

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Adriano Souto Borges

Cortes Constitucionais e Democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil.

Belo Horizonte

2016

Adriano Souto Borges

Cortes Constitucionais e Democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Linha de pesquisa: 1- Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante.

Coorientador: Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer.

Pesquisa desenvolvida com financiamento parcial da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Belo Horizonte

2016

B732c Borges, Adriano Souto
Cortes constitucionais e democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil / Adriano Souto Borges. - 2016.

Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Tribunais supremos 3. Controle de constitucionalidade - Brasil I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 340.131.1(81)

BORGES, Adriano Souto. **Cortes Constitucionais e Democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil.** Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. O candidato foi considerado aprovado em ____ de _____ de 2016, por banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante - UFMG (orientador)

Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer – UFMG (coorientador)

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes – UFMG

Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima – UNIFOR

Profa. Dra. Adriana Campos Silva – UFMG

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao povo brasileiro pelo financiamento parcial desta pesquisa - através da Capes – que realizei com o maior empenho possível. Agradeço à minha família, em especial, aos meus pais (Rogério e Norma) pelo apoio indispensável em todos os momentos, e também aos meus irmãos (Leandro e André) pela amizade. Agradeço à minha querida Bruna pelo apoio constante. Sou grato aos meus amigos e professores pela força.

Sou grato também ao meu coorientador, o Professor Emílio Meyer, pelas lições e pela atenção dispensada a mim durante todo o mestrado, principalmente na concretização desta dissertação.

Agradeço, especialmente, ao meu orientador, o Professor Thomas Bustamante, pelo grande exemplo que é para a academia, não só como professor e filósofo do Direito, mas também como pessoa de valores. Agradeço ao Professor Thomas por ter me aceitado como orientando e, sobretudo, por ter desempenhado seu papel de maneira exímia.

RESUMO

A autoridade das Cortes Constitucionais e a legitimidade do *judicial review* não são autoevidentes. Não há também uma correlação necessária entre Cortes Constitucionais e democracia, embora estas possam contribuir instrumentalmente (e a depender de determinadas condições) para um projeto constitucional democrático.

Assim, considerando a autoridade instrumental e condicional das Cortes Constitucionais, pretendemos analisar como elas devem interpretar as regras que definem as suas próprias competências, de maneira condizente com sua autoridade numa democracia. Nesse intuito, exporemos as abordagens maximalista e minimalista de interpretação judicial para, ao final, verificarmos qual das duas melhor se justifica para os casos em que as Cortes interpretam as suas competências.

Utilizaremos como exemplo empírico o caso da expansão do controle de constitucionalidade brasileiro que se acentuou após 1988, gerando uma centralização dos outros poderes da República e do próprio Judiciário em torno do Supremo Tribunal Federal. Embora haja certas concessões do Legislativo, as interpretações da própria Corte guiaram essa expansão, como se vê na adoção pela Corte de teses como da abstrativização dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Enfocaremos nosso argumento especialmente sobre a tese (embora não adotada pela maioria dos ministros na Rcl. 4335/AC, mas ainda hoje sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes) sobre a mutação constitucional do art. 52, X, CF/88, porque ela evidencia o erro que as Cortes cometem ao endossar premissas maximalistas na interpretação de suas próprias funções.

Desse modo, é inconcebível (não só pelo argumento histórico do Brasil, mas também por argumentos normativos) que as Cortes sejam intérpretes maximalistas de suas competências. O minimalismo se mostra mais democrático para essa hipótese, por melhor considerar o equilíbrio institucional e por deixar que o povo decida (diretamente ou por meio de seus representantes) sobre quais poderes as instituições estatais realmente têm num projeto constitucional. Portanto, o STF deve interpretar os casos futuros semelhantes ao da Rcl. 4335/AC minimalistamente.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais; Competências; *Judicial Review*; Democracia; Minimalismo; Maximalismo.

ABSTRACT

Constitutional Courts' authority and the legitimacy of judicial review are not self-evident. There's no necessary correlation between Constitutional Courts and Democracy, although Courts can contribute instrumentally (and depending on certain conditions) to a democratic constitutional project.

Thus, considering Constitutional Courts' instrumental and conditional authority, we aim to analyse how they must interpret rules that define their own competences, in a coherent way with its authority in a democracy. For such purpose, we'll expose maximalist and minimalist approaches of judicial interpretation to verify, at the end, which of both is better justified to cases that courts interpret their own competences.

We'll use as an empiric example the case of Brazilian judicial review expansion that accentuated after 1988, occasioning a centralization of others powers of the Republic and of the own Judiciary around the Supreme Court. Although there are some Legislative concessions, Courts' interpretation itself guided that expansion, as we can see in the adoption by the Court of thesis such as those which consider as abstract the diffuse and the concentrated judicial review types.

The focus of our argument will be especially in the thesis (although not adopted by the majority of the ministers in the Rcl. 4335/AC, but still today sustained by the Minister Gilmar Mendes) about the constitutional mutation of the article 52, X, CF/88, because it shows clearly the error committed by Courts when they embrace maximalist premises in the interpretation of their own attributions.

So, it's unconceivable (not only by the Brazilian historic argument but also by normative arguments) that Courts be maximalist interpreters of their competences. Minimalism is more democratic to this hypothesis, because it best considers institutional equilibrium and lets people decide (directly or through their representatives) which powers state institutions actually have in the constitutional project. Therefore, Brazilian Supreme Court must interpret future cases similar to that of Rcl. 4335/AC in a minimalist way.

Keywords: Constitutional Courts; Competences; Judicial Review; Democracy; Minimalism; Maximalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA? A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E A DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW	13
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	13
1.2 CONSTITUCIONALISMO E <i>JUDICIAL REVIEW</i>	14
1.2.1 Estados Unidos.....	20
1.2.2 França.....	30
1.2.3 Inglaterra.....	35
1.2.4 Áustria.....	37
1.3 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ASCENSÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	40
1.4 A DISCUSSÃO FILOSÓFICA SOBRE A LEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW	44
1.4.1 Argumentos Favoráveis	45
1.4.2 Críticas.....	49
1.5 CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA?.....	60
1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS	64
CAPÍTULO 2 – MINIMALISMO E MAXIMALISMO JUDICIAL	66
2.1 SUNSTEIN E O MINIMALISMO JUDICIAL	66
2.1.1 Acordos não completamente teorizados	69
2.1.2 Minimalismo e Democracia	75
2.1.3 Cortes Constitucionais e Agências Administrativas	77
2.1.4 Profundidade nas decisões judiciais	77
2.1.5 Conclusões de Sunstein a favor do minimalismo.....	81
2.2 DWORKIN E O CULTO À TEORIA: O MAXIMALISMO JUDICIAL	82
2.2.1 A premissa teórica	83
2.2.2 A Escola de Chicago.....	84
2.2.3 Conclusões de Dworkin a favor de maximalismo.....	86
2.3 SUNSTEIN v. DWORKIN: UM BALANÇO CRÍTICO.....	88
2.3.1 A antiteoria como uma falácia.....	95

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	96
CAPÍTULO 3 - A EXPANSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	98
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	98
3.2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	98
3.2.1 De 1500 a 1824	98
3.2.2 A “Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824”	99
3.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891	101
3.2.4 O período de governo provisório entre 1930 e 1934	104
3.2.5 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934	105
3.2.6 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937	107
3.2.7 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946	111
3.2.8 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967	114
3.2.9 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	116
3.2.9.1 STF pós-1988	119
3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES	125
3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	126
CAPÍTULO 4 - A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA.....	128
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	128
4.2 KYRITSIS E O COMPARTILHAMENTO DA AUTORIDADE ENTRE A CORTE E O LEGISLATIVO.....	129
4.3 MINIMALISMO JUDICIAL E CORTES CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO DE SUAS PRÓPRIAS COMPETÊNCIAS.....	145
4.4 A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CF/88	151
4.4.1 O julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC	151
4.4.2 A premissa que subjaz à tese: maximalismo na interpretação de competências da Corte	153
CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
REFERÊNCIAS.....	163

INTRODUÇÃO

Com a evolução histórica do Constitucionalismo (que é usualmente entendido em consonância com a ideia de limitação do poder governamental), o termo passou a ser relacionado com elementos que, supostamente, reforçariam seu compromisso com a democracia. Dentre vários elementos, podemos citar, conforme observado por Carlos Santiago Nino, o Estado de Direito, uma Constituição (escrita ou não), a Separação de Poderes com Legislativo e Executivo eleitos pelo povo, a defesa de direitos individuais e o *judicial review*.

De todos esses elementos (a serem tratados direta ou indiretamente no trabalho), o *judicial review* (e isso inclui as Cortes Constitucionais) e sua relação com a democracia serão abordados em especial, considerando os problemas de justificação de autoridade presentes nessa temática, que será vista no primeiro capítulo desta pesquisa.

Contemporaneamente, na Teoria do Direito, é comum a associação entre Cortes Constitucionais e democracia, como se houvesse uma implicação necessária entre ambas, ou, em outras palavras, como se a jurisdição constitucional¹ (especialmente o *judicial review*) fosse um produto imprescindível da democracia.

Entretanto, esse senso comum não passa de uma ficção tanto do ponto de vista histórico quanto do normativo, como se pretende evidenciar ao longo da dissertação. A autoridade das Cortes, para que possa ser justificada, só pode se dar instrumentalmente e mediante a verificação de certas condições, já que não pode contar com uma justificação intrínseca derivada do seu nascimento democrático.

Nesse contexto, chama bastante atenção o modo como as Cortes têm interpretado os limites de sua própria autoridade ou os limites de sua própria competência no projeto constitucional.

¹ Jurisdição Constitucional, segundo Luís Roberto Barroso (2014, p. 3), compreende a atividade de o Poder Judiciário interpretar e aplicar a Constituição: “Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (BARROSO, 2014, p. 3-4).

Desse modo, no segundo capítulo, passaremos para a análise do minimalismo e do maximalismo judicial. O objetivo dessa análise é verificar se uma abordagem maximalista (altamente teorizada), a qual, segundo Cass Sunstein, serve de lastro para uma expansão própria de atribuições, condiz ou não com a justificção instrumental disponível para a autoridade das Cortes Constitucionais. A hipótese que verificaremos é de que a abordagem maximalista encontra dificuldades no âmbito específico da interpretação das normas que definem a própria competência da Corte Constitucional. Ou seja, caso pretendam respeitar o ideal democrático, as Cortes não podem adotar uma postura interpretativa que, direta ou indiretamente, amplie os limites de suas próprias competências, já que somente o povo (diretamente ou por meio de seus representantes) pode decidir sobre quais atribuições as instituições estatais realmente têm.

Por isso, apesar das críticas que se pode fazer ao minimalismo judicial (ao menos na forma em que ele foi apresentado por Sunstein), sustentaremos que uma postura minimalista (com o menor grau de abstração possível) se apresenta como a melhor opção para os casos em que a Corte interpreta as regras que definem as suas próprias competências, considerando o ponto de vista institucional e o democrático.

Para esses casos específicos, sugeriremos, nesta pesquisa, que a interpretação da Corte seja modesta e evite abstrações. Essa é a atitude minimalista defendida aqui, que consiste em decidir com fundamentos estreitos e rasos (evitando abstrações), de modo a deixar a decisão sobre os limites das competências das Cortes para atores mais responsáveis politicamente.

Assim, mesmo que Dworkin (ao defender uma interpretação maximalista por parte dos juízes) possa estar correto quanto ao método interpretativo mais adequado para decidir desacordos sobre direitos, Sunstein apresenta uma visão que é a *prima facie* a mais adequada para a interpretação das competências das Cortes em um Estado Democrático de Direito.

Para que possamos aprofundar e exemplificar nosso argumento no último capítulo, analisaremos o caso brasileiro no capítulo 3. Notaremos, então, que no Brasil, houve uma grande expansão do controle de constitucionalidade, nas últimas duas décadas, em virtude, muitas vezes, de interpretações do próprio Supremo

Tribunal Federal, ocasionando uma centralização do Judiciário brasileiro e até mesmo de outros poderes em torno de si.

É claro que houve também concessões do Legislativo nesse sentido, como se observa nas leis 9.868 e 9.882 de 1999, que permitiram, por exemplo, a possibilidade da modulação temporal de efeitos das decisões no controle de constitucionalidade. Porém, embora estas concessões também sejam discutíveis, o uso que o STF faz de todo o aparato jurídico e a expansão própria de atribuições por parte dele é ainda mais criticável, levando-se em conta o tipo complicado de autoridade que as Cortes possuem.

Nesse passo, o STF adotou, dentre outras teses, a da objetivação do controle concentrado e da abstrativização dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Entretanto, a tese que servirá para ilustrar nosso argumento, no capítulo 4, sobre o modo como as Cortes devem interpretar as suas próprias competências, será aquela ventilada na Reclamação Constitucional 4335/AC sobre a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88, sustentada pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau (que também é uma espécie de abstrativização do controle difuso).

Embora a tese não tenha sido de fato adotada pelo STF quando do julgamento final da referida Reclamação Constitucional, ela ainda continua a ser defendida por Mendes em sede doutrinária. Faremos uma análise, então, que esperamos poder servir para responder como o STF deve julgar casos futuros similares que envolvam a interpretação constitucional de competências próprias.

O que nos interessa na tese é o que subjaz ao tipo de deliberação proposto por ela: o maximalismo na interpretação de competências da Corte. Assim, no capítulo 4, pretendemos expor nosso argumento com mais profundidade, levando em conta a análise proposta por Dimitrios Kyritsis sobre o compartilhamento de autoridade entre Cortes e Legislativo no projeto conjunto. Apresentaremos, em contrapartida, as vantagens do minimalismo judicial para a democracia, na hipótese especial em que as Cortes interpretam os limites de sua própria competência no projeto constitucional.

CAPÍTULO 1 – CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA? A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E A DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO *JUDICIAL REVIEW*

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Neste primeiro capítulo do trabalho, pretendemos analisar a relação do *judicial review* (especialmente, das Cortes Constitucionais) com a democracia, considerando que é muito comum se afirmar, na Teoria do Direito e no Direito Constitucional, que haveria uma correlação necessária entre ambos, ou, dito de outro modo, que as Cortes Constitucionais e o *judicial review* são produtos necessários da democracia.

Em sentido contrário, esperamos demonstrar que a referida correlação é uma ficção, tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista normativo. A legitimidade da jurisdição constitucional não é autoevidente e só pode ser estabelecida de maneira condicional ou instrumental.

Desse modo, partiu-se primeiramente para uma análise conceitual geral do Constitucionalismo (tanto o jurídico quanto o político). Em seguida, adentrou-se a um exame do Constitucionalismo nos Estados Unidos e na Áustria por serem países onde o *judicial review* teve suas raízes no mundo ocidental, além dos casos da França e da Inglaterra em que, tradicionalmente, houve uma posição cética com relação ao *judicial review*.

Posteriormente, passou-se para a ascensão das Cortes Constitucionais na separação dos poderes a partir da segunda metade do século XX, observando-se o número crescente de casos sobre moralidade política decididos pelas Cortes, envolvendo a aplicação da Constituição, como aborto, segregação racial, discriminação sexual, ações afirmativas, dentre outras.

Mais à frente, foi colocado o debate sobre a legitimidade do *judicial review*, com argumentos favoráveis e críticas, principalmente do Constitucionalismo Político, para se chegar à posição de que haveria uma justificação condicional para sua existência, ao contrário da lei democrática que possui uma justificação intrínseca ao seu nascimento.

Por isso, a relação entre Cortes Constitucionais e democracia é problemática, de modo que a legitimidade da jurisdição constitucional depende da verificação de determinadas circunstâncias, como se verá durante o capítulo.

1.2 CONSTITUCIONALISMO E *JUDICIAL REVIEW*

Carlos Santiago Nino (1996, p. 3) tenta reunir características comuns verificadas nas experiências constitucionais de diversos países para elucidar o ponto central do Constitucionalismo. Desse modo, para ele, em termos gerais, Constitucionalismo significa “governo limitado”.

Porém, Nino (1996, p. 3) admite que a expressão “governo limitado” possui diferentes acepções. Ele, então, delinea oito conceitos cumulativos (a ideia posterior é somada à anterior) de Constitucionalismo, do menos denso para o mais denso. Resumidamente: (1) traz-se a ideia de Estado de Direito (ou *Rule of Law*), em que há uma limitação legal à atuação do governo – democrático ou não; (2) acrescenta-se a existência de uma Constituição (escrita ou não), tomada por suprema, com processo de alteração mais dificultoso do que o das leis comuns; (3) incluem-se restrições formais que a Constituição coloca em relação às leis hierarquicamente inferiores (v.g. estas devem ser gerais, precisas, públicas, etc.) (4) adiciona-se a ideia da Separação de Poderes, com ênfase na independência do Judiciário em relação aos órgãos que fazem as leis; (5) a Constituição passa a garantir direitos individuais inalienáveis pelo Estado; (6) inclui-se o *Judicial Review*, com o Judiciário independente e singularmente capaz de declarar inconstitucional a legislação; (7) acrescenta-se a ideia de Democracia; (8) por fim, a ideia de Constitucionalismo dependerá do modelo democrático adotado e dos arranjos institucionais, por exemplo, com o Legislativo e o Executivo eleitos (NINO, 1996, p. 3-4).

Wil Waluchow (2001), por sua vez, afirma que a ideia de “Constitucionalismo”, normalmente associada às teorias políticas de John Locke e dos fundadores da República americana, é de que deve haver limitações jurídicas quanto ao poderes governamentais. Assim, a legitimidade de um governo dependeria da observância desses limites por parte dele (WALUCHOW, 2001).

Waluchow (2001) explica que, num conceito simples do termo, a Constituição reuniria um conjunto de normas que definem a abrangência do poder ou da autoridade estatal. Para o autor, normalmente, em um estado constitucional, há um arranjo institucional (em qualquer forma que seja) englobando os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com as respectivas funções de fazer novas leis, implementá-las, e aplicá-las em disputas concretas.

Waluchow (2001) cita, como exemplo, um país em que o monarca tem poder absoluto sobre os três poderes. Aí, segundo o mesmo, a Constituição teria apenas uma regra com o significado de que o rei tem poder absoluto, não estando limitado, portanto, a qualquer procedimento. O que o autor quer mostrar com isso é que não basta a mera existência de normas que criem os poderes estatais, mas, acima de tudo, que essas normas devem representar limites (como os direitos civis, liberdade de expressão, igualdade e devido processo legal) ao exercício dos poderes estatais. Só assim poderia se falar, de fato, em Constitucionalismo, de acordo com essa ideia que o autor chama de “mais rica”.

