é tomada pela maioria⁴⁷⁴ (assim como os legisladores), atrofiando sua vantagem relativa (porque reflexiva).

Ademais, no caso de empates ou votações apertadas⁴⁷⁵, há, ainda, um elemento adicional decorrente dos modos de deliberação e votação adotados pelo Supremo Tribunal Federal (decisões *seriatim*). Como são colhidos os votos de cada um dos onze ministros individualmente, o resultado final (o acórdão) é apenas a soma de (até) onze manifestações

⁴⁷² “A verdade politicamente definida reivindica, assim, validade incondicionada e, consequentemente, não tolera nenhum subsistema autônomo. Por isso, a instrumentalização política do direito continua, aqui também, no nível da aplicação do direito.” (Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 12).

⁴⁷³ “[O] indivíduo particular vivencia como arbitrário um poder público que aplica o direito de maneira não igualitária e imparcial.” (Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 13).

⁴⁷⁴ “Specifically, just like legislators, modes of decision-making have to be developed for multi-judge tribunals whose members disagree about rights. The decision-procedure most often used is simple majority voting.” (Cf. Jeremy Waldron, *The core*, cit., p. 1364).

⁴⁷⁵ Luís Roberto Barroso cita exemplo da Suprema Corte estadunidense: “Em *Obergefell v. Hodges*, decidido em 2015, a Suprema Corte julgou que o casamento é um direito fundamental que não pode ser negado a casais do mesmo sexo e que os estados devem reconhecer como legítimos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outros estados. Por 5 votos a 4, a maioria dos Ministros entendeu tratar-se de um direito garantido pelas cláusulas do devido processo legal e da igualdade inscritas na 14ª Emenda à Constituição.” No Brasil, pelo modo de decisão, há muitos exemplos, valendo citar o recente e emblemático caso da prisão em segunda instância (que será retomado em nota mais abaixo), com vai-e-vem de maiorias apertadas e ocasionais, culminado, em novembro de 2019, no julgamento do mérito de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, no âmbito das quais o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, voltou ao entendimento no sentido da impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ao fim e ao cabo, a última palavra ficou nas mãos de um único homem: o Presidente do Supremo Tribunal Federal, responsável pelo voto de desempate.

individuais. Pode, claro, haver deliberação durante as manifestações, mas, provavelmente, será empobrecida, pois não guardará o mesmo compromisso argumentativo, pautado na racionalidade jurídica, que é, precisamente, o argumento para atribuir a última palavra no controle de constitucionalidade à Corte Constitucional.

Dessa forma, se não há uma decisão deliberada e tomada conjuntamente pelos ministros, como Corte, isto é, uma decisão *per curiam*, seu método padece das mesmas críticas aplicáveis ao Parlamento, uma vez que, basicamente, sua decisão é tomada pela maioria, podendo haver fundamentações muito distintas, ainda que concluam no mesmo sentido e, assim formem maioria.

E pior. No caso do Poder Legislativo, a regra da maioria prescinde da fundamentação racional exigida dos órgãos judiciais, de modo que, somados mais votos dentre duas opções à disposição, alcança-se a maioria. Mas, no caso do Supremo Tribunal Federal, o dever constitucional de motivação pode escancarar um resultado final no qual sequer tenha sido alcançada efetivamente a maioria, pois a soma dos dispositivos pode não guardar correspondência tão adequada à soma das razões de decidir.⁴⁷⁶

Assim, os acórdãos decorrentes de decisões seriadas neutralizam a vantagem (ao menos, suposta) da deliberação jurídico-racional, que qualificaria a Suprema Corte para declarar a invalidade de leis do Poder Legislativo, mas, como a fundamentação jurídica é seu dever constitucional, sujeitam-se a escancarar até mesmo a inexistência de uma efetiva maioria. Ou seja, perdem em seu campo e no campo dos legisladores.⁴⁷⁷

Note-se que a própria Constituição de 1988 já traz mecanismos para qualificar a maioria do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha é que o art. 97⁴⁷⁸ restringe a declaração

⁴⁷⁶ Amartya K. Sen ressalva que, embora confundidas, o apoio da maior parte não corresponde à decisão majoritária: “The unfortunate fact is that in public discussion the choice of the largest plurality – that is, the selection of the alternative with the largest first-preference support – is often confused with majority decision.” (Cf. *Collective*, cit., p. 400)

⁴⁷⁷ “[E]ven if we concede that vexed issues of rights should be decided by these nine men and women, why should they be decided by simple majority voting among the Justices? Here, the situation gets worse for defenders of judicial review. I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers. I know they produce reasons and everything we discussed above. But in the end it comes down to head-counting: five votes defeat four in the U.S. Supreme Court, irrespective of the arguments that the Justices have concocted. (...) There is no additional fairness argument for the use of MD by courts, as there is for its use by legislatures.” (Cf. Jeremy Waldron, *The core*, cit., p. 1391 e 1393).

⁴⁷⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

de inconstitucionalidade de lei ao voto da maioria absoluta dos seus membros. Em decisão recente⁴⁷⁹, com a impossibilidade de dois ministros votarem por impedimentos, a ação declaratória de inconstitucionalidade foi considerada procedente pela maioria possível (e inalterável antes os impedimentos), mas não foi pronunciada a inconstitucionalidade porque não atingido o quórum do mencionado art. 97 da Constituição.

Na prática, pois, a decisão da Corte (ainda que *seriatim*) concluiu pela inconstitucionalidade de uma determinada lei por razões de mérito (ou seja, por entender, depois de um suposto juízo deliberativo de razões jurídicas, que a Constituição foi vulnerada), mas, ainda assim, a norma permanece no sistema porque, neste caso, não foi alcançada maioria.

Se o objetivo é, efetivamente, proteger a Constituição e promover uma deliberação racional, com diálogo entre as instituições, a consideração de instrumentos que pudessem provocar uma nova manifestação do Poder Legislativo sobre (in)constitucionalidade da lei em questão seria uma ferramenta útil neste caso ou em outros que tais, dado que, diante das atividades pregressas dos ministros não são incomuns os casos em que estão impedidos de atuar como juízes.

5.1.3 Aspectos relacionados às duas propostas de deliberação congressional sobre decisões declaratória de inconstitucionalidade

Por fim, há alguns aspectos que se relacionam com o formato da deliberação compartilhada entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional, independentemente da estrutura da decisão, da fundamentação ou do modo de decidir, valendo tratar deles, de modo a reforçar a vantagem dos mecanismos propostos.

⁴⁷⁹ “Quórum de julgamento constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado. [ADI 4.066, rel. min. Rosa Weber, j. 24-8-2017, P, DJE de 7-3-2018.]”

5.1.3.1 A manutenção (ou expansão) das competências do Supremo Tribunal Federal com o compartilhamento da última palavra

Isso não significa a defesa de uma postura de deferência passiva do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário. A Corte continuará sendo chamada para a solução dos conflitos e seguirá com poderes para interpretar os princípios e as regras constitucionais e declarar a inconstitucionalidade de leis com base neles, tanto em controle concreto quanto em controle abstrato. Nos estritos casos de fundamento da decisão em princípios que veiculam conceitos políticos, porém, a palavra do Supremo Tribunal Federal sobre o que diz a Constituição não deve ser a última.⁴⁸⁰

Vale, a propósito, destacar que, embora pareça adequada, para o Brasil, a adoção de estrutura dualista de jurisdição, separando a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária, nos moldes do modelo europeu⁴⁸¹, isto não se afigura imprescindível para os fins da proposta aqui formulada. O modelo de posterior deliberação do Congresso Nacional sobre a decisão de inconstitucionalidade parece plenamente aplicável também às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concreto: se, incidentalmente, for declarada a inconstitucionalidade de lei com base em princípio que veicula conceito político, igualmente a decisão pode (aliás, deve) ser submetida para ulterior manifestação do Congresso Nacional.

A bem da verdade, aliás, pode ser uma nova oportunidade de, ainda que parcialmente, apresentar uma solução para a inexistência do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, filiado à tradição do *civil Law*. Assim, em expansão da competência do

⁴⁸⁰ Ainda que, no longo prazo, por meio de processos regulares de elaboração de novas leis ou emendas constitucionais, a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal já pudesse ser superada pelo Poder Legislativo (em sua função ordinária ou no papel de Poder Constituinte Derivado Reformador), o objetivo aqui é propor mecanismos constitucionais para promover, no curto prazo, outro(s) escrutínio(s) sobre a inconstitucionalidade declarada judicialmente, estimulando, assim, o diálogo e as vantagens dele consequentes.

⁴⁸¹ De acordo com Elival da Silva Ramos, “[s]e a inequívoca opção pela social-democracia, assumida pelo Constituinte de 1988, deve ser preservada na evolução de nosso constitucionalismo, como nos parece ser o caso, já que, malgrado o avanço do chamado neoliberalismo, registra-se um consenso quanto às linhas gerais de nosso sistema político. Não se trata apenas de uma tendência do controle de constitucionalidade brasileiro, mas da evidência de que as suas inúmeras e graves disfunções estão a demandar o passo seguinte: o abandono da matriz estadunidense e o completo alinhamento à fiscalização de padrão europeu.” (Cf. *Controle*, cit., p. 385).

Supremo Tribunal Federal, o art. 52, X, da Constituição de 1988⁴⁸²⁻⁴⁸³ pode ser atualizado: não mais se falaria em suspensão da execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e, sim, em sua retirada do ordenamento jurídico, com eficácia *erga omnes*, caso não superada a decisão da Corte pelo Congresso Nacional.⁴⁸⁴

5.1.3.2 As vantagens adicionais do estímulo ao diálogo

A avaliação da decisão de inconstitucionalidade pelo Congresso Nacional estimula o diálogo institucional porque o *status quo* tem vantagens embutidas que podem ser superadas. Quando uma lei é promulgada, ela passa a contar com a presunção de constitucionalidade. Ainda que, nos sistemas de estrutura monista que admitem o controle concreto de constitucionalidade (como é o caso brasileiro), qualquer juiz competente possa afastar essa presunção e declarar a inconstitucionalidade da lei, deve haver provocação, procedimentos a seguir, custos incidentes. A manutenção da lei no ordenamento desfruta, então, de alguma vantagem apenas porque ela já está no sistema, isto é, porque este é o *status quo*.

⁴⁸² Originariamente, prevista no art. 91, 1, IV, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, é apresentada como uma tentativa de conferir a eficácia *erga omnes* faltante no controle concreto de constitucionalidade em um sistema jurídico sem *stare decisis* por meio de uma interação entre Senado Federal e Poder Judiciário. (Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 20).

⁴⁸³ De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “[a] exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (Art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. (...) Se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.” (Cf. *Curso*, cit., p. 1244-1245).

⁴⁸⁴ É bem verdade que continuaria o problema da eficácia da decisão de inconstitucionalidade para os demais casos, o que seria resolvido pela adoção do modelo concentrado, com a figura do incidente de inconstitucionalidade, a ser apreciado, abstratamente, pela Corte. O tema, porém, foge ao escopo do presente trabalho, direcionado para uma forma específico de diálogo entre os Poderes.

Depois que a lei é declarada inconstitucional, especialmente no controle de constitucionalidade exercido em sua modalidade abstrata⁴⁸⁵, com sua retirada do ordenamento jurídico, este passa a ser no novo *status quo*, de forma que, a partir daí, a superação da inconstitucionalidade por meio do processo legislativo clássico e, principalmente, de reforma constitucional é muito mais custoso.

A existência de redundâncias tem consequências positivas, de um lado, estimulando posturas ativas dos atores e grupos sociais (ao manter mais de um canal disponível para que possam perseguir seus fins políticos) e, de outro, evitando impasse institucionais que possam representar bloqueios a demandas sociais.⁴⁸⁶ Diminui-se, assim, o risco da guardiania ou da quase guardiania⁴⁸⁷, ao tempo em que não se deixa problemas que envolvam a Constituição sem resposta.

Repita-se que a proposta não prevê nenhuma retirada de competência do Supremo Tribunal Federal. Seu objetivo não é restringir, mas qualificar a deliberação e, por que não, estimular sua autocontenção, com avaliações mais efetivas e cuidadosas – e que se iniciem sempre pela questão da legitimidade democrática – sobre a viabilidade e a conveniência de uma decisão que, por exemplo, retire uma lei do ordenamento por vício de inconstitucionalidade. Duas consequências complementares e virtuosas podem advir dessa formatação: incremento da qualidade da democracia, e, paralelamente, acúmulo de capital político (tradicionalmente, dos ramos eleitos) também pela Corte e que poderá ser utilizado, em momentos oportunos, com menores desconfianças quanto a tendências aristocráticas.