Em seguida, Waluchow (2001) ressalta importantes características do Constitucionalismo. Uma delas, tratada por vários filósofos da teoria política (como Hobbes, Locke e Austin) se refere à questão da soberania e do governo. Em termos gerais, enquanto soberania significa poder normativo supremo e autoridade sobre algum domínio, governo é compreendido como as pessoas ou instituições pelas quais aquela soberania é exercida. Desse modo, Waluchow (2001) aduz que se pode falar, coerentemente, em governo limitado junto com soberania ilimitada do povo. Ou seja, em democracias constitucionais, a autoridade do povo é soberana, enquanto que os corpos governamentais que exercem as funções em nome do povo são constitucionalmente limitadas e a ele subordinadas (WALUCHOW, 2001).

Outra importante característica lembrada por Waluchow (2001), é o chamado “*entrenchment*”, ou, numa tradução literal, “entrincheiramento”. O termo significa, basicamente, que as regras que impõem limites constitucionais ao poder governamental não podem ser modificadas por ele, ou, pelo menos, deve haver um procedimento mais rígido e complexo para modificação dessas regras. Waluchow (2001) nota que não está claro se as Constituições podem ser “entrincheiradas” contra os atos do povo soberano.

Mais um aspecto do Constitucionalismo, de acordo com Waluchow (2001), é que as limitações ao poder estatal devem vir expressas em um documento escrito. Não obstante, é possível citar como exceção o caso do Reino Unido que, apesar de ter vários documentos escritos (como o *Bill of Rights*, de 1689, por exemplo) é considerado um Constitucionalismo histórico, permeado pelos costumes e convenções sociais, cuja Constituição não é escrita.

Waluchow (2001) ainda cita a separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, que, posteriormente no mundo, assumiu inúmeras formas (a mais famosa entre Executivo, Legislativo e Judiciário com as funções já citadas acima), sendo que o *judicial review* passou a ocupar posição privilegiada, embora muito contestada pelos teóricos desde o seu surgimento em 1803 com *Marbury Vs. Madison*² nos Estados Unidos.

Waluchow (2001) ressalta que os casos constitucionais normalmente levantam questões teóricas sobre qual abordagem deve ser adotada para a interpretação da Constituição: semântica, histórica, originalista, intencional ou da teoria da moralidade política. Essa discussão evidencia ainda mais a controvérsia sobre o papel dos juízes nas democracias constitucionais, já que, dependendo da teoria adotada, eles vão influenciar mais ou menos na vida da sociedade.

Waluchow (2001) ainda demonstra o debate entre originalistas e defensores da “Constituição viva”. Para os primeiros, Waluchow (2001) resume que a interpretação deve resgatar algo que existiu no momento da criação, ou seja, um objeto original, em respeito à moralidade política, aos princípios da democracia, à separação de poderes, dentre outros. Segundo Waluchow (2001), o principal apelo do Originalismo é entrelaçar a interpretação constitucional com fatos históricos moralmente neutros sobre crenças, intenções e decisões atuais de indivíduos com a autoridade legítima para estabelecer questões fundamentais a respeito dos limites dos poderes governamentais.

No entanto, Waluchow (2001) aponta que o Originalismo é criticado em várias frentes: aponta-se que os entendimentos originais muitas vezes não são claros, que o contexto do intérprete é diferente no momento da criação da lei e da aplicação.

² *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

Desse modo, em contraponto ao Originalismo, Waluchow (2001) lembra da corrente do “Constitucionalismo vivo” que é tida por construir uma nova Constituição ou, pelo menos, desenvolver as cláusulas mais gerais da Constituição de acordo com a nova realidade e, assim, espera-se melhorar os entendimentos sobre moralidade política em determinada comunidade.

Waluchow (2001) aponta uma grande questão: como uma geração pode legitimamente vincular as escolhas morais da outra? Segundo o autor, o “Constitucionalismo vivo” melhor responde essa pergunta, pois admite que a Constituição possa mudar consideravelmente com as circunstâncias, sem perder, com isso, sua identidade.

Entretanto, Waluchow (2001) reconhece que o “Constitucionalismo vivo” também recebe várias críticas, como, por exemplo, a de que a interpretação acaba por mascarar uma verdadeira criação ou construção do Direito e que, no fim das contas, juízes não-eleitos decidem quais são os limites dos poderes governamentais, o que violaria a Separação dos Poderes e a autoridade da Constituição.

Vale notar que, hodiernamente, outras concepções de Constitucionalismo têm sido exploradas por diversos autores. Nesse sentido, vale citar o Constitucionalismo Político defendido por Richard Bellamy, em contraponto ao Constitucionalismo Jurídico e à ideia de supremacia judicial – que será inclusive debatida na próxima seção. Para Bellamy (2016), essa seria uma forma de se redescobrir as ideias republicanas de participação popular nas decisões políticas fundamentais.

Assim, o Constitucionalismo Político, segundo Bellamy (2016, p. 10), não se relaciona propriamente com a ideia de limitação do poder governamental, mas de capacitação e de empoderamento do povo:

“Nessa visão, portanto, a democracia se transforma em meio para realizar o ideal constitucional ao invés de objeto de restrição constitucional. Equidade política no processo democrático fornece o que, seguindo Hannah Arendt, pode ser chamado de o “direito de ter direitos” – esse é o direito a ser

considerado com igual respeito e consideração.”³ (BELLAMY, 2016, p. 11, tradução livre).

Nesse contexto, Jeremy Waldron (2006, p. 1388) demonstra que os desacordos morais, políticos e jurídicos presentes na sociedade - e, inclusive, dentro da própria Corte - são um grande argumento em favor do Constitucionalismo Político e da regra da maioria:

“As pessoas discordam sobre a publicação de pesquisas de opinião, sobre liberdade de expressão em shoppings, sobre a influência de grupos de interesses especiais e comitês de ação política [...] sobre discurso de ódio, representação étnica. [...] Em alguns países, decisões efetivas sobre a estrutura constitucional podem ser tomadas pelas estruturas parlamentares, e, é claro, os parlamentares discordam entre eles sobre o que é desejável. [...] Em outros países, essas decisões são tomadas pelo voto popular, em referendos, e acontece, previsivelmente, que as pessoas discordam entre si também. Até mesmo em países como os Estados Unidos, onde a cultura política confia essas questões amplamente às Cortes, os juízes raramente são unânimes. De fato, os juízes discordam tanto quanto qualquer um – e discordam razoavelmente e de boa-fé – sobre a natureza de sua posição de guardiões dos valores constitucionais e sobre os comprometimentos de princípio que essa ‘posição’ supostamente deve incorporar.”⁴ (WALDRON, 1999, p. 279-280, tradução livre)

Desse modo, para o autor, a regra da maioria – do povo ou de seus representantes eleitos - seria a melhor forma de considerar esses desacordos na solução dos conflitos, porque trata os participantes como iguais (WALDRON, 2006, p. 1388).

³ “On this account, therefore, democracy becomes the means for realizing the constitutional ideal rather than the object of constitutional constraint. Political equality within a democratic process provides what, following Hannah Arendt, can be called the ‘right to have rights’ – that is the right to be regarded with equal respect and concern.” (BELLAMY, 2016, p. 11).

⁴ “People disagree about the publication of opinion polls, about free speech in shopping malls, about the influence of special interest groups and political action committees, and about the public’s interest in the internal workings of political parties. They disagree too about such topics, as hacking, hate speech, ethnic representation, criminal defamation, and the concept of sedition, insurrection and subversion. [...] In some countries, effective decisions on constitutional structure may be made by parliaments, and of course the parliamentarians disagree among themselves as to what is desirable. [...] In other countries they are made by popular vote on referendums, and it turns out, predictably, that the people disagree as well. Even in countries like the United States where the political culture entrusts these issues largely to the courts, the justices are seldom unanimous. It turns out that the judges disagree as much as anyone else – and disagree reasonably and in good faith – about the nature of their constitutional stewardship and the commitments of principle which that stewardship is supposed to embody.” (WALDRON, 1999, p. 279-280).

Sobre a relação entre *judicial review* e Constitucionalismo, Bellamy (2016, p. 11), reconhece que os juízes devem ser independentes de influência política ao julgar casos individuais. Entretanto, para o autor, o sistema como um todo deve operar por critérios públicos que promovam a igualdade política e jurídica, sob o controle e influência indireta dos cidadãos.

Apesar de acreditar que o Legislativo democrático é melhor para proporcionar um modelo de deliberação pública sobre o Direito, Bellamy (2016, p. 12) aponta que o Judiciário pode assegurar, de maneira complementar, que o governo trate os cidadãos, em casos particulares, de maneira equânime, ou, em outras palavras, o Judiciário pode sugerir que o Legislativo reconsidere sua decisão geral à luz do impacto que ela tem sobre um caso particular analisado pelo Judiciário.

Bellamy (2016, p. 12) admite apenas uma forma fraca de *judicial review*, em que o Legislativo pode decidir sobre a manutenção da lei apontada pelo Judiciário como inconstitucional, caso entenda que, assim agindo, os direitos estarão melhor protegidos. O Constitucionalismo Político, segundo Bellamy (2016, p. 12), viria em defesa das minorias que, de alguma forma, não tiveram tratamento igual no processo político, de modo a atuar como uma força contrária às formas de manipulação do processo político e jurídico pelas minorias com alto poder econômico e social.

Nesse ponto, Bellamy (2016, p. 12-13) cita o exemplo do *Human Rights Act* de 1998 na Grã-Bretanha, em que a última palavra permanece com o Parlamento com o fim de melhorar a Constituição Política, ao obrigar o Legislativo a rever a legislação que afronta direitos fundamentais e ao possibilitar que suas decisões sejam contestadas, mas não derrubadas unilateralmente pelas Cortes. Assim, o *judicial review* poderia funcionar como mecanismo de recurso - dentro de uma estrutura democrática de deliberação - para aqueles que considerarem seus direitos prejudicados – ou não devidamente considerados - pelo processo legislativo comum (BELLAMY, 2016, p. 13).

Enfim, resumidamente, o Constitucionalismo costuma ser associado com vários elementos como o Estado de Direito, Constituição, Separação dos Poderes Estatais, garantia de direitos individuais e *Judicial Review* (inclusive sobre qual

abordagem é melhor para se interpretar a Constituição) para, ao final, se tentar chegar à ideia de democracia.

De todos esses elementos a serem abordados (direta ou indiretamente) no conjunto da pesquisa, o enfoque aqui será sobre o *Judicial Review* - mais especificamente sobre as Cortes Constitucionais - e a sua relação com a democracia, os aspectos históricos e o debate filosófico, considerando a grande controvérsia mais que atual sobre sua legitimidade.

Desse modo, levando em conta as peculiaridades do desenvolvimento do Constitucionalismo nos diversos países e considerando, também, que o *judicial review* teve suas raízes históricas (pelo menos no mundo ocidental) nas matrizes dos Estados Unidos – controle difuso - e da Áustria – controle concentrado -, vale fazer uma análise em separado dos mesmos, assim como da Inglaterra e da França (estes por terem adotado uma posição cética, ou, pelo menos, moderada, em relação ao *judicial review*). Nesse contexto, esse exame crítico servirá como substrato preliminar para, ao final do capítulo, verificarmos se existe uma implicação necessária entre Cortes Constitucionais e Democracia.

1.2.1 Estados Unidos

O controle de constitucionalidade das leis e atos do governo pelo Judiciário (*judicial review*) surgiu em 1803, nos Estados Unidos, como instrumento de garantia da normatividade da Constituição, a partir do famoso caso *Marbury Vs. Madison*⁵. Em resumo:

“O caso surgiu quando o cidadão Marbury ingressou com uma ação originária (*writ*) na *Supreme Court*, pleiteando que esta compelisse o Secretário da Justiça Madison a lhe entregar o título de nomeação de juiz de paz do Distrito de Columbia (a nomeação ocorreu em 2 de março de 1802, sendo imediatamente ratificada pelo Senado). É que o Presidente Adams, nos últimos 16 dias de seu governo, queria preencher 67 vagas de juiz, recentemente criadas pelos federalistas, mas exatamente antes da posse do Presidente Jefferson que, como republicano, não tinha qualquer interesse na nomeação. A causa assemelhara-se como uma disputa entre os Poderes Executivo e Judiciário. Havia mesmo a suspeita de que Jefferson não tinha intenção de cumprir a Ordem da Corte – se esta assim

⁵ Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803).

determinasse – ou mesmo de que a Marshall seria decretado o impeachment. **A decisão do Chief Marshall foi no sentido de que o art. 13 do Judiciary Act de 1789, ao adicionar ao poder originário da Suprema Corte o de conhecer writs, era inconstitucional, porque excedia o poder do Congresso dado pela Constituição (a Constituição dizia, originariamente, que a Suprema Corte é uma instância recursal)** (STRECK, 2004, p. 333, grifo nosso).

Ou seja, o *judicial review* foi criado através de uma interpretação da própria Suprema Corte Norte-Americana. Naquela época, o juiz Marshall, que presidia a Corte, afirmava que havia uma implicação lógica entre supremacia da Constituição e *judicial review*. No mesmo sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso (2011, p. 20), a partir de *Marbury Vs. Madison*⁶, afirmou-se a supremacia da Constituição, de forma que o Judiciário passa a ser o guardião da mesma, diante de atos do Legislativo e do Executivo que fossem contrários a ela.

Porém, tal associação entre *judicial review* e supremacia da Constituição é falaciosa, segundo Carlos Santiago Nino (1996, p. 195-196). O teórico argentino (1996, p. 190) sintetizou o raciocínio de Marshall em sete premissas:

“Premissa 1: O Judiciário tem o dever de aplicar o Direito. Premissa 2: Quando há duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a da outra. Premissa 3: A Constituição é o Direito supremo e define quais outras normas são Direito. Premissa 4: A supremacia da Constituição implica que quando ela está em conflito com uma norma editada pelo Legislativo, esta deixa de ser Direito válido. Premissa 5: Se a premissa 4 não fosse verdadeira, o Legislativo poderia modificar a Constituição por uma lei ordinária e então a Constituição não seria efetiva em limitar a legislatura. Premissa 6: A legislatura é limitada pela Constituição. Premissa 7: Se uma norma não é Direito válido, ela perde força vinculante. Conclusão: Se uma lei editada pelo Legislativo é contrária à Constituição, ela não vincula o Judiciário.”⁷ (NINO, 1996, p. 190, tradução livre).

⁶ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

⁷ “Premise 1: The duty of the judiciary is to apply the law. Premise 2: When there are two contradictory laws, the application of one of them excludes that of the other. Premise 3: The constitution both is the supreme law and defines what other norms are law. Premise 4: The supremacy of the constitution implies that when it is in conflict with a norm enacted by the legislature, the latter ceases to be valid law. Premise 5: If premise 4 were not true, the legislature could modify the constitution through an ordinary law, and thus the constitution would not be operative in limiting that legislature. Premise 6: The legislature is limited by the constitution. Premise 7: If a norm is not a valid law, it lacks binding force. Conclusion: If an enactment of the legislature is contrary to the constitution, it is not binding upon the judiciary.” (NINO, 1996, p. 190).

Assim, para Marshall, os juízes não deveriam aplicar leis contrárias à Constituição, já que elas não fariam parte do Direito (NINO, 1996 p. 190). A conclusão de Marshall, percebida por Nino (1996, p. 190), é que só se poderia falar em Constituição, caso houvesse *judicial review*.

Nino (1996, p. 195) aponta que a lógica de Marshall perde sentido entre as premissas 4 e 7 acima. Isso porque mesmo que uma norma não seja um direito do sistema (de acordo com as condições estabelecidas pela Constituição) não significa que a norma não seja obrigatória de acordo com outras cláusulas tácitas da mesma Constituição.

Nesse passo, Nino (1996, p. 195) cita o exemplo de quando a Suprema Corte declara constitucional uma lei erradamente ou mesmo antes de declarar inconstitucional uma lei. Nesses casos, segundo o autor, a lei seria de aplicação obrigatória pelos juízes e, inclusive, pela Suprema Corte até que o órgão que a editou a revogasse ou que a lei fosse declarada inconstitucional por um órgão político diferente.

O próprio Kelsen (2003, p. 295-296) admite essa possibilidade. Considerando que, em um sistema jurídico, as leis encontram sua validade nas normas de hierarquia superior, para o autor, quando surge uma contradição entre uma lei e a Constituição, a lei será válida até que seja criada uma nova norma pela Corte, retirando a validade da lei anterior contrária a ela:

“Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa por termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de (...) considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, Isto é, como norma jurídica conforme ao Direito.” (KELSEN, 2003, p. 296).

Então, conclui-se que enquanto a Corte não criar uma nova norma para retirar a validade da lei anterior, esta lei continuará sendo válida (constitucional) e de observância obrigatória (KELSEN, 2003, p. 300-303). Daí o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Dentre os especialistas em Kelsen, essa possibilidade é chamada de “cláusula alternativa tácita”. Juan Ruiz Manero (1995, p. 252) nota que Kelsen explica que não haveria conflito entre normas, já que a norma de maior hierarquia, ao estabelecer a possibilidade de anulação de normas irregulares de menor hierarquia, tacitamente autoriza a resolução dessas questões.

Por sua vez, Nannini (1995, p. 232) nota que a “cláusula alternativa tácita” permite uma lógica em que as leis são válidas e conformes com o Direito, até não serem repelidas, considerando que uma norma jurídica adquire validade de uma norma de hierarquia maior.

Assim, com base nesse mesmo raciocínio, Nino (1996, p. 195) aduz que a premissa 4 de Marshall, que estatui a supremacia da Constituição, implica que uma lei contrária a ela não é válida, desde que por “válida” se entenda não componente do sistema jurídico. Se “válida” significa de aplicação e de obediência obrigatória, pode acontecer que uma lei contradiga a Constituição e, mesmo assim, seja válida (NINO, 1996, p. 195).