5.1.3.3 A inexistência de riscos com base nos mecanismos já existentes

Contra as propostas, poder-se-ia objetar o risco à segurança jurídica, uma das principais funções do Direito⁴⁸⁸, e seus pressupostos de confiabilidade e racionalidade das

⁴⁸⁵ O argumento vale também para o controle concreto de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal diante dos mecanismos que atribuem transcendência à decisão para além das partes envolvidas, o novo *status quo* passa a ser o entendimento contrário à lei.

⁴⁸⁶ Cf. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, cit., p. 17.

⁴⁸⁷ Cf. Robert A. Dahl, *A democracia*, cit., p. 244-245.

⁴⁸⁸ Cf. Dieter Grimm, ob. cit., p. 13.

ações do Estado, sob o argumento de uma certa “provisoriedade alongada” nas decisões sobre a inconstitucionalidade das leis. No entanto, tal a preocupação parece exagerada.

Em primeiro lugar, mecanismos que institucionalizem múltiplos intérpretes – ideia, em grande medida, aceita, *per se*, com base no princípio de divisão de poderes –, podem aumentar a eficiência política, uma vez que a sobreposição de funções pode reduzir os riscos inerentes ao exercício, bem como criar novos caminhos para discussão e persecução de políticas, inclusive, com a aquisição de capacidades recíprocas.⁴⁸⁹

Em segundo lugar, atualmente, o Supremo Tribunal Federal pode conceder medida cautelar para garantir a eficácia do acórdão que futuramente decidirá a respeito da (in)constitucionalidade da lei questionada em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade.⁴⁹⁰ A decisão que concede a medida cautelar “não nadeifica a lei, tão somente a torna sem efeitos até que o mérito da ADIn seja definitivamente analisado”⁴⁹¹, ou seja, por ser provisória a decisão não retira o ato normativo do ordenamento jurídico. Destaque, aliás, neste ponto que as medidas cautelares podem ser concedidas monocraticamente⁴⁹² pelo relator da ação, de modo que, no limite, a

⁴⁸⁹ Conforme observa Martin Shapiro, “[m]ultiple-function government institutions also have a second political economic advantage. Sometimes consciously and sometimes not, they create governmental redundancies that have significant survival value for the political system. In no society is politics marked by totally rational sequences or even certainty of outcome. In all governing systems, key links intermittently fail. Thus the existence of many alternative channels for accomplishing any given task of government may be an important guarantee of even minimal political efficiency.” Particularmente, em relação ao Poder Judiciário, o autor destaca que “precisely in those governments in which the independence of the judiciary is stressed, because of a desire to check and balance, that the judiciary is likely to acquire substantial lawmaking and administering capabilities. In such governments the existence of checks and balances means numerous roadblocks along any policymaking avenue, so that a great premium is placed on exploring alternative avenues or detours. In those same governments, agencies pushed to watch and check one another necessarily acquire one another’s capabilities. (...) Americans, for instance, have learned that if the Congress won’t give them what they want, the president may, and if he will not, perhaps the Supreme Court will.” (Cf. Martin Shapiro, *Courts*, cit., p. 31-32).

⁴⁹⁰ O art. 10, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe que “a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.” (Brasil, 1999, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>).

⁴⁹¹ Cf. Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, 2018, p. 414.

⁴⁹² Conquanto a possibilidade de decisão monocrática pelo relator suspendendo a eficácia da lei questionada possa suavizar eventuais críticas à proposta, como regra procedimento do controle de constitucionalidade das leis é altamente questionável. Como destacou Conrado Hübner Mendes, “[é] no procedimento e no argumento que mora o ilusionismo. A síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer decide sozinho por liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo. A contradição entre as duas regras é só aparente, pois a arte do ilusionismo permite sua coexistência. Manda a lógica do ‘cada um por si’”. (Cf. STF, a vanguarda, cit.).

eficácia integral da lei pode ser suspensa pelo julgamento de um único ministro, em decisão singular precária, demonstrando que o sistema já convive com essa noção de “provisoriedade alongada” lastreada em decisões muito mais frágeis.

Em terceiro lugar, vale anotar que, na realidade, mesmo posições decorrentes de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal são novamente desafiadas na Corte e, em novos julgamentos, podem ser modificadas.⁴⁹³ Se, do ponto de vista teórico⁴⁹⁴, isso confirma que não há, em política, última palavra definitiva, na prática, mostra que a criação de novos mecanismos de decisão pode ser útil à estabilidade por meio do fortalecimento de instâncias representativas e procedimentos deliberativos, com maiorias mais sólidas e razões mais debatidas.

Assim, no caso de declaração de inconstitucionalidade a ser reapreciada pelo Congresso Nacional, a lei somente deverá ser retirada do ordenamento após esse julgamento, propondo-se, quanto à eficácia temporal, a inversão da lógica do artigo do art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999⁴⁹⁵: a regra passaria a ser a eficácia prospectiva, isto é, a produção da decisão declaratória da inconstitucionalidade apenas após a manifestação futura do Congresso Nacional, podendo-se, no entanto, por maioria simples dos julgadores, ser concedida medida cautelar para suspender a aplicação da lei até a ulterior manifestação pendente. Caso já tenha sido concedida a medida cautelar

⁴⁹³ A título exemplificativo de novos julgamentos e câmbios de interpretação, pode-se citar o caso da prisão após a condenação em segunda instância, no qual o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento duas vezes, desde 2009. Em fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, a Corte decidiu, por 7 a 4, que a execução da pena dependeria do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já, em fevereiro de 2016, ano nega o Habeas Corpus nº 126.292, também por 7 a 4, mas, no sentido oposto, o Supremo entendeu que a prisão poderia ocorrer após a condenação em segunda instância, entendimento mantido, em outubro de 2016, ao indeferir as medidas cautelares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, desta vez, por 6 a 5. Por fim, em novembro de 2019, no julgamento do mérito das referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, voltou ao entendimento no sentido da impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

⁴⁹⁴ “Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*).” Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ob. cit., p. 1455.