Ademais Nino (1996, p. 195) demonstra que a negação da premissa 4 não significa necessariamente, como afirma a premissa 5, que a Constituição não limite o Congresso, e que, então, o Congresso poderia modificar a Constituição por uma lei comum. Ou seja, o Congresso pode, de fato, estar proibido pela Constituição de editar certas normas. Caso viole a proibição, a lei será aplicável e observável pelo Judiciário e pelos cidadãos até que o próprio Congresso a revogue ou até que a Suprema Corte aja. Portanto, conclui Nino (1996, p. 195) que a lógica de Marshall é insubsistente, já que não necessariamente uma lei que contradiz a Constituição não deve ser aplicada pelo Judiciário. No caso, segundo Nino (1996, p. 195), dependeria de outras normas previstas no sistema jurídico para este tipo de situação.

Para ele, Marshall poderia argumentar que em um sistema que requer aos juízes a aplicação de leis contrárias à Constituição, esta não serviria como instrumento de limitação do poder Estatal, já que o Legislativo teria a prerrogativa de editar leis comuns aptas a modificar a própria norma constitucional (NINO, 1996, p. 195-196).

Contudo, aí, segundo Nino (1996, p. 196), estar-se-ia confundindo um problema lógico com um prático. Assim, Nino (1996, p. 196) cita o caso da França e da Inglaterra para comprovar que, logicamente, mesmo em países onde, tradicionalmente, não existe o *judicial review*, ainda assim, a Constituição proibiria o Parlamento de editar leis inconstitucionais. Ademais, Nino (1996, p. 196) observa que a revisão pode ser feita por um órgão político, ou diretamente pelo eleitorado, ou, inclusive, pode haver algum costume social que permita as pessoas desobedecerem ao comando de uma norma inconstitucional:

“Portanto não é verdade que um sistema que não utiliza a revisão judicial é uma impossibilidade lógica ou que um sistema como esse nega a supremacia da Constituição. A revisão é necessária, mas pode não ser a revisão judicial. O poder da revisão judicial é um arranjo contingente mesmo quando o sistema tem uma Constituição suprema.”⁸ (NINO, 1996, p. 196, tradução livre).

Não obstante a essa discussão, fato é que o desenvolvimento histórico do Constitucionalismo Norte-Americano se dá com lastro no *judicial review* há mais de 200 anos, tendo apenas uma Constituição:

“A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana” (BARROSO, 2011, p. 18-20).

Michael Perry (1998, p. 107) esclarece que a Constituição é composta de normas estabelecidas pelo povo, de forma que é, ao mesmo tempo, uma descrição da prática e uma prescrição para a continuidade dessa prática.

Além disso, Perry (1998, p. 107) ainda destaca que a Constituição consiste em premissas que, inclusive, podem não ter sido significadas por nenhuma das gerações de “nós, o povo”, mas que, pelo fato de terem sido reafirmadas e servirem

⁸ “Therefore it is not true that a system which does not utilize judicial review is a logical impossibility or that such a system negates the supremacy of a constitution. Review is necessary, but it may not be judicial review. The power of judicial review is a contingent arrangement even when the system has a supreme constitution.” (NINO, 1996, p. 196).

como base para as pessoas da presente geração, passaram a ser fundamentos constitucionais.

Perry (1998, p. 108) nota que a Constituição possui normas que são identificáveis, sem esforço interpretativo, como a previsão de que haja dois senadores para cada Estado federativo, nos Estados Unidos.

Por outro lado, segundo ele, às vezes, a linguagem constitucional não se comunica sem alguma investigação interpretativa. Ele cita o exemplo da Primeira Emenda que impede o governo de “proibir o livre exercício da religião”. Assim, Perry (1998, p. 108) questiona se seria seguro admitir que o texto significaria que toda e qualquer prática religiosa estaria permitida (v.g. se a religião permitiria aos pais recusar tratamento médico a seu filho gravemente doente).

Nesse caso, a Suprema Corte decidiu, através de cinco juízes, que a norma significava que apenas ações discriminatórias estariam proibidas, enquanto que os quatro juízes restantes e, em outra oportunidade, o Congresso Nacional e o Presidente entenderam que a norma proibia também algumas ações não discriminatórias que impediam o exercício da religião (PERRY, 1998, p. 109).

O que Perry (1998, p. 116) observa, com isso, é que a Constituição possui importantes normas indeterminadas nos contextos que as implicam. Para ele, um modo de se reforçar a efetividade das normas constitucionais, seria através do *judicial review*.

“A revisão judicial é simplesmente um jeito, embora muito importante, de se tentar proteger as normas constitucionais quando outros jeitos, e outros oficiais, possam ter falhado em fazê-lo. Às vezes a própria revisão judicial falha.”⁹ (PERRY, 1998, p. 119, tradução livre).

Perry (1998, p. 120) adverte, entretanto, que endossar a ideia e a prática do *judicial review* não significa necessariamente endossar a doutrina da supremacia judicial. Perry (1998, p. 120-121), então, argumenta que a Constituição dos Estados

⁹ “*Judicial review is simply one way, albeit a very important one, of trying to protect constitutional norms when other ways, and other officials, might have failed to do so. Sometimes judicial review itself fails.*” (PERRY, 1998, p. 119).

Unidos não dá ao Judiciário a prerrogativa de decidir sobre desacordos entre ele próprio e os outros ramos diversos do governo (Legislativo e Executivo).

Porém, Perry (1998, p. 121) nota que, com o tempo, formou-se a prática na cultura americana de que o Legislativo e o Executivo atuem, em situações ordinárias, no sentido do que a Suprema Corte decidiu sobre a Constituição, mesmo quando discordam da visão da Corte.

Perry (1998, p. 123), apesar de defender que a Corte possa servir como árbitro entre os poderes (decidindo, inclusive, quando deferir a decisão sobre a Constituição para os outros poderes), não nega que qualquer cidadão ou oficial do Estado possa continuar a discordar da visão da Corte. Assim, nem o Presidente nem o Congresso Nacional teriam que se inclinar para a posição tomada pela Corte a respeito da Constituição:

“É amplamente aceito que ‘Nós o povo dos Estados Unidos’ – não ‘Nós os juizes da Suprema Corte’ – devemos ‘ordenar e estabelecer’ a Constituição dos Estados Unidos.”¹⁰ (PERRY, 1998, p. 104, tradução livre).

Aqui, é importante mencionar um pouco sobre o enraizamento da Supremacia Judicial nos Estados Unidos. Tushnet (2000, p. 23) cita dois casos em que essa premissa foi endossada pelo própria Suprema Corte americana: *Dred Scott v. Sandford*¹¹ e *Brown v. Board of Education*¹².

Tushnet (2000, p. 23-25) cita que em 1857, no caso *Dred Scott*, a Corte negou o direito à liberdade para o escravo que teria se mudado com seu dono para um estado não-escravagista e que depois foi enviado de volta a seu Estado de origem. Posteriormente, em decorrência deste caso, houve debates políticos sobre a supremacia do Judiciário, com destaque para os questionamentos de Lincoln apontando que o povo ficaria refém da Corte se questões políticas vitais fossem resolvidas por ela.

¹⁰“It is widely accepted among us that ‘**We the people of the United States**’ - not ‘**We the justices of the Supreme Court**’ – should ‘ordain and establish’ the Constitution of the United States.” (PERRY, 1998, p. 104, grifo nosso)

¹¹ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27 (1857).

¹² *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

Tushnet (2000, p. 22-23) lembra que em 1958, no caso *Brown v. Board of Education*, a Corte decidiu que a segregação em escolas era inconstitucional, determinando que se fizessem mudanças com uma velocidade ponderada¹³, o que foi atendido de forma gradual pela escola em *Little Rock*. No entanto, o governador do Estado ou, como a referida escola designou no processo, “o Legislativo, o Executivo e o Judiciário estaduais” se opuseram à desagregação, de forma que foi gerado um conflito com a Corte. Esta asseverou, com base em Marshall, que a Corte seria “Suprema” na interpretação da Constituição, inclusive, com efeitos vinculantes.

Tushnet (2000, p. 40) afirma que Larry Alexander e Frederick Schauer fazem as mais sofisticadas defesas da supremacia judicial atualmente. Para esses autores, o povo deve se abster de fazer julgamentos independentes sobre o que é a Constituição, de modo que somente um intérprete autorizativo (a Suprema Corte) poderia introduzir coordenação e estabilidade ao sistema jurídico.

Alexander e Schauer demonstram sua preferência pela Corte porque, segundo os mesmos, ela favoreceria a estabilidade, ao respeitar os precedentes - ao contrário do Legislativo (TUSHNET, 2000, p. 41-42). Porém, Tushnet (2000, p. 42-43) retruca:

“Como Jeremy Waldron colocou, qual razão teríamos para pensar que uma regra requerendo deferência aos julgamentos de cinco pessoas, que são substituídas em intervalos aleatórios, produz mais estabilidade do que uma regra requerendo deferência aos julgamentos de uma maioria da Câmara dos Deputados e do Senado ordinariamente com a concorrência do Presidente?”¹⁴ (TUSHNET, 2000, p. 42-43, tradução livre).

Além disso, quanto ao fato de Alexander e Schauer considerarem a Suprema Corte como único decisor com autoridade, Tushnet (2000, p. 43) contra-argumenta dizendo que a Corte, como instituição que é, compõe-se de várias pessoas, assim

¹³ Foi necessário um “Brown II” para falar da velocidade da implementação. Em Brown II, a controvérsia surgiu pelo fato desta segunda decisão dizer que as mudanças fossem implementadas “*with all deliberate speed*” (com uma velocidade ponderada), o que foi criticado pelos defensores da primeira decisão. Considerou-se que havia sido deixada uma discricionariedade excessiva para a administração aplicar a cláusula de igualdade.

¹⁴ “As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of the Representatives and the Senate ordinarily with the concurrence of the president?” (TUSHNET, 2000, 42-43).

como o Congresso. Então, levando em conta que o “decisor único” de Alexander e Schauer é um grupo de pessoas, por que não aceitar que as decisões sejam tomadas por grupos de pessoas que trabalham em prédios vizinhos (Corte e Congresso)?

Tushnet (2000, p. 44-45) pensa que a supremacia judicial não é um produto necessário do Estado de Direito, de modo que uma liderança política pode provocar uma crise constitucional¹⁵ (a respeito de algo vital para a sociedade) no intuito de avançar com o projeto nacional.

O referido teórico ainda lembra que juristas como Geoffrey Miller pensam que um presidente ou legislador podem desafiar a Corte, causando uma crise constitucional sempre que necessário para preservar um governo enérgico com poder suficiente para enfrentar os problemas da nação (TUSHNET, 2000, p. 46). Por sua vez, Tushnet (2000, p. 46) argumenta que talvez o desafio deva ocorrer apenas quando os princípios da declaração de direitos humanos estejam em questão, e quando a posição do Presidente ou do Legislativo não contradiga esses princípios.

Tushnet (2000, p. 47) assevera que o papel que a declaração de princípios tem nessa análise mostra que contestar a supremacia judicial não significa que se esteja a apoiar o anarquismo de alguma forma, já que a declaração de princípios define o direito fundamental. Desse modo, o desacordo quanto ao conteúdo desses princípios para um determinado caso não implica que a sociedade não tenha uma lei fundamental em comum (TUSHNET, 2000, p. 47).

Nesse mesmo ponto, sobre a chamada supremacia judicial, Jeremy Waldron (2000, p. 58), apesar de concordar essencialmente com Tushnet, radicaliza o argumento no sentido de que o Legislativo e o Executivo em condições ordinárias (ou seja, mesmo quando não seja uma questão vital para a sociedade) podem não se inclinar à decisão da Suprema Corte:

“Por que ‘crise’? Por que ‘vital’? Por que ‘extraordinário’? Por que isso não deve ser parte da ordinária separação e interação dos poderes de nosso

¹⁵ Em resumo, as crises constitucionais, para Tushnet, acontecem quando os poderes do Estado discordam entre si sobre determinada interpretação constitucional a respeito de algo vital para a sociedade. Ou, mais especificamente, quando o Legislativo e o Executivo mantêm sua posição contrariamente ao decidido pela Corte. (TUSHNET, 2000).

governo, que, alheio ao resultado particular do caso particular que a Corte decidiu, legisladores e governadores deveriam mostrar o mesmo desrespeito saudável pela visão geral da Suprema Corte sobre a Constituição, como os juizes da Suprema Corte caracteristicamente mostram pelo que eles consideram visões gerais do legislador?”¹⁶ (WALDRON, 2000, p 58, tradução livre).

Waldron (2000, p. 58) nota que Tushnet responde com base na afirmação de Lincoln que contesta a supremacia judicial, quando este afirma que as questões políticas fundamentais não devem ser resolvidas pela Suprema Corte.

Waldron (2000, p. 59) suspeita que a cautela de Tushnet se dá devido a seu senso de que se uma agência governamental toma uma posição contrária à visão da Corte sobre a Constituição, se chegaria perto, e de uma maneira perigosa, ao desrespeito de uma decisão judicial. Então, seria um poder que, mesmo legítimo, só deveria ser utilizado em situações extremas, porque encoraja uma cultura geral de desafiar o Direito (WALDRON, 2000, p. 59).

Segundo Waldron (2000, p. 61), Tushnet segue seu raciocínio no sentido de que um cidadão, individualmente, não deveria desobedecer à decisão da Corte sobre a Constituição. Tal papel caberia, então, a algum órgão político que representasse o povo em sua multiplicidade, já que a democracia envolve a ideia de divergências. Por isso, se um cidadão agisse somente com base em sua interpretação particular, introduzir-se-ia desordem na vida política.

Waldron (2000, p. 61) afirma que o ponto central de uma Constituição, através do arranjo institucional, é possibilitar que o povo aja em conjunto, mesmo em situações de desacordo. Deve-se buscar agir de maneira coerente, até quando se discorde sobre o resultado da deliberação (WALDRON, 2000, p. 61).

Porém, Waldron (2000, p. 62) adverte que a melhor resposta não é a de que devemos nos confinar ao entendimento da Corte, a despeito das nossas discordâncias. Para ele, a melhor resposta, assim como defendido por Tushnet, é a

¹⁶ “*Why ‘crisis’? Why ‘vital’? Why ‘extraordinary’? Why should it not be part of the ordinary separation and interaction of the powers of our government, that, apart from the particular outcome of the particular case on which the court has ruled, legislators and governors should show the same healthy disrespect for the Supreme Court’s general view of the Constitution as the Supreme Court justices characteristically show for what they take to be the general views of the legislatures?*” (WALDRON, 2000, p. 58)

que engloba um uso amplo dos procedimentos de decisão, principalmente aqueles que têm o propósito explícito de representar o povo. Waldron (2000, p. 62) pergunta, então: por que não usar o método da regra da maioria, assim como proposto por Lincoln, para questões constitucionais?

Waldron (2000, p. 62) concorda com o argumento de Lincoln de que já que a unanimidade é impossível, deve haver aquiescência de algum jeito, e de que a regra da minoria é absurdamente inaceitável, pois, ao se rejeitar o princípio majoritário, instala-se a anarquia ou o despotismo em alguma de suas formas. E conclui com as palavras de Lincoln, quando este discutiu sobre a ideia de uma possível supremacia da Corte Constitucional:

“As pessoas deixariam de ser seus próprios ordenadores, tendo, nessa medida, praticamente resignado seu governo nas mãos daquele eminente tribunal” (LINCOLN apud WALDRON, 2000, p. 62, tradução livre)¹⁷.

Como visto, mesmo que o *judicial review* tenha sido adotado pelos Estados Unidos, durante quase toda sua história Constitucional (desde 1803, sendo que a Constituição é de 1787), isso não significa que o instituto esteja imune a críticas. A discussão filosófica será trazida, pormenorizadamente, no fim do capítulo, após a análise de outras experiências constitucionais como a da França, a da Inglaterra e a da Áustria.

1.2.2 França

Martin Rogoff (1997, p. 48-49) aponta que na França pré-revolucionária, Montesquieu, reagindo contra a tradição absolutista e olhando para o sistema inglês como modelo, propôs, em “O Espírito das Leis”, uma análise política em que a Constituição tem papel fundamental no estabelecimento de limites ao poder estatal para proteção da igualdade política.

¹⁷ “the people will have ceased to be their own rulers, having, to that extent, practically resigned their government, into the hands of that eminent tribunal” (LINCOLN apud WALDRON, 2000, p. 62).

Montesquieu (2007, p. 166) defendia uma ideia de Constituição baseada na separação dos poderes - tradicionalmente tidos como legislar, administrar e julgar¹⁸ - entre diferentes órgãos estatais:

“Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.” (MONTESQUIEU, 2007, p. 166).

Tal teoria, inclusive, foi aceita pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Segundo este documento francês, só se poderia falar na existência de uma Constituição se os direitos dos indivíduos fossem assegurados juntamente com a separação de poderes estatais¹⁹ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 155).

Rogoff (1997, p. 49) nota que, para Montesquieu, o Poder Judiciário deveria ser subordinado ao Legislativo, já que a função do juiz seria meramente de boca da lei, sem que fosse possível a ele moderar a força e o rigor da deliberação legislativa. Rogoff (1997, p. 53) também afirma que, para Rousseau (outro filósofo influente no pensamento francês revolucionário), a legislação seria a expressão da vontade geral. Assim, segundo essa concepção, o juiz deve aplicar a lei como escrita, já que ela é infalível e, portanto, só pode ser modificada pelo próprio corpo soberano.

¹⁸ Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez (2011, p. 06) afirmam, sobre a teoria de Montesquieu, que sua leitura correta seja no sentido de que não se intencionava defender uma rígida separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo os autores, o ponto fundamental é que se molde um arranjo institucional capaz de evitar o arbítrio: “A cristalização da visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de O espírito das leis nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes. O ponto central é armar uma trama institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho se venha a adotar. Por isso mesmo, é importante recuperar o espírito da obra de Montesquieu para refletir melhor sobre a dinâmica institucional contemporânea.” (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p. 6).

¹⁹ “**Art. 16.º** A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

Nesse viés, o Constitucionalismo francês, atrelado ao Positivismo Jurídico e à supremacia parlamentar, desenvolveu-se sem que houvesse um controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Como apontam Barroso (2011, p. 30) e Mendes, Coelho e Branco (2008, p.188) a ideia do *judicial review* era implausível, por desconfianças históricas em relação ao Judiciário:

“A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança dos juizes, vistos como adversários potenciais da Revolução. O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 188).

Rogoff (1997, p. 78) afirma, inclusive, que um dos objetivos da Revolução Francesa era retirar poderes dos juizes. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 83), citando Cappelletti, aponta que tal rejeição do povo francês em relação ao *Judicial Review* pode ser explicada pela postura conservadora e aristocrática adotada pelas Cortes Superiores de Justiça, no fim do século XVII e início do século XVIII, que, ao analisar a validade de éditos e decretos reais, insistia em rejeitar iniciativas que tentassem limitar os poderes da Nobreza e do Alto Clero.

Federico Fabbrini (2008, p. 1300) lembra que enquanto no “Antigo Regime” os juizes podiam analisar a validade de uma lei editada pelo Poder Legislativo, depois da Revolução Francesa não foi possível ao Judiciário francês analisar a constitucionalidade das leis:

“O dogma da ‘intangibilidade da lei’ juntamente com o mito do juiz como uma máquina de silogismo, então, consolidaram-se durante o século dezenove e sobreviveram na Quinta República apesar do enterro do regime parlamentar.”²⁰ (FABBRINI, 2008, p. 1301-1302, tradução livre).

Vale notar que mesmo que tradicionalmente não se falasse em *judicial review* na França, isso não significa que o Parlamento não analisava previamente a

²⁰ “The dogma of ‘la intangibilité de la loi (the intangibility of the law)’ together with the myth of the judge as a ‘syllogism machine’, then, consolidated during the nineteenth century and survived in the Fifth Republic notwithstanding the burial of the parliamentary regime.” (FABBRINI, 2008, p. 1301-1302).

compatibilidade das leis com a Constituição. Não significa também que o Parlamento não esteja limitado pela Constituição.

Ademais, Bernardo Fernandes (2014, p. 1094) aduz que o controle de constitucionalidade na França se desenvolveu com a Constituição de 1958, através do Conselho Constitucional, que é um órgão político composto pelos antigos Presidentes da República, mais nove membros, sendo que um terço é indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Presidente da Assembleia Nacional e um terço pelo Presidente do Senado, para exercerem um mandato de nove anos (FERNANDES, 2014, p. 1094).

Assim, Fernandes (2014, p. 1094) aponta que tal controle é realizado previamente à entrada em vigor da lei ou ato normativo - segundo Fabbrini (2008, p. 1302), depois da aprovação do Legislativo e antes da promulgação do Executivo -, além de ser feito em tese (sem que haja um caso concreto com uma lide). Normalmente, é realizado mediante provocação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, de sessenta deputados ou de sessenta senadores (FERNANDES, 2014, p. 1095).

Segundo Fabbrini (2008, p. 1302), em 1958, quando se criou o Conselho Constitucional, com a prerrogativa de declarar previamente a inconstitucionalidade das leis, não se intencionava criar um órgão de proteção aos direitos fundamentais. Buscava-se, de acordo com o mesmo autor, mais especificamente centralizar a autoridade do Executivo, evitando o Parlamentarismo tradicional ortodoxo.

Apesar disso, Fabbrini (2008, p. 1303) observa que o Conselho Constitucional aumentou seu papel ao longo dos anos, notadamente após a incorporação do preâmbulo da Constituição (que remetia a outros documentos que previam direitos fundamentais) ao bloco de constitucionalidade²¹. Assim, tal Conselho passou a ser um órgão encarregado da proteção dos direitos fundamentais (FABBRINI, 2008, p. 1303).

²¹ Bernardo Fernandes (2014, p. 1081) explica que o conceito de bloco de constitucionalidade pode ser restrito “em que o controle de leis ou atos normativos tem por parâmetro apenas as normas expressas ou implícitas na Constituição formal” ou ampliado, em que se inclui as normas infraconstitucionais materialmente constitucionais.

Mais recentemente, em 2008, Bernardo Fernandes (2014, p. 1095) nota que houve uma reforma constitucional que acrescentou a possibilidade de um controle em tese - segundo o autor brasileiro, “de nítido caráter kelseniano” - e repressivo (ou seja, após o início da vigência da lei ou do ato normativo).

A exceção de inconstitucionalidade pode ser aviada pela Corte de Cassação - órgão máximo da jurisdição judicial, segundo Barroso (2011, p. 30) - ou pelo Conselho de Estado - órgão máximo da jurisdição administrativa, de acordo com Barroso (2011, p. 30) - para que o Conselho Constitucional decida a respeito (FERNANDES, 2014, p. 1095).

Nesse tipo de controle, Fabbrini (2008, p. 1305) explica que juízes comuns não podem declarar a inconstitucionalidade de leis, mas, sim, suspender a causa e remeter a questão para a Corte de Cassação ou para o Conselho de Estado, que, após análise, podem enviar ao Conselho Constitucional que decidirá de maneira definitiva. Esse procedimento é chamado de “mecanismo do filtro dobrado”.

Fabbrini (2008, p. 1306-1307) pensa que esse mecanismo pode ser um desincentivo para juízes de instâncias inferiores provocarem o controle de constitucionalidade, dada sua complicação. Além disso, Fabbrini (2008, p. 1307) ressalta que é possível aos juízes comuns proceder ao controle de convencionalidade, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, o que seria uma forma aproximada do *judicial review* descentralizado. Desse modo, para o referido autor, essas mudanças têm de ser levadas em conta na análise do controle de constitucionalidade na França.

Nesse contexto de mudanças, principalmente após 2008, Fabbrini (2008, p. 1307-1308) identifica um caráter kelseniano no controle de constitucionalidade francês, haja vista a ideia de um tribunal independente que garanta o *status* hierárquico da Constituição.

Fabbrini (2008, p. 1308) explica que, pela Constituição Austríaca de 1929, somente as Cortes Supremas comuns e administrativas podiam enviar a questão à Corte Constitucional. Por isso, a ideia do filtro dobrado para a exceção de inconstitucionalidade também remontaria à justiça constitucional de Kelsen segundo Fabbrini (2008, p. 1308).

Fabbrini (2008, p. 1308-1309) cita outro ponto que indicaria a influência de Kelsen: o nome mudaria de Conselho Constitucional para Corte Constitucional a fim de que seguisse a tendência geral da Europa continental, mas a proposta não foi aprovada. Entretanto, para Fabbrini (2008, p.1309), a proposta de mudança de nome (de Conselho para Corte), como se fossem respectivamente um órgão político e um órgão jurídico, ainda que não aprovada, simboliza a tendência do modelo kelseniano.

Então, Fabbrini (2008, p. 1311) conclui que as reformas ocorridas na França a partir de 2008 apontam para uma mudança da lógica de Rousseau (em que os juízes seriam a boca da lei) para a lógica kelseniana (de um tribunal constitucional).

No entanto, podemos perceber que o Constitucionalismo francês se desenvolveu historicamente sem lastro no *judicial review*. Apenas recentemente, em 2008, que se criou a previsão da exceção de inconstitucionalidade, possibilitando a tribunais jurídicos (e administrativos) submeterem a questão ao Conselho Constitucional, que ainda é um órgão de composição eminentemente política. Assim, em mais de duzentos anos de história constitucional da França (desde 1789), o *judicial review* não decorreu necessariamente da concepção de democracia, da mesma forma que a supremacia do judiciário não se depreendeu logicamente da supremacia da Constituição, embora se possa perceber algumas concessões ao *judicial review* mais recentemente na França.

1.2.3 Inglaterra

Contando com uma Constituição não-escrita e vários documentos constitucionais limitadores do poder estatal e garantidores de direitos individuais, como a Magna Carta de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, o *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701, o Constitucionalismo histórico da Inglaterra se desenvolveu sem ter contemplado a ideia do *judicial review* (BARROSO, 2011, p. 12).

O princípio da supremacia do parlamento implica dizer que as leis editadas pelo órgão legislativo não podem ser afastadas pelo Judiciário (BARROSO, 2011, p. 13). No entanto, são comuns as tentativas dos teóricos do Direito em contrapor a

ideia de supremacia do parlamento e de supremacia da Constituição, sendo que, para eles, só poderia haver a última se houvesse *judicial review*, como afirma Barroso (2011, p. 12) sobre o caso inglês:

“A supremacia do Parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucionalidade das leis.” (BARROSO, 2011, p. 12).

Em outras palavras, para eles, somente a supremacia do Judiciário seria condizente com a supremacia da Constituição, uma vez que a primeira derivaria logicamente da segunda, como Marshall sustentara no julgamento de *Marbury v. Madison*.²²

Não obstante essa discussão, Barroso (2011, p. 14) nota que, recentemente, houve duas mudanças significativas no direito inglês com o *Human Rights Act* de 1998. Ao incorporar os direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao Direito Inglês, esta lei tornou possível a declaração de incompatibilidade entre uma lei e os direitos previstos no documento²³. A decisão apenas informa ao Parlamento sobre a incompatibilidade, sendo que a competência para modificar a lei cabe ao próprio Parlamento.

Diana Woodhouse (2007, p. 154) nota que alguns fatores como a expansão do *judicial review* - aumentando o papel dos juízes -, a aprovação do *Human Rights*

²² Essa interpretação, no entanto, não se demonstrou ser o melhor entendimento para nós acerca da Supremacia da Constituição, como sustentamos acima no item relativo ao *judicial review* nos Estados Unidos.

²³ No que se refere ao Reino Unido, vale notar que o *judicial review* ocorre não somente com lastro no *Human Rights Act* de 1998. Na Escócia e na Irlanda do Norte, há *judicial review* de todas as matérias de competência de seus respectivos parlamentos. Senão, vejamos os artigos 29 (1) e 29 (2) (d) do *Scotland Act* 1998: “29 Competência Legislativa. (1) Um ato do Parlamento Escocês não é direito quando qualquer provisão do Ato está fora da competência legislativa do Parlamento. (2) Uma provisão está fora da competência quando um dos parágrafos seguintes se aplica – (d) É incompatível com qualquer dos direitos da Convenção ou do Direito Europeu.” (tradução livre). “29 Legislative competence. (1) An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament. (2) A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply — (d) it is incompatible with any of the Convention rights or with [F1EU] law.” Acesso em 23/03/2016. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/section/29>>. Então, o *judicial review* existe, independentemente do *Human Rights Act*, para uma parte considerável do direito do Reino Unido.

Act (incorporando a Convenção Europeia de Direitos Humanos) e o discurso de direitos globais contribuíram para o recrudescimento do debate sobre a independência judicial na Inglaterra, ao mesmo tempo em que se criou uma tensão sobre a função do Judiciário numa democracia parlamentar.

Nesse contexto de independência judicial, o *Constitutional Reform Act* de 2005, segundo Woodhouse (2007, p. 155), visava recolocar o Judiciário Inglês em uma nova posição na separação de poderes, de modo que criou, inclusive, uma Suprema Corte Inglesa.

A referida autora afirma que em países onde há o *judicial review*, os primados da independência judicial são no sentido de se assegurar que o governo aja conforme a Constituição (WOODHOUSE, 2007, p. 156). No caso da Inglaterra, de acordo com Woodhouse (2007, p. 156), o foco seria na autonomia da Corte em estabelecer o Estado de Direito e proteger os direitos humanos. Para Woodhouse (2007, p. 157), a independência judicial seria mais um meio para outros fins do que um fim em si mesmo.

Woodhouse (2007, p. 163) nota que a melhor defesa da independência judicial deve levar em conta as ideias de maior “*accountability*” (responsabilidade política) e abertura. Para Woodhouse (2007, p. 164), o CRA fez com que a Suprema Corte tivesse mais responsabilidade política do que a “*House of Lords*” ao exigir que o chefe executivo da Corte produza um relatório anual. Além disso, quanto ao desempenho da Corte, apesar de ela estar separada do Legislativo, os juízes poderiam estar sob pressão do público e do governo (WOODHOUSE, 2007, p. 164).

Pode-se notar que o caso da Inglaterra, assim como o da França, demonstrou, empiricamente, como o Constitucionalismo de países considerados democráticos pode se desenvolver sem que houvesse uma tradição de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Por isso, uma breve noção histórica se faz importante para se esclarecer melhor as críticas filosóficas.

1.2.4 Áustria

Bernardo Fernandes (2014, p. 1093) aduz que o Constitucionalismo na Áustria foi marcado pela criação do chamado sistema concentrado de constitucionalidade, a partir das ideias de Hans Kelsen que se concretizaram na Constituição de 1920.

Kelsen (2003, p. 215) entendia que a validade das normas significava que elas são vinculantes para a conduta dos indivíduos. Quanto ao porquê de as normas valerem, o teórico explica que elas adquirem sua validade em uma norma de hierarquia superior. Esta, por sua vez, prevê a capacidade legiferante que autoriza alguém a instituir normas.

Kelsen (2003, p. 217) nota, entretanto, que a ideia do fundamento de validade não pode se perpetuar ao infinito, de modo que deve haver uma norma mais elevada que se pressupõe como fundamento de validade de todas as outras normas que lhe são inferiores. Essa norma fundamental é chamada por Kelsen (2003, p. 217) de “*Grundnorm*” e é pressuposta, já que não pode ser posta por uma autoridade, considerando que essa autoridade só poderia ser proveniente de uma norma superior que lhe concedesse tal competência.

Para Kelsen (2003, p. 223-224), o fundamento de validade de uma Constituição presente seria uma Constituição passada que foi modificada ou substituída. Assim, a cadeia se estenderia até a primeira Constituição que, por sua vez, só poderia encontrar sua validade em uma norma pressuposta com o seguinte conteúdo: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve” (KELSEN, 2003, p. 224).

Daí se depreende uma ordem jurídica escalonada, na qual não pode haver conflito entre normas de hierarquias diferentes, já que a inferior só pode adquirir sua validade da superior (KELSEN, 2003, p. 232).

No âmbito do Estado, a Constituição é a norma mais elevada, seguida, normalmente, pelas normas gerais criadas pela legislação e pelos costumes e depois pelas normas produzidas no âmbito administrativo e judicial (KELSEN, 2003, p. 249-250).

Assim, quando uma norma parece contradizer a Constituição surge a questão da inconstitucionalidade, em que o Tribunal judicial cria uma nova norma que retira a validade da norma anterior (KELSEN, 2003, p. 296-301).

Segundo Bernardo Fernandes (2014, p. 1093-1094), nesse sistema, é criada uma Corte Constitucional (órgão do Judiciário), que atua como um legislador negativo, com atribuições exclusivas de decisão sobre a inconstitucionalidade das leis por via principal e em tese²⁴ - não sobre um caso concreto com lide.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 124) nota que Kelsen questionou a clássica teoria da separação dos poderes de Montesquieu ao afirmar que os atos estatais – legislativos, executivos, judiciários – seriam atos criadores do Direito, sendo que os legislativos seriam gerais e os judiciais e administrativos seriam individuais. Kelsen entendia que existia uma diferença apenas quantitativa entre os atos praticados pelos poderes estatais, enquanto que, para a teoria clássica da separação dos poderes, a diferença era qualitativa (CRUZ, 2014, p. 124-125).

Desse modo, Kelsen (2003, p. 261) entende que a aplicação do Direito é também uma forma de criação de normas individuais que deve se dar de acordo com uma norma superior que lhe dê validade. O autor raciocina, então, que se os tribunais pudessem criar inclusive normas gerais – como os precedentes – haveria uma descentralização da função legislativa (KELSEN, 2003, p. 279). Por isso, Kelsen considerava as Cortes como legisladores negativos, já que elas criam uma norma geral para anular outra norma geral considerada inconstitucional.

Segundo Cruz (2014, p. 127), Kelsen não deixou claro se a Corte Constitucional (que teria a prerrogativa de retirar a eficácia da lei inconstitucional com caráter geral) seria componente do próprio Poder Judiciário ou se seria um Poder independente. Para Cruz (2014, p. 127), Kelsen afirmou expressamente as duas coisas.

De fato, Kelsen (2003, p. 201) afirma que se a Constituição não especifica qual órgão deve verificar a inconstitucionalidade de leis, os órgãos que ela define

²⁴ Bernardo Fernandes (2014, p. 1093) observa, entretanto, que, em 1929, uma reforma possibilitou que o controle fosse também incidental, haja vista que outros tribunais – civis, penais e administrativos -, poderiam provocar a atuação da Corte, caso verificassem alguma controvérsia constitucional no caso concreto.

como aplicadores de leis (os tribunais) devem ter tal competência. Isso porque, segundo o mesmo, ao aplicar as leis, deve se verificar se algo com sentido subjetivo de ser lei tem também o sentido de o ser objetivamente.

Cruz (2014, p. 128-129) aponta que o modelo kelseniano de Cortes Constitucionais se espalhou pelo mundo, como se vê na Alemanha, Espanha, Portugal, dentre outros.

1.3 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ASCENSÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA SEPARAÇÃO DE PODERES

Michaela Hailbronner (2014, p. 628) nota que tradicionalmente se argumenta que o poder da Corte Alemã veio como uma resposta ao passado nazista, de modo que não se poderia mais confiar no Parlamento para proteção de direitos individuais. Porém, para Hailbronner (2014, p. 629), esse argumento é falacioso, haja vista que muitos juristas participaram da administração nazista, até mesmo no Judiciário, permitindo que atrocidades (como a desconsideração dos direitos dos judeus) fossem cometidas. Assim, segundo a autora, se há uma coisa que se possa dizer da profissão jurídica durante o Nazismo seria que as Cortes não deveriam ser confiadas na defesa dos direitos individuais e da justiça (HAILBRONNER, 2014, p. 629).

Hailbronner (2014, p. 630) lembra que a preocupação dos “pais fundadores” da nova Constituição alemã, após o nazismo, era tentar evitar o autoritarismo. Assim, criou-se um núcleo de valores ou princípios que não poderia ser diminuído pela maioria do povo.

Entretanto, segundo a autora, quando da fundação da nova Constituição alemã não havia exemplos de Cortes fortemente orientadas à proteção de direitos humanos. Hailbronner (2014, p. 631) lembra que a Suprema Corte Americana só decidiu *Brown v. Board of Education*²⁵, por exemplo, em 1954, e o desenvolvimento de sua jurisprudência de defesa de direitos individuais se deu a partir das décadas de 1960 e de 1970. Então, Hailbronner (2014, p. 631) conclui que não havia um modelo de Cortes Constitucionais fortemente orientadas para a defesa de direitos humanos quando da refundação do Estado alemão.

²⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

Ademais, Hailbronner (2014, p. 633) aduz que, embora haja decisões para proteção de direitos humanos, a jurisprudência da Corte alemã sobre a dignidade da pessoa humana não se desenvolveu basicamente como retaliação às ideias nazistas nem se tornou propriamente uma guardiã das minorias desfavorecidas, como se vê em decisões que autorizaram a deportação de críticos ao governo²⁶, criminalização de homossexualidade²⁷, proibição de descriminalização de aborto²⁸, dentre outros. Hailbronner (2014, p. 634) nota que a jurisprudência da Corte foi mais expansiva em questões tributárias e de bem estar social, em que o número de invalidações é o maior.

Hailbronner (2014, p. 635) lembra que, no início, a Corte decidiu mais questões organizacionais, sem declarar algum grande projeto do governo federal inconstitucional até a década de 1960. Apenas a partir do final da década de 1950 que a Corte passou a formar alguma jurisprudência de proteção aos direitos individuais (HAILBRONNER, 2014, p. 635).

Assim, segundo Hailbronner (2014, p. 639) a grande questão é saber o que levou a Corte a desenvolver a jurisprudência de direitos pelo qual é famosa atualmente. Primeiramente, Hailbronner (2014, p. 639) nota que há similaridades entre a jurisprudência da Corte germânica e das Cortes indiana e sul-africana, considerando que todas endossam a ideia de que o Estado tem um importante papel em modelar a sociedade.

Outra variável colocada por Hailbronner (2014, p. 639) quanto à jurisprudência de direitos da Corte alemã é o porquê de as pessoas aceitarem a autoridade do Judiciário.

Nesse ponto, Hailbronner (2014, p. 640-641) cita o Constitucionalismo Reativo e o Transformador. Sucintamente, o Reativo visa a proteger a sociedade e o indivíduo contra a intervenção estatal (mantendo o Estado distante), enquanto que o Transformador tem como ideia principal mudar a sociedade e o Estado para melhor (direcionando o poder governamental para a promoção do bem comum).

²⁶ A autora cita a seguinte referência para o caso: BVerfGE 6, 32.

²⁷ BVerfGE 6, 389.

²⁸ BVerfGE 39, 1. In BVerfGE 88, 203.

Hailbronner (2014, p. 640-641) explica que o Constitucionalismo Transformador depende de três condições básicas: primeiramente, deve haver um Estado ativo preocupado com a construção de uma sociedade justa e com o bem-estar público; segundo, necessita-se de uma Constituição e de uma Corte com o poder do *judicial review*; terceiro, a Constituição deve ser compreendida como um programa ético-jurídico que prevê a visão transformadora do Estado.

Hailbronner (2014, p. 641) ainda nota que a Constituição Transformadora deve prever direitos positivos e a aplicação da Constituição deve valer entre pessoas privadas. Ademais, a interpretação da Constituição é substancial e deve considerar flexibilidade (HAILBRONNER, 2014, p. 641).

A ideia de mudança presente no Constitucionalismo Transformador, para Hailbronner (2014, p. 642), significa não só que o governo deve direcionar esforços para a mudança, mas também que a Constituição deve fazê-lo.

De acordo com Hailbronner (2014, p. 643), embora o Constitucionalismo Transformador seja tradicionalmente característico da África do Sul, é possível verificar traços do mesmo no Constitucionalismo Alemão atual como a aplicação do Direito Constitucional às relações privadas, o desenvolvimento do dever estatal com os direitos positivos e o foco no direito substantivo ao invés do procedimental e do organizacional.

Para Hailbronner (2014, p. 645), o fundamento da legitimidade da Corte alemã é o Constitucionalismo Transformador e a ideia hierárquica de autoridade (em que a autoridade é organizada em estruturas hierárquicas e exercida por burocratas *experts*).

O resultado bem sucedido dessa mistura, segundo Hailbronner (2014, p. 646), é o “formalismo de valor”, que pode ser visto como uma característica da Corte alemã que a distingue das demais Cortes de outros países. No “formalismo de valor”, que rompe com o formalismo tradicional, os direitos são vistos como valores ou como a otimização de princípios, em que o objetivo é a maior realização possível desses direitos (HAILBRONNER, 2014, p. 647).

Hailbronner (2014, p. 649) conclui que caso a tese de que a ascensão da Corte se baseia em uma resposta ao Nazismo estivesse correta, não haveria razão

para que a Corte alemã continuasse no papel de forte guardião, já que a democracia alemã amadureceu a ponto de levar os direitos a sério.

A autora demonstra que a autoridade atual daquela Corte tem pouco a ver com o passado nazista, que nem mesmo nos primeiros anos de transição foi capaz de produzir um ativismo contramajoritário. Hailbronner (2014, p. 649) aponta então que a cultura jurídica hierárquica seria um argumento mais plausível para explicar a legitimidade da Corte. Porém, a teórica alerta que colocar a formação do sentido da Constituição nas mãos dos *experts* geraria um distanciamento da povo sobre sua Lei Fundamental e o formalismo de valor disfarça essa realidade (HAILBRONNER, 2014, p. 647).

Contudo, em que pese a análise de Hailbronner, vários autores contemporâneos ainda atrelam a ascensão das Cortes Constitucionais com a transição anti-nazista. Luís Roberto Barroso (2007, p. 5-6), por exemplo, defende que após a Segunda Guerra Mundial houve uma verdadeira reviravolta na Teoria do Direito, de forma que passou a se falar em “Neoconstitucionalismo” ou até mesmo em “Pós-Positivismo” numa “reaproximação entre o Direito e a filosofia”, em que as Cortes passaram a decidir sobre grande número de matérias da vida política, social ou moral (BARROSO, 2014, p. 6).

Nesse ponto, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 127) afirmam, inclusive, que um dos marcos atuais do Constitucionalismo seria justamente:

“- *mais juízes do que legisladores* -, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como reveladores de uma suposta e infundável vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 127).

Recentemente, Bruce Ackerman (2000, p. 685) nota que o primeiro grande tema do Constitucionalismo Moderno é a democracia, e o segundo, é a sua limitação, através da separação dos poderes do Estado (que o teórico apresenta de maneira diferente das versões clássicas de Montesquieu e de Madison).

Nesse passo, Emílio Meyer (2014, p. 2) nota que Ackerman demonstrou as variações da separação dos poderes pelo mundo, realçando, em sua teoria, o papel

fundamental (segundo o autor norte-americano) das agências administrativas e do controle de constitucionalidade em tal desenho institucional.

Desse modo, no contexto atual do Constitucionalismo, é fato que o Judiciário, ou, mais especificamente, as Cortes Constitucionais, no desempenho da Jurisdição Constitucional, assumiram uma postura de protagonistas na separação de poderes.

Nesse sentido, Michael Perry (1998, p. 133) nota – referindo-se ao caso dos Estados Unidos – que, após a Segunda Guerra Mundial, os conflitos morais na sociedade (segregação racial²⁹, ações afirmativas³⁰, aborto³¹, por exemplo) passaram a ser conflitos constitucionais.

No Brasil, após a Constituição de 1988, as decisões do Supremo Tribunal Federal abarcaram, por exemplo, desde a possibilidade de se pesquisar com células-tronco embrionárias³², passando por discussões sobre a gestação de anencéfalos³³, até proibição de nepotismo³⁴ e legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais³⁵ (BARROSO, 2014, p. 6).³⁶

Portanto, independentemente da abordagem adotada, é fato que a participação das Cortes Constitucionais na separação de poderes vem aumentando recentemente. Assim, as discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional passam a ser ainda mais necessárias.

1.4 A DISCUSSÃO FILOSÓFICA SOBRE A LEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW

²⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³⁰ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978).

³¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55 (1973).

³² ADI 3510/DF.

³³ ADPF 54/DF.

³⁴ ADC 12/DF.

³⁵ ADI 3330.

³⁶ Barroso (2014, p. 6) aponta o que seriam, para ele, causas da ascensão institucional do Judiciário e da judicialização da política e das relações sociais: “Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos”

As questões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional estão longe de serem superadas pela Teoria do Direito. Hodiernamente, com o protagonismo ascendente das Cortes, mais ainda se discute acerca da legitimidade da sua atuação na interpretação da Constituição nas democracias contemporâneas.

Esse debate central sobre a legitimidade democrática do *judicial review*, como visto, divide juristas do mundo todo. Desse modo, considerando a complexidade do tema, a exposição dos argumentos favoráveis e das críticas será feita separadamente, a seguir.

1.4.1 Argumentos Favoráveis

A defesa do *judicial review*, segundo Ronald Dworkin, fortalece a proteção das minorias, de modo que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. Para o autor norte-americano, a Corte é um fórum de princípios, uma instituição de experts hábeis a dar uma resposta de razão diante das demandas que lhe são apresentadas:

“O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral.” (DWORKIN, 2001, p. 101)

Dworkin (2011, p. 395-396) enfoca sua argumentação, principalmente, no chamado *judicial review* substantivo, que, segundo ele, não se refere ao poder que os juízes têm de assegurar a correção do processo democrático, mas, sim, se juízes não eleitos teriam legitimidade para derrubar leis aprovadas pela maioria dos representantes do povo.

Dworkin (2011, p. 396) reconhece que o *judicial review* substantivo cria uma disparidade de impacto político. Assim, ele cita o caso dos Estados Unidos em que apenas cinco juízes podem invalidar uma lei aprovada pelos representantes de milhões de pessoas ou, inclusive, por elas mesmas.

Dworkin (2011, p. 396) ainda lembra que as pessoas podem dispensar um senador – simplesmente não votando nele na próxima eleição – mas não podem demitir um juiz constitucional aprovado pelo próprio senador em quem votaram. Porém, para o referido teórico, as pessoas perdem o controle sobre os oficiais eleitos, assim como não tem controle quanto aos juízes. Para ele, alguns oficiais

eleitos têm muito mais poder durante seus mandatos do que os juízes singulares têm durante toda sua vida (DWORKIN, 2011, p. 397).

Dworkin (2011, p. 397) aduz que a regra majoritária da democracia supõe que os representantes do povo ajam em conformidade com a vontade da maioria, mas, segundo ele, a história desmente essa afirmação. Ele cita, então, o caso de George W. Bush que deu seguimento a seus projetos políticos, independentemente da impopularidade dos mesmos.

Dworkin (2011, p. 397) afirma que a capacidade que os juízes das Cortes Constitucionais têm de desafiar a vontade do povo é muito menor do que a capacidade que os representantes eleitos têm de fazê-lo. Para Dworkin (2011, p. 397), os juízes constitucionais não teriam capacidade de atuar independentemente, ao contrário dos oficiais eleitos. Isso porque, de acordo com ele, os juízes da Suprema Corte têm de atrair as visões da maioria dos outros juízes para decidirem em determinado sentido, considerando a colegialidade do tribunal (DWORKIN, 2011, p. 397). Aliás, segundo Dworkin (2011, p. 397-398), até coletivamente, os juízes seriam potencialmente menos lesivos aos interesses democráticos:

“Ainda, presidentes, primeiros ministros, e legisladores sênior que lideram importantes comitês podem causar mais danos por si sós do que juízes podem causar coletivamente. O Presidente Herbert Hoover teve maior responsabilidade pela tragédia financeira do que a Suprema Corte que se opôs às medidas de Roosevelt, e até mesmo as piores decisões da Suprema Corte recentemente não se comparam, em consequências, às que o Presidente fez. Alan Greenspan, o líder de longa data do Federal Reserve Bank, é visto por vários críticos como significativamente responsável, por suas falhas de previsão, pela grande crise de 2008 no mundo dos mercados de crédito. Se for assim, ele arruinou mais vidas durante alguns anos do que qualquer juiz singular o fez, por si mesmo, até mesmo durante décadas. Um sumário independente que nota que os juízes constitucionais não são eleitos, mas também leva em consideração todos os outros fatores relevantes e dimensões de poder e responsabilidade política, não poderia confidencialmente classificar os juízes como, em geral, mais danosos à igualdade política, em qualquer medida, do que muitos outros traços do complexo governo representativo.”³⁷ (DWORKIN, 2011, p. 397-398, tradução livre).

³⁷ “Still, presidents, prime ministers, and senior legislators who head important committees can do more damage on their own than judges can do collectively. President Herbert Hoover had greater responsibility for economic tragedy than the Supreme Court that opposed Roosevelt’s remedies did, and even the Supreme Court’s worst decisions of recent years do not match in consequence those a president made. Alan Greenspan, the longtime chairman of the Federal Reserve Bank, is thought by several critics to be in some significant part responsible, through his failures of oversight, for the great 2008 crisis in world credit markets. If so, he ruined more lives over a few years than any single justice has done, on his own, even during decades of tenure. An independence index that noticed that constitutional judges are not elected, but also took into account all the other relevant factors and dimensions of power and accountability, could not confidently rank judicial review as overall more

A principal pergunta colocada por Dworkin (2011, p. 398) é se, no fim das contas, o *judicial review* contribui para a legitimidade de um governo. O filósofo lembra que o governo representativo é necessário. Por outro lado, muitos países se desenvolveram sem que houvesse o *judicial review* (DWORKIN, 2011, p. 398). Para Dworkin (2011, p. 398), então:

“Qualquer defesa da revisão judicial como democrática deve tomar alguma outra forma: deve-se arguir que a revisão judicial melhora a legitimidade como um todo ao tornar mais provável que a comunidade irá estabelecer e aplicar alguma concepção apropriada de liberdade negativa e de uma justa distribuição de recursos e oportunidades, além das liberdades positivas.” (DWORKIN, 2011, p. 398, tradução livre).

Porém, Dworkin (2011, p. 398) alerta que para que o *judicial review* seja efetivo nas suas mencionadas potencialidades, algumas condições devem existir em determinada comunidade: o Estado de Direito, um Judiciário independente e uma Constituição que os juízes devam fazer valer.

Dworkin (2011, p. 398) admite, entretanto, que o *judicial review* é menos necessário em países onde tradicionalmente a maioria protege os direitos das minorias. Porém, nota que são poucos os lugares em que isso acontece. Ele cita as reações dos Estados Unidos e da Inglaterra às ameaças terroristas como falhas de nervo e de honra.

Para Dworkin (2011, p. 398), nada garante que o *judicial review* fará uma comunidade apoiada na regra da maioria mais legítima ou mais democrática. Segundo o autor, outras formas de controle das políticas majoritárias (que podem se mostrar melhores, inclusive) podem ser imaginadas. Dworkin (2011, p. 398) cita que, talvez, por exemplo, a câmara alta do parlamento britânico será reformada por membros eleitos para um único período, fazendo os antigos membros da câmara dos comuns inelegíveis. Para Dworkin (2011, p. 399), tal instituição contaria com mais apoio popular, além de ser mais isolada dos partidos políticos, o que a melhor habilitaria a barrar leis contrárias ao *Human Rights Act*.

Dworkin (2011, p. 399) conclui argumentando que a história não é decisiva para determinar se o *judicial review* irá aumentar a legitimidade futuramente, mas,

damaging to political equality, on any measure, than several other features of complex representative government.” (DWORKIN, 2011, p. 397-398).

para ele, é inegável que a história conta. E, de acordo com o mesmo, a história conta positivamente para o *judicial review*:

“A história não é decisiva no que se refere à grande questão sobre se a revisão judicial pode ser esperada a melhorar a legitimidade no futuro. Mas a história conta. Estou negando o que muitos juristas e cientistas políticos defenderam: que a revisão judicial é inevitavelmente e automaticamente um defeito na democracia. Porém, isso não significa que qualquer democracia tenha de fato se beneficiado da instituição. Se a Suprema Corte Americana de fato melhorou a democracia nos Estados Unidos depende de um julgamento que você e eu devemos fazer diferentemente. Por anos eu fui acusado de defender a revisão judicial porque eu aprovava as decisões que a Suprema Corte tomava. Eu não estou mais aberto àquela acusação. Se eu tivesse que julgar a Suprema Corte Americana apenas pelo que foi decidido por ela nos últimos anos, eu a julgaria como um fracasso. Mas eu acredito que o balanço geral de seu impacto histórico continua positivo. Tudo agora depende do caráter das futuras nomeações da Suprema Corte. Devemos manter nossos dedos cruzados.”³⁸ (DWORKIN, 2011, p. 399, tradução livre).

Em uma abordagem diferente, considerando a análise procedimental habermasiana e a discursividade no Direito, Emílio Meyer (2008, p. 261) aduz que o controle de constitucionalidade é necessário, pois representa coerência e integridade exigidas pelo direito que seja constitucional.

Meyer (2008, p. 339), com base em Günther, nota que nos discursos de justificação é perguntado se a norma representa o interesse comum (validade), enquanto que nos discursos de aplicação, observam-se as características da situação (adequabilidade). Assim, o controle de constitucionalidade se torna o momento em que os discursos de justificação são revistos logicamente pelos discursos de aplicação.

Ou seja, os discursos de justificação (que compreendem a Legislação) passam a se submeter à revisão pelos discursos de aplicação, através do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, de modo que as argumentações éticas,

³⁸ “History is not decisive of the large question whether judicial review can be expected to improve legitimacy in the future. But history counts. I am denying what many lawyers and political scientists claim: that judicial review is inevitably and automatically a defect in democracy. But it does not follow that any democracy has actually benefited from the institution. Whether the American Supreme Court has in fact improved democracy in the United States depends on a judgment you and I might make differently. For years I was accused of defending judicial review because I approved of the decisions the Supreme Court actually made. I am no longer open to that charge. If I had to judge the American Supreme Court only on its record during the last few years, I would judge it a failure. But I believe that the overall balance of its historical impact remains positive. Everything now turns on the character of future Supreme Court nominations. We must keep our fingers crossed.” (DWORKIN, 2011, p. 399).

morais e pragmáticas³⁹ se recolocam com as decisões judiciais (MEYER, 2008, p. 383).

Nesse passo, Meyer (2008, p. 393) defende, assim como proposto por Günther, que deva haver uma aplicação do modelo de correia de transmissão também para o controle de constitucionalidade, visto que a legitimidade das Cortes Constitucionais não é autoevidente. Resumidamente, de acordo com Meyer (2008, p. 350-351), haveria duas correias: a maior que é o sistema de direitos ou a Constituição; a menor que são os discursos racionais de justificação jurídica que permitem aos cidadãos definirem a forma do próprio sistema de direitos. Há, também, uma correia que liga essas duas polias, que são os instrumentos de participação popular - como o voto, referendos e plebiscitos e iniciativa popular para leis. Além disso, existe uma polia ainda menor ligada à última que representa os discursos jurídicos de aplicação, sendo que a correia que liga as duas últimas polias significa a participação nas decisões judiciais (MEYER, 2008, p. 351).