⁴⁹⁵ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (Brasil, 1999).

anteriormente, o colegiado decidirá se deve ser confirmada e prorrogada da mesma forma.⁴⁹⁶

5.1.3.4 A questão da maioria na Assembleia Constituinte de 1987/1988

Sandra Gomes destaca duas críticas ao processo constituinte: seu longo tempo de duração (quase um ano a mais que a previsão original) e a extensão do texto constitucional, em tamanho e abrangência, muito embora, antes do início dos trabalhos, uma pesquisa de opinião promovida pela revista *Veja* houvesse revelado que 60% dos constituintes preferiam a adoção de uma Constituição concisa.⁴⁹⁷

A pesquisa em referência indicou, ainda, que vários outros pontos substantivos também tiveram um destino bem diferente daquele originalmente preferido pela maioria dos constituintes:

Por exemplo, nessa mesma pesquisa de opinião, 54,4% dos constituintes preferiam alguma forma de parlamentarismo e, no entanto, o resultado, como se sabe, foi a manutenção do presidencialismo. Segundo a mesma pesquisa, o voto distrital tinha apoio de 63% dos parlamentares, uma expressiva maioria que levou o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, a afirmar que “o voto distrital é um fato consumado” (*idem*). Entretanto o *status quo*, nesse caso, também foi mantido.⁴⁹⁸

A pergunta é intuitiva: por que as preferências individuais dos constituintes não se consubstanciaram no texto final da Constituição? Dentre várias interpretações levantadas⁴⁹⁹, Sandra Gomes destaca, com base em uma perspectiva neo-institucionalista,

⁴⁹⁶ Cumpre ressaltar que a proposta não é de modulação dos efeitos *pro futuro* pelo Supremo Tribunal Federal e, sim, a atribuição de eficácia apenas após a confirmação da inconstitucionalidade pelo Congresso Nacional pela própria lei. Assim, não se equipararia à inconstitucionalidade superveniente ou à inconstitucionalização.

⁴⁹⁷ Cf. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: Um Estudo de Caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), in *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, nº 1, 2006, p. 193.

⁴⁹⁸ Cf. ob. cit., p. 194.

⁴⁹⁹ “Alguns autores o explicam como consequência de uma cultura política conciliatória com suas origens nos anos 1940 (Lamounier e Souza, 1990). Ou como um problema de “perda da capacidade decisória” uma vez que as forças políticas estavam demasiadamente fragmentadas (Lamounier, 1990). Outros autores o veem como efeito direto da impossibilidade de construção de um consenso entre as principais forças políticas durante a Assembleia Nacional Constituinte (Bruneau, 1990; 1992). O resultado final também foi visto como um problema de “soberania reduzida” e de “forte coerção do Presidente e dos militares” (Fleischer, 1990:222). A ausência de consolidação estrutural ou a fragilidade dos partidos políticos brasileiros também

que o texto final da atual Constituição brasileira, foi influenciado pelos procedimentos utilizados em sua elaboração, decorrentes de uma decisão política visando à maximização de interesses.⁵⁰⁰

Esta conclusão tem um desdobramento importante na justificativa da participação do Congresso Nacional no controle de constitucionalidade das leis: indica que, talvez, a própria Constituição seja contramajoritária, de forma que seus conceitos políticos pré-compromissados, podem não ser tão consensuais assim. Nesse contexto, o problema talvez não seja o canto da sereia, mas os mastros aos quais Ulisses é amarrado e, se não é preciso deixar tudo ao alcance de maiorias ocasionais, parece recomendável, ao menos, que maiorias qualificadas possam contribuir na densificação dos conceitos políticos da Constituição.

Voltando, pois, ao Supremo Tribunal Federal e ao controle de constitucionalidade das leis, assim como os procedimentos e as instituições não foram neutros na elaboração das normas constitucionais, também não são em seu processo de reforma e tampouco no controle de sua constitucionalidade. Assim, embora as Cortes Constitucionais desempenhem um papel de descentralização da democracia, ligando o povo em seus distintos momentos, como o atual e o fundacional, e fazendo as traduções necessárias, se a maioria do momento constituinte é muito mais que uma ficção, a cisão pode ser de tal ordem que demanda, além de representação moral ou funcional, também uma esfera de representação majoritária.

Nesse contexto, mecanismos de estrutura dialógica podem somar ou aglutinar as representações, dar o conforto que maiorias e minorias precisam na busca do consenso, com manifestações tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Congresso Nacional nas hipóteses de decisões de inconstitucionalidade versadas nos tópicos anteriores.

foram utilizadas como importantes fatores explicativos do resultado final (Kinzo, 1990; Martínez-Lara, 1996).’ (Cf. Sandra Gomes, cit., p. 194).

⁵⁰⁰ Cf. ob. cit., p. 194-195.

5.1.3.5 A experiência brasileira da Constituição de 1937 e a reação a propostas semelhantes de diálogo

O Brasil já teve norma constitucional positivando a superação de inconstitucionalidade por deliberação parlamentar. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, “atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem (...) tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil”, previa, na redação original de seu art, 96, *caput*, a necessidade de maioria absoluta nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei, e, em seu parágrafo único, a possibilidade de submissão da decisão de inconstitucionalidade ao Parlamento, a critério do Presidente da República:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.⁵⁰¹

Conforme destaca Juliana Brescansin Demarchi, compilando os argumentos da época, a defesa do dispositivo se fundava na preocupação de que as decisões refletissem entendimentos pessoais dos juízes, sua concepção filosófica ou de mundo, além da desconfiança do caráter elitista, aspectos que não poderiam ser controlados de maneira eficiente e objetiva nas decisões judiciais.⁵⁰²

Ocorre que, servindo apenas de vitrine para o exercício do poder arbitrário do Presidente, na prática, a Constituição de 1937 nunca foi, efetivamente, cumprida: predominou a vontade de Getúlio Vargas, personificando “um Executivo forte, com ação legislativa de fato e com controle jurídico e político da Nação.”⁵⁰³ Assim, na prática, essa possibilidade de superação (pretensamente, preocupada com a falta de legitimidade

⁵⁰¹ Cf. Brasil, 1937, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>

⁵⁰² Cf. *Superação da inconstitucionalidade por deliberação parlamentar ou popular*, Dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 54.