Meyer (2008, p. 381) percebe, então, um sentido democrático para o controle de constitucionalidade:

“A afirmação de direitos processuais de participação dos destinatários revela um sentido democrático do exercício do controle de constitucionalidade, apresentando uma fonte de legitimidade capaz de atender ao pluralismo de uma sociedade moderna” (MEYER, 2008, p. 393).

1.4.2 Críticas

Jeremy Waldron (2006, p. 1351) tenta encontrar argumentos contrários ao *judicial review of legislation*, independentemente de suas manifestações históricas ou de seus efeitos particulares. Waldron (2006, p. 1351) faz sua análise, então, com base em argumentos normativos.

³⁹ Meyer (2008, p. 250-251) mostra a distinção dessas espécies de discursos: “as questões pragmáticas perguntam pelos objetivos e fins almejados com determinada ação; as questões éticas pelo modo de vida que queremos levar adiante, caso busquemos construir uma concepção que é, para mim ou para nós, a de uma vida feliz. A questão muda de figura quando as ações afetam os interesses de outras pessoas e pedem um julgamento imparcial dos conflitos daí advindos. Contrariamente a uma perspectiva egocêntrica de alguém que age estrategicamente, um conflito interpessoal ultrapassa as raias finalísticas de uma ação orientada por valores, para cair no terreno universalista das normas morais; um novo ponto de vista é assumido. A questão moral coloca a pergunta acerca de se todos poderiam aceitar a mesma máxima para uma igual situação. Mesmo em questões éticas, o que está em jogo é o telos da minha ou de nossas vidas. Questões éticas não se referem à regulação de conflitos interpessoais.”

Desse modo, Waldron (2006, p. 1346) ataca o instituto em duas frentes: primeiro, quando ele afirma que não há razão para pensar que sua prática seja melhor para a proteção de direitos do que a do Legislativo democrático; e segundo, quando o considera ilegítimo politicamente, a despeito dos resultados que gera.

Para Waldron (2006, p. 1353), o instituto distrai os cidadãos que discordam sobre direitos do debate principal em discussão, com questões paralelas sobre precedente, texto e interpretação. Ademais, para Waldron, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário mostrar-se-ia ilegítimo politicamente, ao se privilegiar um pequeno número de juízes não-eleitos e “*unaccountable*”⁴⁰ com a regra da maioria, ignorando-se os cidadãos comuns e desconsiderando-se, também, os princípios apreciados de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos (WALDRON, 2006, p. 1353).

Jeremy Waldron (2006, p. 1354) divide o *judicial review* em dois sistemas - o forte e o fraco:

“Em um sistema forte de revisão judicial, as Cortes têm a autoridade para declinar a aplicação de uma lei em um caso particular (mesmo que a lei, nos seus próprios termos, plenamente se aplique àquele caso) ou modificar o efeito de uma lei para tornar sua aplicação conforme com os direitos individuais (em formas que a lei em si mesma não prevê). [...] Em um sistema fraco de revisão judicial, em contraste, as cortes devem analisar a conformidade da legislação com os direitos individuais, mas elas não podem deixar de aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos estariam violados, caso contrário.”⁴¹ (WALDRON, 2006, p. 1354-1355, tradução livre).

O alvo das críticas de Waldron é, especificamente, o sistema forte. Para ele, os desacordos sobre quais direitos possuem os membros de uma comunidade devem ser resolvidos pelas instituições legislativas, desde que preenchidos quatro requisitos: (1) instituições democráticas em bom funcionamento, com o Legislativo eleito pelo sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições jurídicas não representativas em boa ordem para responder às demandas individuais; (3) um

⁴⁰ Emílio Meyer (2008, p. 285-286), com base em Dworkin, argumenta que a história institucional é parte da decisão judicial e os direitos são frutos da história e da moralidade. Assim, considerando que os juízes são autoridades públicas, segundo Meyer, eles têm responsabilidade política e devem decidir com base em princípios, de modo que sua argumentação principiológica forneça uma justificação para os direitos.

⁴¹ “*In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). [...] In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated.*” (WALDRON, 2006, p. 1354-1355).

compromisso da maioria dos membros da comunidade e dos oficiais em defesa dos direitos das minorias; (4) um desacordo persistente, substancial e de boa-fé pelos membros da sociedade sobre direitos (WALDRON, 2006, p. 1360).

Assim, para Waldron (2006, p. 1375), a tomada de decisões pelo Legislativo seria a melhor opção para a questão sobre qual método é mais hábil para encontrar as melhores respostas sobre direitos, respeitando-se, igualmente, as pretensões dos indivíduos. Segundo ele, em várias formulações, o Legislativo seria o mais propício. Esse seria, então, o que Waldron chama de “o núcleo do caso contra o *judicial review*”.

Waldron (2006, p. 1376) nota que usualmente se defende o *judicial review* com base em razões relativas ao resultado, enquanto outros o atacam com base em razões relacionadas ao processo. Waldron (2006, p. 1376) percebe que, de fato, muitas das mais importantes razões relacionadas ao processo são representativas e, portanto, indicam para instituições representativas. Porém, o referido autor discorda que as razões relacionadas ao resultado indiquem para o sentido contrário.

Também se afirma que o Legislativo atua de maneira sectária, mas, esse mesmo argumento pode ser utilizado contra o *judicial review*, como observa Waldron (2006, p. 1377), ao citar os exemplos de negligência judicial quanto a direitos em casos como *Korematsu*⁴² (em que se negou proteger cidadãos descendentes de japoneses da internação na Segunda Guerra), *Schenck*⁴³ (quando se entendeu que criticar o recrutamento na Primeira Guerra equivaleria a colocar fogo em um teatro lotado), *Dred Scott*⁴⁴ (em que o escravo teve sua liberdade negada, apesar de ter vivido em um estado onde a escravidão era proibida) e *Prigg*⁴⁵ (declarando inconstitucionais as leis que protegiam africano-americanos dos apanhadores de escravos).

Waldron (2006, p. 1377-1378) ainda endossa o argumento de Raz para o qual a decisão deve ser tomada pelos afetados ou por seus representantes, já que o distanciamento da situação (no caso da Corte) pode impedir que se tente descobrir honestamente sobre o que seria mais justo naquela situação.

Waldron (2006, p. 1379) cita três vantagens relacionadas ao resultado que, normalmente, são atribuídas às Cortes:

⁴² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁴³ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁴⁴ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27 (1857).

⁴⁵ *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 612 (1842).

“(a) que as questões de direitos são apresentadas às Cortes no contexto de casos específicos; (b) que a abordagem das cortes em questões de direitos é orientada pelo texto da Constituição; e (c) que a argumentação e o uso de razões têm um papel importante na deliberação judicial.”⁴⁶ (WALDRON, 2006, p. 1379, tradução livre).

O que ele tenta provar, então, é que há defeitos nos resultados da Corte e vantagens nos do Legislativo (WALDRON, 2006, p. 1379). Quanto a “(a)”, Waldron (2006, p. 1380) lembra que o processo legislativo leva em consideração os casos particulares, pois é aberto aos debates e à escuta, através dos lobbys.

Quanto a “(b)”, Waldron (2006, p. 1381) nota também que os juízes tentam resolver os desacordos morais com base no texto da Constituição através da hermenêutica e da argumentação jurídica, para se apoiar em algum lastro de legitimidade, e não se aventurar diretamente nas questões de moralidade. A crítica de Waldron (2006, p. 1381) aqui é no sentido de que o texto da Constituição distrai os juízes do debate central sobre direitos.⁴⁷

⁴⁶ “(a) *that issues of rights are presented to courts in the context of specific cases; (b) that courts’ approach to issues of rights is oriented to the text of a Bill of Rights; and (c) that reasoning and reason-giving play a prominent role in judicial deliberation.*” (WALDRON, 2006, p. 1379).

⁴⁷ Thomas Bustamante (2016b), neste ponto, posiciona-se de maneira diferente de Waldron: “Diferentemente de Waldron, tenho dúvidas sobre se os legisladores podem evitar o tipo de leitura interpretativa das Cartas de Direitos que parece pouco atrativa para ele. Sua visão acerca do raciocínio legislativo não me parece correta porque não há razão para se crer que os legisladores ordinários estejam, de modo decisivo, mais livres do que juízes para ponderar argumentos de princípio e se afastar dos valores morais da comunidade entrincheirados na constituição. Enquanto os legisladores entenderem a sua atividade prática como fiel aos princípios morais compreendidos na Carta de Direitos, eles devem interpretar esse documento como uma norma que é juridicamente vinculante, e a sua competência para realizar juízos morais como juridicamente regulada. Ainda que eles não vejam a si mesmos como subordinados aos juízos realizados por uma corte suprema, isso não evitará o aparecimento de argumentos baseados em ‘precedentes’ ou ‘doutrinas jurídicas’, já que as assembleias legislativas não estarão levando a sério os direitos se elas declinarem de sua tarefa de considerar suas leis anteriores e a justificação pública das decisões de autoridade tomadas no passado, no presente e no futuro. Quando legisladores enfrentam um desacordo moral, ao contrário de considerações pragmáticas sobre políticas públicas, eles estão tão vinculados pelas exigências de consistência e integridade quanto as supremas cortes estão. Não se pode esquecer, aqui, que o raciocínio de uma suprema corte em casos difíceis não é tão estritamente vinculado quanto o de um juiz ordinário que trabalha em um sistema de precedentes vinculantes. Como aponta Dworkin, é muito plausível sustentar, como ele faz com a ‘rights thesis’, que ‘a história institucional funciona não como uma constrição nos juízos políticos, mas como um ingrediente desses juízos’ (Dworkin 1978, 87). Se Dworkin está correto, então, a prática do precedente judicial não é baseada na autoridade dos juízes anteriores, mas sim na doutrina da equidade, que exige que os tribunais tratem casos semelhantes de maneira semelhante e tenham igual consideração pelas partes (Dworkin 1978, 131). Se interpretarmos a vinculação dos juízes dessa maneira, não é crível que os legisladores estejam vinculados de uma maneira qualitativamente diferente. É possível, portanto, que a crença de Waldron de que o raciocínio legislativo é sempre diferente do das supremas cortes, quando ambas consideram direitos fundamentais, seja pouco acurada, já que ambas são sensíveis à história institucional e à moralidade pública da comunidade.

No que se refere a “(c)”, segundo Waldron (2006, p. 1382), os votos dos legisladores são tão fundamentados na razão como os votos dos juízes. As razões advindas dos debates legislativos são registradas nos anais do Congresso. A diferença, para Waldron (2006, p. 1382), é que os juristas se focam no estudo das razões dadas pelos juízes e, não, pelos legisladores.

É comum acreditar que a decisão judicial é baseada em razões. Porém, tal argumento parece ser tomado de forma distorcida para tentar realçar uma suposta característica natural dos discursos jurídicos em detrimento da deliberação legislativa. Waldron (2006, p. 1383) cita como contra-argumento empírico o caso *Roe Vs. Wade*⁴⁸, em que, das cinquenta páginas da decisão da Suprema Corte, apenas alguns parágrafos são dedicados à importância moral dos direitos de privacidade reprodutiva e outros relativos a diferentes questões morais como, por exemplo, o *status* de direito do feto. Portanto:

“Distraídas pelas questões de legitimidade, as Cortes focam no que outras Cortes fizeram, ou qual é a linguagem da Constituição, enquanto que os legisladores – com todos os seus vícios – tendem pelo menos a ir diretamente ao ponto central do questão.”⁴⁹ (WALDRON, 2006, p. 1384, tradução livre).

Ademais, para demonstrar a riqueza de razões do debate legislativo, Waldron (2006, p. 1384) ainda lembra o caso do *Medical Termination of Pregnancy Bill* de 1966 na Inglaterra, em que se buscava liberalizar o aborto. Esse debate incluiu todas as posições morais (dos favoráveis à “vida” do feto aos favoráveis à escolha, dentre outras variações), com foco nas questões relativas à discussão central sobre o aborto, o que culminou em mais de cem páginas. A posição favorável à lei

Ainda que se possa encontrar certas distinções entre os processos de raciocínio dos legisladores e das cortes, é igualmente fácil encontrar importantes pontos comuns que tornam difícil aceitar a pretensão de Waldron de que ao interpretar a Carta de Direitos os legisladores estejam mais preparados para enfrentar questões morais em si mesmas, livres de constrições jurídicas. Isso porque em todos esses casos a autoridade decisória terá uma obrigação discursiva de justificar publicamente a sua decisão de um modo a demonstrar que a decisão é ‘ao menos consistente com comprometerimentos constitucionais, incluindo o comprometimento com os direitos’ (Dyzenhaus 2009, 52).

Parece-nos equivocada, portanto, segunda premissa de Waldron, que sustenta que a determinação do conteúdo dos direitos previstos em uma constituição ou em uma carta de direitos deve ser feita de maneira ‘não-interpretativa.’ (BUSTAMANTE, 2016b).

⁴⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55 (1973).

⁴⁹ “*Distracted by these issues of legitimacy, courts focus on what other courts have done, or what the language of the Bill of Rights is, whereas legislators - for all their vices - tend at least to go directly to the heart of the matter.*” (WALDRON, 2006, p. 1384).

permitindo a escolha sobre o aborto prevaleceu. Os perdedores da discussão aceitaram e respeitaram o resultado, pois sua posição foi considerada na deliberação (WALDRON, 2006, p. 1384-1385).

Como observa Waldron (2006, p. 1386), é claro que o Legislativo também pode produzir resultados absurdos, quando a maioria atua movida pelo pânico, inconsequentemente, ou quando simplesmente reproduz slogans sectários em seus falsos debates. Porém, de acordo com Waldron (2006, p. 1386), trata-se de excepcionalidades que não comprometem a credibilidade do processo legislativo em sociedades que levam os direitos a sério.

Quanto às razões relacionadas ao processo (v.g. voz e justiça), Waldron (2006, p. 1386) explica que a maioria delas é tomada em defesa das decisões pelo Legislativo, ao invés de servirem como suporte para o *judicial review*.

Nesse contexto, Waldron (2006, p. 1387) imagina uma situação em que um cidadão discorda de uma decisão do Legislativo sobre quais direitos ele tem. Então, esse cidadão se perguntaria por que determinadas quinhentas pessoas teriam a prerrogativa de decidir por ele e por mais duzentas e cinquenta milhões pessoas em um país? E por que não dar maior peso aos legisladores que concordam com ele, mesmo que se aceite a visão dos quinhentos? (WALDRON, 2006, p. 1387).

Waldron (2006, p. 1387) nota que a primeira questão é respondida pela teoria das eleições justas para o Legislativo, em que os cidadãos são considerados igualmente na escolha de seus representantes. A segunda questão é respondida pela ideia de justiça subjacente na regra da maioria:

“Melhor do que qualquer outra regra, a decisão pela maioria (MD) é neutra entre os resultados contestados, trata os participantes igualmente, e dá a cada opinião expressa o maior peso possível em compatibilidade com dar o mesmo peso para todas as opiniões. Quando nós discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos inclinar a questão, precipitadamente, de um jeito ou de outro, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma pretensão moral para ser tratada igualmente no processo, então a decisão pela maioria – ou alguma coisa assim – é o princípio a ser usado.”⁵⁰ (WALDRON, 2006, p. 1388, tradução livre).

⁵⁰ “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. When we disagree about the desired outcome, when we do not want to bias the matter up-front one way or another, and when each of the relevant participants has a moral claim to be treated as an equal in the process, then MD –or something like it-is the principle to use.” (WALDRON, 2006, p. 1388).

Waldron (2006, p. 1388) explica que se usa uma versão da regra da maioria para a tomada de decisões dentro do próprio Legislativo. Porém, para Waldron (2006, p. 1390), quando o exemplo passa a ser quando o cidadão discorda da decisão da Suprema Corte, as respostas sobre a legitimidade são bem mais difíceis.

Primeiro, sobre o porquê de nove juízes (ou onze no caso do Brasil) decidirem a questão. Segundo Waldron (2006, p. 1391), um defensor do *judicial review* poderia dizer que os juízes são indicados e aprovados pelo Presidente e pelo Senado, que têm mandato eletivo. Porém, os legisladores são politicamente responsáveis com os seus representados e essa relação não ocorre no caso dos juízes (WALDRON, 2006, p. 1391).

Waldron (2006, p. 1391) aduz que, mesmo que se aceite que as questões de desacordo sobre direitos sejam decididas por nove membros da Suprema Corte, fica ainda mais difícil sustentar o *judicial review* quando se defende a aplicação da regra da maioria simples dentro da própria Corte: “cinco votos vencem quatro na Suprema Corte Americana, independentemente dos argumentos sustentados pelos ministros.”⁵¹ (WALDRON, 2006, p. 1391, tradução livre).

Desse modo, de acordo com Waldron (2006, p. 1393), os defensores do *judicial review*, atentos ao problema democrático, tentam defender sua instituição com base nos cinco argumentos a seguir:

(1) “os juízes não fazem seu próprio julgamento sobre direitos, mas apenas endossam a decisão consubstanciada na Constituição pelo povo.” Porém, Waldron (2006, p. 1393) entende que a Constituição, por si só, não dirime desacordos sobre direitos, apesar de influenciar na decisão. A questão, para ele, é sobre quem deve resolver tais desacordos;

(2) “os juízes simplesmente fazem cumprir o pré-compromisso da sociedade com os direitos”. Em sentido contrário, Waldron (2006, p. 1394) nota que a sociedade não se pré-compromete com uma determinada solução sobre determinado desacordo sobre direitos. E ainda assevera que essa auto-restrição (explicada pela metáfora de Ulysses) só funcionaria quando o pré-comprometimento protege contra aberrações e, não, quando protege contra mudanças de ideia sobre a solução de determinado desacordo de direitos (WALDRON, 2006, p. 1394);

⁵¹ “five votes defeat four in the U.S. Supreme Court, irrespective of the arguments that the Justices have concocted.” (WALDRON, 2006, p. 1391).

(3) “Se os legisladores discordam de uma decisão da Corte, eles podem emendar a Constituição, fazendo prevalecer, assim, sua posição”. Contudo, Waldron (2006, p. 1394) observa que tal argumento é fraco porque não defende o fundamento que a decisão judicial estabelece, além do fato de que emendar a Constituição depende de uma maioria qualificada;

(4) “Os juízes têm um pedigree democrático, pois são indicados e aprovados pelos oficiais eleitos (Senado e Presidente da República, como é no Brasil, por exemplo). Waldron (2006, p. 1394) contra-argumenta afirmando que a comparação deixa o Judiciário bem para trás do Legislativo em relação às credenciais democráticas. Ademais, com essa comparação, perde-se de vista a afirmação positiva sobre o *judicial review*, independentemente do processo político de decisão (WALDRON, 2006, p. 1394);

(5) “O judicial review pode ser uma forma diferente de inserção do cidadão no sistema político”. Aqui, Waldron (2006, p. 1394), apesar de reconhecer a qualidade do argumento, alerta para o fato de que, mesmo assim, seria uma forma de inserção não disciplinada pelo princípio da igualdade política.

Outro ponto que Waldron (2006, p. 1395) tenta combater é o argumento de que o processo legislativo, através da regra da maioria, traz consigo, intrinsecamente, uma espécie de tirania (compreendida por Waldron como algo que acontece com as pessoas quando seus direitos são negados) contra as minorias.

Waldron (2006, p. 1396) nota, então, que a regra da maioria no Legislativo, na verdade, mitiga a tirania, já que permite a todos a participação igual no processo político de decisão. Desse modo, ele cita o exemplo de um desacordo sobre determinado direito de uma minoria, da qual, hipoteticamente, ele faz parte. Usa-se a regra da maioria para solução e a minoria perde, inclusive com os votos da própria minoria em favor de seus interesses.

Waldron (2006, p. 1397) observa que, até então, não há nada tirânico nisso, desde que a opinião que não prevaleceu tenha sido levada em conta, assim como a de todos os outros. Para ele, só haveria tirania de fato, se mais dois elementos fossem acrescentados: (1) que a decisão fosse errada nas implicações para os direitos das pessoas afetadas; (2) que ele era membro do grupo minoritário afetado pela decisão.

Waldron (2006, p. 1398) adverte que a minoria pode, inclusive, estar errada sobre os direitos que pensa que tem e que a expressão “tirania da maioria”, usada

dessa maneira generalizada, para simples desacordos sobre direitos, é inadequada. Segundo o teórico, ela pode até existir quando as minorias são alienadas de seus direitos injustamente.

Waldron (2006, p. 1399) lembra que, para Dworkin, a regra da maioria não é legítima a menos que seja garantido a cada votante que os outros já lhe assegurem igual respeito e consideração. Porém, Waldron (2006, p. 1400) pontua que se essa afirmação de Dworkin for entendida no sentido de que todos devem levar os direitos a sério, ele não teria objeção a ela.

Para Waldron (2006, p. 1401), o argumento de que ninguém deve julgar em causa própria e que, portanto, a Corte deveria decidir, é fraco. Isso porque, segundo ele, por exemplo, no caso do aborto e ações afirmativas, não havia alguma alienação preocupante: muitas mulheres apoiavam o aborto, assim como muitos homens e vice-versa; muitos africano-americanos apoiavam ações afirmativas, mas muitos membros da maioria branca também. O que Waldron (2006, p. 1401) tenta mostrar com isso é que em uma sociedade que leva os direitos a sério, a alienação de direitos das minorias é exceção.

Waldron (2006, p. 1401) entende que o *judicial review* é uma resposta às falhas das instituições democráticas e à falta de compromisso com direitos em determinada sociedade. E ainda lembra que muitos defendem que o *judicial review* é necessário no mundo real, e não no mundo ideal imaginado por ele (WALDRON, 2006, p. 1401).

Waldron (2006, p. 1402) responde a essas críticas dizendo, primeiramente, que sua proposta não é irreal. Para ele, não é uma utopia pensar que uma sociedade possa ter instituições democráticas em bom funcionamento – o que não significa perfeição - e ter, também, cidadãos comprometidos com direitos (WALDRON, 2006, p. 1402).

Porém, o teórico em questão ressalva que seu argumento contra o *judicial review* é condicional. Ou seja, se as condições deixarem de subsistir, o argumento não se aplica mais, o que não significa que sempre que isso ocorrer o *judicial review* seja defensável. Waldron (2006, p. 1402) dá o exemplo de uma sociedade em que o processo de decisão do Judiciário é tão corrupto quanto o do Legislativo. Aí, para ele, também não faria sentido defender o *judicial review*.

Waldron (2006, p. 1403) nota que se costuma defender o *judicial review* com base no argumento de que seria uma forma de se proteger as minorias. Ele até

concorda com o “*non-core case*” em que o *judicial review* seria plausível por preservar os direitos das minorias desprivilegiadas e efetuar reparos no sistema político para possibilitar sua melhor representação democrática. Contudo, segundo Waldron (2006, p. 1403), esse argumento não se refere a toda e qualquer minoria. Waldron (2006, p. 1403) se utiliza da distinção feita por Tushnet, para o qual, há minorias que simplesmente perderam e minorias que perdem porque não conseguem se proteger na política.

Aliás, para Waldron (2006, p. 1404) o *judicial review* seria inócuo quanto à proteção de direitos das minorias se a própria sociedade não apoiasse, de alguma maneira, esses direitos.

Carlos Santiago Nino (1996, p. 189), por sua vez, destaca que há um elitismo epistêmico quando se considera que o Judiciário está numa melhor condição do que os representantes eleitos para se decidir sobre as questões fundamentais da sociedade (como sobre quais direitos se tem). Nino (1996, p. 189) nota que, através dessa análise, presume-se uma superioridade da expertise jurídica em relação à representação popular:

“A visão comum de que os juízes estão melhor situados do que os parlamentares e outros oficiais eleitos para resolver as questões que lidam com direitos parece surgir de um elitismo epistêmico. Ela assume que para se chegar a conclusões morais corretas, a expertise intelectual é mais importante do que a capacidade de representar vividamente e de balancear imparcialmente os interesses de todos aqueles afetados por uma decisão.”⁵² (NINO, 1996, p. 189, tradução livre).

Para Waldron (1999, p. 302), há sempre uma perda para a democracia quando uma visão sobre as condições da democracia é imposta por uma instituição não-democrática, mesmo quando essa visão é correta e sua imposição melhora a democracia.

Waldron (1999, p. 101) defende que o respeito às leis é, em parte, o preço que temos que pagar para atingir uma forma coordenada de ação coletiva na vida moderna. Waldron (1999, p. 102), então, lança mão de uma analogia à teoria de Rawls sobre as “circunstâncias da justiça” para falar em “circunstâncias da política”.

⁵² “*The common view that judges are better situated than parliaments and other elected officials for solving questions dealing with rights seems to arise from an epistemic elitism. It assumes that in order to arrive at correct moral conclusions, intellectual dexterity is more important than the capacity to represent vividly and to balance impartially the interests of all those affected by a decision.*” (NINO, 1996, p. 189).

Waldron (1999, p. 102) lembra que as “circunstâncias da justiça”, segundo Rawls, seriam aspectos da condição humana, como a escassez moderada e o altruísmo limitado dos indivíduos que fariam com que a justiça fosse uma virtude e uma prática não só possível, mas necessária. Em contrapartida, para Waldron (1999, p. 102), a necessidade de que haja a mesma moldura ou decisão ou curso de ação para alguma questão dentre membros de um certo grupo, mesmo com desacordos internos, é o que ele chama de circunstâncias da política.

Waldron (1999, p. 102) reconhece a importância destas para o entendimento das virtudes políticas como a civilidade, a tolerância aos desacordos bem como a lealdade na oposição e o Estado de Direito.

Thomas Bustamante (2016a, p. 65), por sua vez, sopesando os argumentos favoráveis e contrários ao *judicial review*, considera haver uma justificação instrumental para sua existência nos sistemas de controle fraco, embora defenda a importância da participação dos cidadãos na construção dos direitos que possuem. Ou seja, para o teórico, a lei democrática possui uma justificação vigorosa, intrinsecamente ligada ao seu batismo democrático, enquanto que o *judicial review* tem uma justificação apenas instrumental, que dificilmente legitima um sistema forte de jurisdição constitucional:

“Dworkin, então, é deixado com apenas um argumento para defender sua pretensão de que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário pode ser justificado nas democracias constitucionais. A única razão moral apelativa que ele é capaz de fornecer em favor da instituição do judicial review é que o judicial review se torna importante precisamente porque força a comunidade política a deliberar sobre matérias de direitos e de princípios que podem ser negligenciadas nos julgamentos políticos pelas maiorias numa democracia constitucional. O judicial review se torna importante precisamente porque ele pode forçar o debate político a incluir argumentos de princípio e quebrar a inércia que às vezes surge quando os grupos interessados não conseguem alcançar um compromisso pelos meios comuns. Mais importante, o judicial review também incita a deliberação pública sobre pretensões de direitos e cria um autêntico fórum de princípios onde os cidadãos podem esperar uma justificação razoável para o acordo de autoridade relativo às controvérsias fundamentais que eles têm sobre o conteúdo de seus próprios direitos.”⁵³ (BUSTAMANTE, 2016a, p. 60, tradução livre).

⁵³ “Dworkin, therefore, is left with only *one* argument to defend his claim that judicial review may be justified in constitutional democracies. The only sound moral reason that he is able to provide in favor of the institution of judicial review is that judicial review is important because it forces the political community to deliberate about matters of right and principle that can be neglected in the political judgments of the majorities in a constitutional democracy. Judicial review becomes important precisely because it can ‘force political debate to include argument over principle’ and break the inertia that sometimes arises when the interested groups cannot reach a compromise by the ordinary means. More importantly, it also incites a public deliberation about a rights-claim and creates an authentic

1.5 CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA?

Nas democracias modernas, segundo Thomas Christiano (2008, p. 255-256), é possível identificar vários tipos de autoridade provenientes de fontes distintas: a autoridade constitutiva que faz a Constituição de uma sociedade política; a autoridade do Legislativo que faz leis e estabelece metas para o resto da comunidade; a autoridade daqueles (dentre os quais se incluem as agências administrativas) que executam as leis e estabelecem políticas públicas; a autoridade do Judiciário que aplica as leis.

Assim, Christiano (2008, p. 255-256) tenta demonstrar que a questão sobre a autoridade é complexa e, portanto, o Estado não traz imanente a si a ideia de unidade tal qual sugerido por Hobbes. De acordo com Christiano (2008, p. 256), mesmo que não haja uma estrutura hierárquica hobbesiana, em que os comandos emanam do topo para os subordinados, há algum sentido em afirmar que, a partir do momento que existe uma Constituição, o Legislativo tem alguma primazia sobre os outros.

Para Christiano (2008, p. 257), o processo democrático de decisão deve levar em conta a divisão de funções no intuito de que a decisão seja imparcial (um órgão diferente para fazer a lei e outro para aplicá-la) e que seja tomada por diferentes órgãos.

Assim, Christiano (2008, p. 257) nota que a autoridade das Cortes é instrumental, já que possuem o papel de cumprir os fins da assembleia democrática bem como de proteger a realização da igualdade pública. O mesmo raciocínio serve para as agências administrativas que têm a função de especificar e alcançar os fins da assembleia democrática.

Por isso, Christiano (2008, p. 258) explica que dizer que essa autoridade é instrumental significa que não é propriamente às Cortes que os cidadãos devem obediência, pois estas são apenas um instrumento que possibilita aos cidadãos obedecerem à assembleia democrática.

Christiano (2008, p. 258) adverte que essa autoridade instrumental justifica apenas a atividade de Cortes Ordinárias. Para ele, as Cortes Constitucionais, que

'forum of principle' where citizens can expect a reasonable justification for the authoritative settlement of the fundamental controversies that they have about the contents of their rights." (BUSTAMANTE, 2016a, p. 60).

têm a prerrogativa de derrubar leis aprovadas pelo Parlamento, apresentam um tipo problemático de autoridade. Isso porque, agindo dessa forma, as Cortes rejeitam a autoridade das assembleias democráticas, o que parece violar a igualdade pública, segundo Christiano (2008, p. 258), já que se rejeita o resultado de uma deliberação embasada na igualdade pública. “Em um sentido, ela nega o direito de as pessoas determinarem, como iguais, os termos de associação para elas mesmas” (CHRISTIANO, 2008, p. 258, tradução livre)⁵⁴.

Porém, Christiano (2008, p. 258-259) ressalva que esse tipo de autoridade das Cortes Constitucionais é problemático e não propriamente ilegítimo, porque, de acordo com ele, há casos em que a atividade dessas Cortes pode ser justificável. Tal ocorre, para ele, quando as assembleias democráticas extrapolam os limites de sua autoridade ou quando enfraquecem sua autoridade ao falhar na proteção da igualdade pública.

Assim, Christiano (2008, p. 259) acrescenta que quando a Corte Constitucional preserva a igualdade pública que embasa as assembleias democráticas, haveria aí um tipo de autoridade limitada, porém problemática.

Christiano (2008, p. 279) afirma que o *judicial review* pelas Cortes Constitucionais parece colocar o poder da sociedade nas mãos de uma minoria. Entretanto, para ele, em uma sociedade onde as leis contrárias à ideia de igualdade pública são derrubadas pelo *judicial review*, seria mais fácil satisfazer tal ideal do que em uma sociedade em que o Legislativo opera sem esse tipo de controle.

Apesar disso, está claro para Christiano (2008, p. 279) que as Cortes Constitucionais não realizam a igualdade pública por si sós e que elas não têm nenhuma autoridade inerente a elas mesmas. A assembleia democrática, por sua vez, não tem autoridade inerente quando viola seu dever com a igualdade pública (CHRISTIANO, 2008, p. 279).

Christiano (2008, p. 279-280) defende que quando as Cortes Constitucionais decidem corretamente de acordo com a igualdade pública, os cidadãos teriam o dever de obedecer, já que eles devem respeitar, em última instância, a própria igualdade pública. Nesse caso, então, para Christiano (2008, p. 280), as Cortes Constitucionais teriam um tipo de autoridade instrumental.

⁵⁴ “*In a sense, it denies the right of the people to determine, as equals, the terms of association for themselves.*” (CHRISTIANO, 2008, p. 258).

Por outro lado, quando uma Corte Constitucional toma más decisões, ao derrubar leis consoantes com o ideal de igualdade pública, há uma perda dupla, segundo Christiano (2008, p. 280): primeiro, porque a decisão é tomada de uma maneira anti-igualitária; segundo, porque a decisão é, em si, anti-igualitária, ao retirar do ordenamento jurídico uma lei que representa um ganho para a igualdade pública.

Enquanto isso, para Christiano (2008, p. 280), o ganho que a Corte pode representar ao derrubar leis ruins não é tão sensacional assim. Sopesando os prós e contras, Christiano (2008, p. 280) conclui que a existência de uma Corte Constitucional só se justificaria – instrumentalmente - caso as boas decisões superassem as ruins.

Então, para ele, teoricamente seria possível que as Cortes Constitucionais representassem um ganho para a democracia, a depender de se verificar uma melhoria no funcionamento da assembleia democrática em conjunto com o *judicial review*, ao invés de funcionar isoladamente. A resposta, para Christiano (2008, p. 280), depende da sociedade em questão. Em algumas, o funcionamento conjunto pode ser melhor, mas, em outras, não.

Christiano (2008, p. 281) afirma que há razões para se pensar que seria melhor que determinada sociedade funcionasse sem o *judicial review*, já que o referido instituto tanto pode melhorar a democracia de maneira não tão significativa quanto pode piorá-la. Porém, ele não vê um argumento geral para se rejeitar a existência de Cortes Constitucionais, pois elas podem funcionar bem, sob certas circunstâncias.

Ou seja, para o teórico, haveria uma justificativa instrumental para a existência de Cortes Constitucionais e, portanto, elas não seriam incompatíveis com a ideia de democracia, em que pese o ônus de justificação devido ao caráter não democrático das Cortes (CHRISTIANO, 2008, p. 288).

De toda essa argumentação apresentada por Thomas Christiano, pode-se depreender que as Cortes Constitucionais não são uma decorrência nem um produto necessário da democracia. E também, para que haja democracia, não é imprescindível que exista uma Corte Constitucional. Em outras palavras, não há uma implicação lógica entre Cortes Constitucionais e democracia. Porém, sob determinadas circunstâncias fáticas (que podem ou não estar presentes), em que as boas decisões superam as más, a autoridade da Corte pode se justificar.

Thomas Bustamante e Evanilda Godoi (2015, p. 3) realçam a dificuldade de se justificar moralmente a autoridade das Cortes Constitucionais. Segundo os autores, um arranjo institucional que preveja a última palavra sobre a Constituição para a Corte também não consegue escapar do princípio majoritário, já que, inclusive dentro da Corte, os desacordos são resolvidos pela regra da maioria. Ou seja, os autores notam que haveria apenas uma substituição da maioria no legislativo pela maioria no Judiciário.

Bustamante e Godoi (2015, p. 6), apoiando-se na argumentação de Andrei Marmor, no sentido de que há pelo menos duas etapas principais no processo político – deliberação e decisão -, verificam que há sérios problemas de justificação da autoridade das Cortes, principalmente, na etapa da decisão. Isso porque, na primeira etapa, deve haver igual oportunidade de influência política e, na segunda, a exigência aumenta para igualdade de impacto. Os autores esclarecem que as razões de igualdade política (de participação no processo decisório) não são propriamente funcionais com relação à justificação da autoridade das Cortes.

Assim, Bustamante e Godoi (2015, p. 7) rechaçam o posicionamento de Alexy, para o qual as Cortes Constitucionais representariam argumentativamente o povo ao oferecer respostas de razão. De acordo com os autores, Alexy falha ao ignorar a etapa decisória do processo político, visto que não basta que a decisão seja feita no interesse do povo para que seja legítima. A decisão deve considerar os juízos próprios do povo sobre essas razões.