⁵⁰³ Cf. Juliana Brescansin Demarchi, ob. cit., p. 53.

democrática do Poder Judiciário) acabou sendo exercida diretamente pelo Presidente, que exercia a atividade legislativa mediante decreto-lei⁵⁰⁴, já que, na prática, o Parlamento nunca se reuniu. Ou seja, preocupado com a natureza antidemocrática do Poder Judiciário, um ditador poderia cassar a decisão judicial em questão e confirmar a validade da lei declarada inconstitucional, que ganhava *status* de emenda constitucional.⁵⁰⁵

Juliana Brescansin Demarchi, em detalhada busca das fontes, aponta que

a episódica aplicação do artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 pouco se deve a um aventado constrangimento do Presidente da República em se indispor contra ato de autoridade e soberania do Supremo Tribunal Federal, revelando-se mais próxima de uma atuação pouco expansiva e combativa do Tribunal, no exercício da guarda de direitos e garantias fundamentais em contraposição às arbitrariedades da governança.⁵⁰⁶

No mesmo sentido, Leonardo André Paixão, destaca que, “com todas as amarras que tinham sido colocadas, no período do Estado Novo a corte pouco produziu que pudesse ser considerado exercício de função política.”⁵⁰⁷

Diante do contexto e da forma da aparição desse primeiro antecedente brasileiro, não é de estranhar que propostas semelhantes causem reação contrária (ainda que, como visto, pela falta de decisões relevantes no período, potencialmente, possa ter tido o efeito de estimular a autocontenção do Supremo Tribunal Federal). Se a versão de 1937 foi

⁵⁰⁴ Identifica-se, a propósito, o Decreto-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939 que “[c]onfirma os textos de Lei, decretados pela União, que sujeitaram ao impôsto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais”:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo,
CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais;
CONSIDERANDO que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do onus do imposto,
DECRETA:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.” (Brasil, 1939, disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>>).

⁵⁰⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição*, cit., p. 33.

⁵⁰⁶ Cf. ob. cit., 65.

⁵⁰⁷ Cf. ob. cit., p. 164.

qualificada como “insólita” e representativa de “retrocesso”⁵⁰⁸, a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 25 de maio de 2011, não mereceu maiores elogios.⁵⁰⁹

A proposta de emenda pretendia (i) qualificar a maioria do art. 97, da Constituição de 1988, necessária para declarar a inconstitucionalidade de lei, passando de absoluta (seis ministros) para quatro quintos (nove ministros); (ii) condicionar o efeito vinculante das “súmulas vinculantes” à aprovação do Congresso Nacional e (iii) submeter o efeito vinculante e a eficácia subjetiva das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição à apreciação do Congresso Nacional e, em caso de negativa, deste à consulta popular:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹⁰

No que diz respeito, especificamente, à superação da declaração de inconstitucionalidade por deliberação parlamentar, nota-se que, diferentemente, do que aqui se propõe, a PEC nº 33/2011 (i) pretendia retirar o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* de todas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, indiscriminadamente, e (ii) em caso de manifestação do Congresso Nacional contrária a decisão do Supremo Tribunal Federal, previa a realização de consulta popular.

⁵⁰⁸ Cf. Juliana Brescansin Demarchi, ob. cit., p. 53.

⁵⁰⁹ “Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira.” (Cf. Joaquim Barbosa, Nota à imprensa, 26 abr. 2013, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N>>

⁵¹⁰ Cf. Brasil, 2011, disponível em

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>.

A proposta da PEC nº 33/2011 parecia estar mais preocupado com o protagonismo do Poder Judiciário do que, propriamente, com a criação de mecanismos de diálogo institucional. Sua justificação⁵¹¹ indicava uma resposta ao Poder Judiciário e, na prática, simplesmente, transferia ao Poder Legislativo o monopólio da última palavra sobre a constitucionalidade de emendas à Constituição, sem nenhuma distinção de aspectos políticos e jurídico e tampouco sem nenhum ônus argumentativo. Ademais, retirava, consideravelmente, o poder da Corte, ao vedar, “em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar”.

A restrição apenas às emendas constitucionais é interessante, na medida em que trata de espécie normativa introduzida pelo Parlamento na condição de representantes do Poder Constituinte Derivado Reformador. Igualmente interessante é a submissão à consulta popular, caso o Congresso Nacional discorde da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Ambas as modificações, no entanto, mostram uma preocupação apenas com a democracia como vontade da maioria, ou seja, deixam de lado aspectos substanciais que podem ser relevantes, como discutido anteriormente. Evidentemente, a PEC poderia ter vários dos efeitos aqui pretendidos, no entanto, a ignorância do ônus argumentativo ignora que a discussão sobre o controle de constitucionalidade *pode ser, mas não, necessariamente, é apenas política.*

Em relação à participação direta do povo⁵¹², em forma de consulta, embora, a princípio, não considerada na proposta aqui formulada, merece alguma reflexão, pois, tratando-se de hipóteses importantes (emendas constitucionais declaradas inconstitucionais) e pouco comuns (não afetariam a rotina dos indivíduos e nem seriam banalizadas), pode ser uma oportunidade para escapar da armadilha elitista da

⁵¹¹ “O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial. (...) Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Poder Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais. O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. (...) As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo.”

⁵¹² Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos*, cit., p. 169-171.

guardiania⁵¹³, na medida em que, simplesmente, assumir que a autoridade final sobre a interpretação da Constituição deve repousar no Poder Legislativo ou na Corte Constitucional parece não considerar, corretamente, quem constitui e quem é constituído.⁵¹⁴

Como destaca Larry Kramer, seria sempre melhor resolver os conflitos constitucionais sem a intervenção popular, assim como seria melhor resolver os litígios comuns sem processos judiciais, mas, se uma disputa sobre questões políticas não puder ser revolvida, o próprio povo deve ser o agente e os mecanismos políticos os meios.⁵¹⁵

⁵¹³ Cf. Robert A. Dahl, *A democracia*, cit., p. 244.

⁵¹⁴ “The assumption that final interpretive authority must rest with some branch of the government belongs to the culture of ordinary law, not to the culture of popular constitutionalism. In a world of popular constitutionalism, government officials are the regulated, not the regulators, and final interpretive authority rests with the people themselves. (Cf. Larry D. Kramer, ob. cit., p. 107).

⁵¹⁵ “Obviously it would be best to resolve disputes without popular intervention, just as we prefer seeing ordinary law disputes settled without litigation. But if a dispute could not be settled and needed authoritative resolution, politics was the proper forum, the people were the proper agent, and “political-legal” devices were the proper means” (Cf. Larry D. Kramer, ob. cit. p., 108).

CONCLUSÕES

O Poder Legislativo ainda é o principal *locus* onde esse debate pode tomar corpo, diante de seus mecanismos de eleição, discussão e votação, com ampla participação, opinião e controle, além de acesso para os cidadãos com menos recursos à disposição e considerações dos impactos de maneira geral, de forma policêntrica.

As Cortes Constitucionais, no entanto, possuem um papel de descentralização da democracia, sendo um elemento de ligação entre os diversos tipos de povo e as diversas temporalidades políticas. São terceiras partes reflexivas cuja principal função é a representação política e social; testam a existência do povo como princípio, assegurando que a soberania é mais do que apenas a maioria; evidenciam a mudança na relação entre Direito e Democracia decorrente de câmbios sociológicos; estabelecem permanente confronto entre várias manifestações do povo; criam condições de convivência por meio dos julgamentos via deliberação. Enfim, podem ser, pois, encaradas como uma forma de representação da ordem moral ou funcional estruturalmente diferente das eleições.

Não é necessário desconfiar dos juízes. Igualmente, não é necessário desconfiar dos legisladores. Porque não é necessário desconfiar do povo. A admissão de que o Direito sofre influência de fatores políticos em uma sociedade plural e a defesa a ideia de interpretação constitucional popular, de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, que abarque não apenas os poderes constituídos, mas, também, outros atores sociais, impõem não colocar o povo em tutela permanente de um ou outro Poder.

Ao se reconhecer que juízes e legisladores possuem capacidades institucionais distintas, mas igualmente importantes para a realização das tarefas do Estado, parece inadequado realocar, peremptoriamente, a solução de todos os conflitos morais nas mãos do Poder Judiciário ou das Cortes Constitucionais, por meio de uma carta branca para a densificação dos princípios constitucionais que, por serem conceitos políticos, podem projetar diversas – e até mesmo contrárias – opções políticas viáveis e constitucionais.

A ideia, então, é que, no reconhecimento e na estabilidade das Cortes como partícipes ativas da interpretação da Constituição, em especial do controle de constitucionalidade das leis do Parlamento, não se pode, de um lado, ignorar a “carta democrática” das eleições nem, de outro, se buscar um credenciamento exclusivo por outros argumentos de valor ou por uma legitimidade democrática indireta apenas no acesso dos juízes constitucionais.

Os objetivos das democracias contemporâneas devem ser alcançados pela adoção de sujeitos e formas democráticas mais complexas e as Cortes são uma delas. Isso, no entanto, não significa que elas possam suplantar os imprescindíveis elementos da democracia eleitoral-representativa, a qual ainda é a principal voz do povo eleitoral, maioria numérica do presente.

As noções de dificuldade contramajoritária e de poder contramajoritário embutem a imprecisa (e, talvez, até mesmo falsa) contraposição entre a lei e a jurisprudência constitucional. Ocorre que nem leis, nem decisões judiciais são perfeitas. O confronto pressupõe a lei como simples resultado parcial de maiorias politicamente interessadas e a jurisprudência constitucional como produto elaborado e imparcial de órgão suprapartidário. Ou o oposto: pressupõe a lei como legítimas manifestações do próprio povo sobre seus destinos e a jurisprudência constitucional como resultado de decisões elitistas.

Assim, reconhecendo (i) a existência de distintas opções políticas com base nos fins direcionados pela Constituição, (ii) a existência de estruturas subjetivas de valor que influenciam na escolha das concepções políticas a serem adotadas pela comunidade política, (iii) a existência de (permanente) dissenso na sociedade sobre tais concepções políticas e (iv) a Constituição como norma aberta à convivência das distintas concepções políticas (especialmente, mas não apenas sobre direitos fundamentais), a definição deve depender da dimensão política conferida pela lei, de maneira democrática e plural.

Isso não implica que deva ser o intérprete exclusivo da Constituição e tampouco retira a importância do Poder Judiciário, cuja atuação na interpretação do Direito e na concretização da Constituição continua sendo imprescindível, especialmente pela adequação da generalidade das regras à individualidade dos casos concretos, escolhendo

dentre os vários sentidos ainda possíveis, aqueles que se conformam com os valores constitucionais.⁵¹⁶

Enfim, em uma sociedade plural, cuja liberdade é um valor central, podem existir divergências, especialmente, com relação ao modo de realizar os valores constitucionais. Aliás, em um Estado Democrático, é saudável que essas diferenças existam e sejam debatidas livremente, não apenas toleradas passivamente. Afinal, “[a] tolerância não é uma posição contemplativa dispensando indulgências ao que foi e ao que é. É uma atitude dinâmica, que consiste em prever, em compreender e em promover o que quer ser.”⁵¹⁷

⁵¹⁶ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”, cit., p. 17.

⁵¹⁷ Cf. Claude Lévi-Strauss, *Raça e História*, in Claude Lévi-Strauss, *Antropologia Estrutural Dois*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1993, p. 366.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges, *Processo constitucional brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional* (trad. port. Mauro Raposo de Mello de We the People: Foundations). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____; ROSENKRANTZ, Carlos F. *Tres concepciones de la democracia constitucional*, in *Cuadernos y debates: fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15-31.

ADAMS, John. *Thoughts on government applicable to the present State of the American Colonies*. Philadelphia: John Dunlap, 1776.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: *Revista de Direito Privado*, v. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 2005, p. 334-344.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva de *Theorie der Grundrechte*). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAN, T. R. S. *Law, liberty, and justice: The legal foundations of British constitutionalism*. Oxford : Clarendon, 1993.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91-103

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia: Aparência e realidade*. Brasília: Editora Brasiliense, 1987.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 920, jun. 2012, p. 133-148.

_____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu. In: *Revista dos Tribunais*, ano 97, vol. 868, fev. 2008, p. 53-68.

ANDRIEU, Louis Assier. *O direito nas sociedades humanas* (trad. port. Maria Ermantina Galvão de Le droit dans les sociétés humaine). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAUJO, Cicero Romão Resende de; SIMÕES, Júlio Assis (orgs.). *A constituição de 1988: Passado e Futuro*. São Paulo: Hucitec, Anpocs, 2009, p. 17-51.

ARAÚJO, Mateus Morais. *Cortes constitucionais como veto players: o Supremo Tribunal Federal e a teoria da absorção*. Disponível em <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1019&Itemid=353>.

ARENDT, Hannah. *On Revolution*. London: Penguin Books, 1990.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, jan./jun. 2011, p. 6-50.

ARISTÓTELES. *Política* (trad. port. e notas Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes). Lisboa: Vega, 1998.

ATRIA, Fernando. *El derecho y la contingencia de lo político*. In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 26, 2003, p. 319-347.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 215. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999, p. 151-179.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entra a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Joaquim. Nota à imprensa, 26 abr. 2013, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N>>

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. In: *Revista Direito & Práxis*, v. 9, nº 4, 2018, p. 2171-2228.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Jurisdição constitucional: A tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 271-316.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERLIN, Isaiah. The originality of Machiavelli. In: WARBURTON, Nigel; PIKE, Jon; MATRAVERS, Derek. *Reading Political Philosophy: Machiavelli to Mil*. New York: Routledge, 2000.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto Costituzionale*, 14ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política* (trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Stato, governo, società: Per una teoria generale dela politica), 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.

_____. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo* (trad. port. Marco Aurélio Nogueira de Il futuro dela democrazia: Una difesa delle regole dei gioco), 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BORK, Robert H. *The tempting America: The political seduction of Law*. New York : First Touchstone, 1991.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia republicana e participativa*. In: *Novos Estudos Cebrap*, nº 71, março 2005, p. 77-91.

BRUTUS, *The Anti-Federalist Papers*, LXXVIII a LXXXII. Disponível em <<http://www.thefederalistpapers.org/antifederalist-paper-78-79>>.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURDEAU, Georges. *Méthode de la Science Politique*. Paris: Dalloz, 1959.

_____. *Traité de science politique*, t. 1, v. 1, 3ª ed. Paris: LGDF, 1980.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x Constitucionalismo. Um navio à deriva?* In: *Cadernos de Pós-Graduação em direito: estudos e documentos de trabalho*, nº 1. São Paulo: Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2011. Disponível em <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf>.

_____. *Processo Legislativo, técnica legislativa e legística*. In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009, p. 29-42.

_____. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: FAVOREU *et al.* *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-649.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (trad. port. de Aroldo Plínio Gonçalves de Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. II. Paris: Libraire de la Société du Recueil, 1920.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O Poder dos Juízes: Supremo Tribunal Federal e o Desenho Institucional do Conselho Nacional de Justiça. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, nº 45, mar/2013, p. 13-27.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special Court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, v. 82, 2003-2004, p. 1705-1736.

CONSTANT, Benjamin. De la liberte des anciens comparée a celle des modernes (discours prononcé a l'Athénée Royal de Paris, 1819). In: *Cours de Politique Constitutionnelle*, t. II, 2ª ed. Paris: Libraire de Guillaumin, 1872.

CORWIN, Edward S.; PELTASON, Jack W. *Understanding the Constitution*, 3ª ed. New York: Holt, Rineheart and Winston, 1965.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional – Caderno 3*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 59-75.

COVER, Robert M. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*, Faculty Scholarship Series, 2705, 1983, p. 4-68.

CROCE, Benedito. *Ética e política*. Milão: Adelphi, 1994.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

_____. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos* (trad. port. Patrícia de Freitas Ribeiro de Democracy and its critics). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: *Journal of Public Law*, v. 6, 1957.

DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 31, jul/dez 2007, p. 86-105.

DEMARCHI, Juliana Brescansin. *Superação da inconstitucionalidade por deliberação parlamentar ou popular*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos* (trad. Cristiano Monteiro Oiticica). Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge e London: Harvard University Press, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério* (trad. port. Nelson Boeira de *Taking Right Seriously*), 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições* (trad. port. de Cláudia Sant'Ana Martins de *Ulisses unbound: Studies in rationality, precommitment and constraints*). São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (trad. port. Juliana Lemos de *Democracy and distrust: a theory of judicial review*). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? In: *Lua Nova*, nº 88. São Paulo, 2013, p. 429-469.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FEREJOHN, John E. Constitutional review in the global context. In: *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, 2002-2003, p. 49-60.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenez; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 211-262.

_____. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. In *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

_____. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. (orgs.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifício, 2006, p. 115-181.

_____. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. (coord.); MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). *Constituição federal interpretada: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, 3ª ed. Barueri: Manole, 2012.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____.; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Princípios fundamentais do processo constitucional. In: *Revista Mestrado em Direito*. Osasco: Edifício, ano 4, n. 4, 2004, p. 181-193.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A legística e a “filosofia” da lei. In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*. São Paulo: CEJUR, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Do processo legislativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano XXVIII, nº 99, set. 2008, p. 86-91.

_____. *O poder constituinte*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Hyndara. O STF tem legislado? In *Jota*. São Paulo, 13 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-tem-legislado-13012020>>.

FRIEDRICH, Carl. *Gobierno constitucional y democracia: teoria y práctica em Europa y América* (trad. esp. Agustín Gil Lasierra), v. 2. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, v. 92, nº 2, dez. 1978, p. 353-409.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? In: *Revista Direito GV*, v. 12, nº 1, jan./abr. 2016, p. 125-154.

GIANTURCO, Adriano. *A ciência da política: uma introdução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Sandra. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: Um Estudo de Caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, nº 1, 2006, p. 193 a 224

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno* (trad. port. Irene A. Paternot de Les principes philosophiques du droit politique moderne). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política* (trad. port. Geraldo de Carvalho de Die Verfassung und die Politik). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROPPI, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? In: *Revista del Derecho Político*, n. 62, 2005, p. 33-54. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8952/8545>>.

HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78, The Judiciary Department. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>>

HAMMERGREN, Linn. *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito* (trad. port. de The concept of Law), 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. *The concept of Law*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HAURIUO, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien, 1966.

HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional* (trad. esp. Antonio López Pina de Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland), 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 1-15.

HEYWOOD, Andrew. *Political Theory: An introduction*, 3ª ed. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, forme & power of a common-wealth ecclesiastical and civil*, Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>>.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil* (trad. port. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva de Leviathan). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado* (trad. esp. Fernando de lós Ríos). Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional (trad. port. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão de La garantie jurisdictionelle de la Constitution – la justice constitutionnelle). In *Jurisdição constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 121-186.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920 (trad. port. Alexandre Krug de Verfassungs-und Verwaltunggerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom I Oktober 1920), in *Jurisdição constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 3-46.

_____. Fundamentos da democracia (trad. port. Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla de Foundations of Democracy). In: *A Democracia*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 137-204.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? (trad. port. Alexandre Krug de Wer soll der Hüter der Verfassung sein?) In: *Jurisdição constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado* (trad. port. Luís Carlos Borges de General theory of Law and State), 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do Direito* (trad. port. João Baptista Machado de Reine Rechtslehre), 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KURY, Mário da Gama. Apresentação. In: ARISTÓTELES. *Política* (trad. port. Mário da Gama Kury). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LASSALLE, Ferdinand Lassalle. *¿Que es una Constitución?* Santa Fé de Bogota: Editorial Temis, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: Breves notas introdutórias. In: *Revista de informação legislativa*, v. 49, nº 194, abr./jun. 2012, p. 53-64.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 328-366.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países* (trad. port. Roberto Franco de Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-six Countries). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil* (trad. port. Julio Fischer de Two treatises of government). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. esp. Alfredo Gallego Anabitarte de Verfassungslehre). Barcelona: Ariel, 1986.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito, volume 2: O Século XX* (trad. port. Luca Lamberti de Sistema e Struttura nel Diritto, vol II: Novecento), v. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, Ebook.

MADISON, James. Federalist n. 10, The Same Subject Continued (The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection). In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>>

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe* (trad. port. de Maria Júlia Goldwasser de Il príncipe), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Evolução da crise brasileira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. STF, vanguarda ilusionista, *Folha de S. Paulo*, 28 jan. 2018, Ilustríssima, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Marcelo Doval. A legitimidade das Cortes Constitucionais na democracia eleitora-representativa: A última palavra em movimento. In: GONZÁLEZ, Felipe (coord.); DAMIANI, Gerson e FERNÁNDEZ-ALBERTOS, José (orgs.). *Governança e Democracia representativa*. São Paulo: Edusp, 2017, p. 385-397.

_____. *Jurisdição constitucional como expressão da separação de poderes: Razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, 1992, p. 75-99)

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Esprit des lois*, 2ª ed. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1892. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>>

_____. *O espírito das leis* (trad. port. Cristina Murachco de L'esprit des lois). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Obrigações e contratos: obrigações – estrutura e dogmática*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259-274.

_____. O direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 21-31.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, t. I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NINO, Carlos. *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. In: *RBCS*, v. 27, n° 80, out. 2012, p. 89-115.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

PFRSMANN, Otto. Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI (trad. port. Alexandre Coutinho Pagliarini). São Paulo: Saraiva, 2014.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POLI, Vinicius José. *Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do Direito* (trad. port. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara de *Frontiers of legal theory*). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* (trad. port. Jussara Simões de *A theory of justice*), 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). In: *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(1), jan-jun. 2012, p. 87-107.

RIPERT, Georges. *Le declin du Droit: Étude sur la législation contemporaine*. Paris: LGDJ, 1949.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad* (trad. esp. Heber Cardoso de *La légitimité démocratique. Impartialité, reflexivité, proximité*). Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social* (trad. port. Antônio de Pádua Danesi de *Du Contrat Social*), 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 12, n. 35, maio-ago 1992, p. 9-39.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa* (trad. port. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo de Justice), 20^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte (a natureza e titularidade do poder constituinte originário)*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários* (trad. port. David Fleischer de Parties and party systems). Rio de Janeiro: Zahar, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores* (trad. esp. Sebastián Abad de Die Tyrannei der Werte). Buenos Aires: Hydra, 2009.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O guardião da Constituição* (trad. port. Geraldo de Carvalho de Der Hüter der Verfassung). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. A função política do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 134, out./dez. 1978, p. 1-10.

SELZNICK, Philip. *A Humanist Science: Values and ideals in social inquiry*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

SEN, Amartya K. *Collective choice and social welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

_____. *The idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Martin. *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1981.

_____; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics & Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*, 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*, 2003, p. 607-630.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SPINOZA, Benedictus de. *Tratado político* (trad. port. Diogo Pires Aurélio de Tractatus politicus). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SUSTEIN, Cass R. Beyond the Republican revival. In: *Yale Law Journal*, 97, 1987-1988, 1539-1590.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101, nº 4, fev/2003, p. 885-951.

TAMAHANA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito Civil e Constituição. In: TAVARES, André Ramos; ALVES FERREIRA, Olavo A. V.; LENZA, Pedro. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 367-399.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TAYLOR, Matthew M. *Activating Judges: courts, institutional structure, and the judicialization of policy reform in Brazil, 1988-2002*. Georgetown University: Washington D.C., 2004.

_____. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

_____. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, 2007, p. 229-257.

_____; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: A judicialização como resultado contingente da estratégia política. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 51, nº 4, 2008, p. 825-864.

TSEBELIS, Geroge. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Disponível em <http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4756/tsebelis_book.pdf>.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional I – Teoría constituyente – Poder constituyente: fundacional, revolucionario, reformador*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris : Dalloz, 2002.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-88*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), jul/dez 2008, p. 441-463.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno* (trad. port. Claudia Berliner de La formation de la pensée juridique moderne), 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Does Law promise Justice? In *Georgia State University Law Review*, v. 17, 2001, p. 759-788.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

_____. The core of the case against judicial review. In: *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, apr. 2006, p. 1346-1406.

WALUCHOW, Wilfrid. Constitutions as living trees: na idiot defends. In *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18, 2005, p. 204-247.

WEBBER, Jeremy. *Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: Lessons from Canada (and elsewhere)*. In: *Australian Journal of Human Rights*, 9:1, outubro de 2017, p. 135-182.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva* (trad. port. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa de Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie), v. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____. *Ensaio de Sociologia* (trad. port. Waltensir Dutra de Essays in Sociology), 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno* (trad. A. M. Botelho Hespanha de Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung), 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia* (trad. port. Monica de Sanctis Viana de Il “crucifige”). São Paulo: Saraiva, 2011.