Então, Bustamante e Godoi (2015, p. 7) afirmam que, se for possível justificar a autoridade das Cortes, será por razões instrumentais, porque elas não possuem um caráter representativo. E concluem:

“A grande crítica que se faz ao constitucionalismo contemporâneo, portanto, reside no fato de que não é autoevidente a compatibilidade entre supremacia judicial e democracia. Cortes constitucionais não têm um caráter intrinsecamente democrático, e a sua autoridade só pode ser justificada por razões instrumentais. Sempre que uma questão politico-moral fundamental acerca de nossa comunidade é fixada por meio de uma corte constitucional, em detrimento do processo legislativo democrático, há uma perda para a democracia, mesmo quando essa perda puder ser justificada por razões instrumentais.” (BUSTAMANTE; GODOI BUSTAMANTE, 2015, p. 8)

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Não há uma correlação necessária entre Cortes Constitucionais e democracia, tanto historicamente quanto normativamente. Pode haver democracia sem que exista uma Corte Constitucional, como se demonstrou empiricamente nos casos da Inglaterra e da França (onde tradicionalmente não havia o *judicial review* apesar de algumas concessões atuais). Também normativamente, a ideia de democracia torna possível que os cidadãos, por si mesmos ou por seus representantes eleitos, construam seus direitos, sem que haja a intervenção de uma Corte Constitucional.

Ademais, como demonstrou Carlos Santiago Nino, a lógica de Marshall de que a Supremacia da Constituição implica em *judicial review* é falha, pois a chamada cláusula alternativa tácita, depreendida da teoria de Kelsen, permite que uma norma inconstitucional seja válida, até que se crie outra norma retirando-lhe a eficácia, ao passo que um dos pressupostos da tese de Marshall era de que a Supremacia da Constituição significava que uma norma contrária a ela deixa de ser válida.

Como defendeu Thomas Christiano, a autoridade de uma Corte Constitucional é mesmo problemática, já que, através do *judicial review*, derruba-se a deliberação democrática da assembleia dos representantes do povo. A autoridade da Corte só pode ser instrumental (condicional), pois depende de sua atuação assegurar de fato a igualdade pública quando a assembleia representativa falha em fazê-lo ou extrapola os limites de sua autoridade. Por isso, a autoridade das Cortes só se justifica se as boas decisões superem as ruins.

Além disso, a dupla perda que há quando a Corte delibera de maneira errada (ao falhar na proteção da igualdade pública e ao retirar do ordenamento jurídico uma lei democraticamente editada) recomenda, pelo menos, cautela quanto à atuação das Cortes Constitucionais.

Portanto, considerando que a autoridade das Cortes pode ser instrumentalmente e condicionalmente justificada, o ponto que se pretende explorar neste trabalho é quando as Cortes interpretam os limites de suas próprias competências.

A questão a ser abordada nos próximos capítulos é sobre o modo que as Cortes devem interpretar suas competências, de maneira compatível com a manutenção de sua autoridade. Ou seja, visa-se apontar o que seria mais uma condição para a manutenção da autoridade da Corte.

Para tanto, faremos uma análise do maximalismo e do minimalismo judicial no próximo capítulo para adentrarmos no caso da expansão da jurisdição constitucional brasileira que será tida como exemplo empírico, no capítulo três. Ao final, apresentaremos a tese sobre como as Cortes Constitucionais (especialmente a brasileira) devem interpretar suas próprias competências no exercício da jurisdição constitucional.

CAPÍTULO 2 – MINIMALISMO E MAXIMALISMO JUDICIAL

Neste capítulo, considerando que foi verificado anteriormente que as Cortes tem uma justificação instrumental/condicional para sua existência, far-se-á uma análise do minimalismo (defendido por Cass Sunstein) e do maximalismo (que tem Dworkin como um de seus maiores expoentes), com a finalidade de se verificar qual é a melhor forma para as Cortes interpretarem regras que definem suas próprias competências.

Assim, após expor a posição de Sunstein e de Dworkin sobre o minimalismo e maximalismo respectivamente, partir-se-á para a crítica de Thomas Bustamante sobre a chamada premissa antiteórica, tanto no que Bustamante chama de versão fraca (no caso de Sunstein e de Vermeule) quanto na versão forte defendida por Richard Posner.

Essa análise do minimalismo e do maximalismo, da premissa antiteórica e da teórica, será fundamental para lançarmos a hipótese (a ser verificada com mais profundidade no último capítulo) de que em determinadas circunstâncias especiais (quando a Corte interpreta os limites de sua própria competência), o minimalismo pode ser justificado.

2.1 SUNSTEIN E O MINIMALISMO JUDICIAL

Cass R. Sunstein (2001a, p. IX), em seu livro *“One Case at a Time”*, tem como principal objetivo explicar e defender o chamado minimalismo judicial, que apresenta componentes tanto procedimentais quanto substanciais (sendo que o autor dá mais atenção aos primeiros).

Sunstein (2001a, p. IX) aponta que, em relação ao procedimento, uma Corte minimalista resolve a questão a ela colocada, embora deixe muitas coisas sem decidir. Segundo o mesmo, tal Corte está alerta para os desacordos razoáveis presentes em uma sociedade heterogênea, estando também ciente de suas próprias limitações enquanto instituição.

Assim, procura-se decidir os casos com fundamentos estreitos, evitando-se resoluções finais e tendo como intuito a promoção dos ideais democráticos de participação, de deliberação e de sensibilidade – “*responsiveness*” - deixando espaço de atuação democrática para o Congresso. Além disso, a Corte minimalista ainda tenta produzir regras que possam servir para diferentes abordagens teóricas (SUNSTEIN, 2001a, p. IX-X).

Sunstein (2001a, p. X) vê o minimalismo como uma forma de restrição judicial. Logo, juízes minimalistas se preocupam em não impor suas visões pessoais à sociedade, deixando as questões fundamentais sem decidir.

Quanto à substância, Sunstein (2001a, p. X-XI) frisa, no entanto, que uma Corte minimalista não é cética, já que há um cerne de acordo sobre a essência constitucional que é provavelmente aceito por essa Corte, como a liberdade política, religiosa, o devido processo legal. Em outras palavras, para o minimalismo há uma série de precondições para o funcionamento de uma democracia constitucional ligadas à igualdade política.

Nessa seara, o referido autor nota que o minimalismo se destacou como um dos principais traços do Direito norte-americano na década de 1990, no que se refere à possibilidade de a Suprema Corte escolher quando deve falar e quando deve permanecer em silêncio (SUNSTEIN, 2001a, p. XI-XII).

Assim, Sunstein (2001a, p. XIII) verificou que em casos envolvendo liberdade de expressão, novas tecnologias, discriminação sexual, ações afirmativas e educação sobre o mesmo sexo, a Corte deixou as questões fundamentais sem decidir.

O objetivo mais importante da tese de Sunstein (2001a, p. XIV), segundo o próprio, é demonstrar e explorar a relação entre minimalismo e autogoverno democrático:

“Quando deve uma corte constitucional decidir largamente ou estreitamente? Por qual concepção de democracia deve a Constituição ser tomada a prevalecer? Como deve a corte melhor preservar tanto o governo democrático quanto os direitos individuais? Como deve a corte entender os

ideais constitucionais de liberdade e de igualdade?⁵⁵ (SUNSTEIN, 2001a, p. XIV, tradução livre).

Nesse contexto, ao fazer tais questionamentos, Sunstein (2001a, p. XIV) tenta comprovar que determinados passos minimalistas promovem o processo e a deliberação democrática. Assim, um dos objetivos de Sunstein (2001a, p. XIV) é identificar quais tipos de minimalismo servem para melhorar a deliberação política. Para ele, o conceito de democracia em questão deve combinar tanto deliberação - ele se refere aqui às chamadas “respostas de razão” – quanto responsabilidade política (algo só percebido quando se pensa em representatividade, que os juízes não têm).

Para Sunstein (2001a, p. XIV), deve-se buscar saber como uma Suprema Corte minimalista, que esteja ciente dos ideais constitucionais e de seu lugar limitado na ordem constitucional, deve promover os ideais de uma democracia sem antecipar o processo democrático.

Sunstein (2001a, p. 3) explica que o minimalismo tem duas feições: primeiro, ele reduz os limites da decisão judicial; segundo, ele torna os erros menos frequentes e menos danosos. Ademais, o minimalismo se coaduna com o chamado “uso construtivo do silêncio”, que ocorre, por exemplo, quando a Corte não decide questões desimportantes para o caso ou quando a própria respeita seus precedentes (SUNSTEIN, 2001a, p. 4-5).

Assim, para o referido autor, há uma relação entre minimalismo judicial e democracia. Em seguida, Sunstein (2001a, p. 5) nota que o minimalismo pode promover a democracia não só pelo fato de deixar questões sem decidir, mas, principalmente, porque se promove o uso de razões, assegurando-se que decisões importantes sejam tomadas por atores politicamente responsáveis.

⁵⁵ “When should a constitutional court rule broadly, and when narrowly? For what conception of democracy ought the Constitution be taken to stand? How might a court best preserve both democratic government and individual rights? How should the Court understand the constitutional ideals of liberty and equality?” (SUNSTEIN, 2001a, p. XIV).

Uma hipótese em que o minimalismo faria bastante sentido, para Sunstein (2001a, p. 5), é quando há uma questão constitucional de cunho moral muito controversa, em que a sociedade se divide. Nesses casos, mais claramente, é possível perceber que a decisão da Corte, mesmo que considerada correta, pode criar sérios problemas. O argumento de Sunstein, então, é que as Cortes devem economizar em desacordos morais, quando tais não forem necessários para solucionar o caso.

2.1.1 Acordos não completamente teorizados

Para Sunstein (1996, p. 35), na sociedade e no Direito, existe um acordo não completamente teorizado sobre um princípio geral aceito pelas pessoas, mesmo que estas não concordem com o que esse princípio implique em determinado caso concreto:

“Este é o sentido enfatizado pelo juiz Oliver Wendell Holmes, no seu grande aforismo, ‘princípios gerais não decidem casos concretos’. Então, por exemplo, nós sabemos que matar é errado, mas discordamos se o aborto é errado. Nós somos favoráveis à igualdade racial, mas nos dividimos sobre ações afirmativas. Nós acreditamos em liberdade, mas discordamos sobre aumentos no salário mínimo.”⁵⁶ (SUNSTEIN, 1996, p. 35, tradução livre).

Assim, Sunstein (1996, p. 35) observa que há um acordo - incompletamente teorizado pelo fato de não ser completamente especificado - sobre o princípio geral, mas desacordos quanto aos casos concretos.

O segundo tipo de acordos não completamente teorizados, segundo Sunstein (1996, p. 36), ocorre quando as pessoas discordam sobre a teoria geral e também sobre casos particulares, embora concordem com princípios intermediários:

⁵⁶ “*This is the sense emphasized by Justice Oliver Wendell Holmes in his great aphorism, ‘General principles do not decide concrete cases.’ Thus, for example, we know that murder is wrong, but disagree about whether abortion is wrong. We favor racial equality, but are divided on affirmative action. We believe in liberty, but disagree about increases in the minimum wage.*” (SUNSTEIN, 1996, p. 35).

“Os juízes podem acreditar, por exemplo, que o governo não pode discriminar com base na raça, sem ter uma teoria de larga escala sobre a igualdade, e também sem concordar se o governo pode estabelecer programas de ações afirmativas ou prisões de segregação quando as tensões raciais são severas. Juízes podem pensar que o governo não pode regular a liberdade de expressão a não ser que se demonstre um perigo claro e presente – mas discordam a respeito de se esse princípio é encontrado em considerações utilitaristas ou kantianas, e discordam também se o princípio permite que o governo regule um discurso particular dos membros da Ku Klux Klan.”⁵⁷ (SUNSTEIN, 1996, p. 36-37, tradução livre).

Porém, o alvo principal de Sunstein (1996, p. 37) é o terceiro tipo de acordos não completamente teorizados: quando se concorda com o resultado particular e com os princípios estreitos que o justificam. Nessa hipótese, Sunstein (1996, p. 37) tenta demonstrar que mesmo quando as pessoas divergem sobre proposições abstratas, elas podem concordar ao descer o grau de abstração:

“Talvez os participantes do Direito não endossem tal teoria, ou talvez eles acreditem que não tem nenhuma, ou talvez eles não possam, em uma Corte plural, alcançar acordo numa teoria. Talvez eles achem disputas teóricas confusas ou irritantes. O que é crítico é que eles concordam a respeito de como um caso deve ser decidido.”⁵⁸ (SUNSTEIN, 1996, p. 37-38, tradução livre).

Ou seja, há uma miríade de casos em que se pode chegar a um consenso, sem que para tal seja também compartilhada a mesma teoria que embasa a decisão. Sunstein (1996, p. 38) afirma que esse raciocínio serve para as regras jurídicas que, na maioria das vezes, são incompletamente teorizadas. Como exemplo, o autor cita uma regra que prevê o limite de velocidade de 60 milhas por hora. Nesse caso, as pessoas podem concordar que tal regra faz sentido, mesmo sem se apegar a alguma teoria abstrata sobre a punibilidade criminal. Uma grande

⁵⁷ “Judges may believe, for example, that government cannot discriminate on the basis of race, without having a large-scale theory of equality, and also without agreeing whether government may enact affirmative action programs or segregate prisons when racial tensions are severe. Judges may think that government may not regulate speech unless it can show a clear and present danger—but disagree about whether this principle is founded in utilitarian or Kantian considerations, and disagree too about whether the principle allows government to regulate a particular speech by members of the Ku Klux Klan.” (SUNSTEIN, 1996, p. 36-37).

⁵⁸ “Perhaps the participants in law endorse no such theory, or perhaps they believe that they have none, or perhaps they cannot, on a multimember court, reach agreement on a theory. Perhaps they find theoretical disputes confusing or annoying. What is critical is that they agree on how a case must come out.” (SUNSTEIN, 1996, 37-38).

vantagem das regras, então, para Sunstein (1996, p. 38), seria que elas permitem às pessoas concordar sobre o significado, a autoridade e a solidez de uma decisão do governo, mesmo em face de desacordos sobre qual teoria lastreia tal decisão.

Sunstein (1996, p. 39) pensa que muitas das virtudes dos acordos não completamente teorizados têm a ver com os usos construtivos do silêncio (principalmente para o caso das Cortes, que têm pouca “*accountability*” e “*expertise*”), já que o silêncio sobre algo que pode se tornar excessivamente contencioso tem a qualidade de apaziguar e fazer com que se amadureça a questão.

Quanto às decisões das Cortes, os acordos não completamente teorizados têm a grande vantagem de permitir a convergência em questões em que há desacordos sobre os princípios gerais, promovendo estabilidade social e respeito mútuo entre as pessoas (SUNSTEIN, 1996, p. 39-40).

As decisões minimalistas devem ser estreitas ao invés de abrangentes. Além disso, juízes minimalistas tentam evitar questões de princípios básicos, no intuito de se permitir que pessoas que discordam finalmente convirjam (SUNSTEIN, 2001a, p. 11).

Os acordos não completamente teorizados podem ocorrer, então, inclusive, entre os próprios juízes numa Corte. Sunstein (2001a, p. 13) afirma que os juízes, mesmo que discordem sobre questões constitucionais, por meio de teorias filosóficas divergentes, podem chegar a um acordo sobre a decisão de determinado caso. Ele cita, por exemplo, que os juízes, independentemente do que pensam sobre o princípio da liberdade de expressão, podem concordar que o Estado não pode proibir pessoas de protestarem politicamente, a não ser que haja um perigo presente e claro. Ou também, independentemente da visão teórica adotada, pode-se concordar que o governo não deve segregar escolas com base no critério da raça nem excluir mulheres das profissões (SUNSTEIN, 2001a, p. 13).

Ademais, considerando que o respeito mútuo entre os cidadãos é tão importante, para Sunstein (1996, p. 40), os juízes não deveriam desafiar os profundos comprometimentos morais de um litigante, desde que eles sejam razoáveis e desde que não haja necessidade de fazê-lo. Sunstein (1996, p. 40)

pensa, então, por exemplo, que os juízes poderiam reafirmar *Roe v. Wade*⁵⁹ sem para tanto desafiar o julgamento de que o feto é um ser humano.

Sunstein (1996, p. 40) admite que nem sempre o desacordo sobre questões fundamentais é desrespeitoso. Pelo contrário, às vezes, segundo o autor, o desacordo pode até mesmo ser um ato de respeito e necessário, quando houver algum erro factual ou lógico ou quando um dos comprometimentos for contrário à dignidade da pessoa humana. Apesar disso, Sunstein (1996, p. 40) defende que muitos casos podem ser decididos de um modo não completamente teorizado.

Ademais, para Sunstein (1996, p. 41), se os juízes não se valem de teorias de larga escala, a parte perdedora da demanda judicial perde muito menos, haja vista que sua teoria não foi rejeitada e nem será forçado a renunciar a seus ideais maiores, podendo, inclusive, vencer em outra vez.

Outro ponto positivo dos acordos não completamente teorizados, de acordo com Sunstein (1996, p. 41), é que eles permitem uma maior evolução moral no tempo, ao deixar uma maior abertura para novos fatos e pontos de vista, enquanto visões completamente teorizadas apontariam para uma certa rigidez. Assim, se a Suprema Corte é chamada para, por exemplo, oferecer uma visão completamente teorizada sobre o direito à igualdade, uma boa solução seria dizer que sua obrigação é decidir os casos concretos e não teorizar, porque a sociedade deve aprender com o tempo e sua própria identidade pode mudar de maneira imprevisível (SUNSTEIN, 1996, p. 42).

Mais um argumento de Sunstein (1996, p. 42) a favor dos acordos não completamente teorizados é no sentido de que, para pessoas com tempo e capacidades limitadas, eles podem ser a melhor opção, ao contrário de incursões em questões teóricas complicadas. Ademais, para Sunstein (1996, p. 42), essa parece ser uma forma de maior respeito aos precedentes, pois a teorização tende a inovar mais na ordem jurídica.

Para Sunstein (2001a, p. 13), os acordos não completamente teorizados, de forma alguma, são dissociados de razões. O autor demonstra que há uma grande diferença entre recusar a dar um argumento ambicioso e recusar a dar qualquer

⁵⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153-55 (1973).

razão. Sunstein (2001a, p. 19) nota que, normalmente, uma decisão é minimalista em certas dimensões, e, não, no todo.

Sobre a adoção de teorias de larga escala pelas Cortes, Sunstein (1996, p. 45) adverte que, quando elas são invocadas para mudança social, há uma boa possibilidade de as Cortes falharem, já que lhes faltam ferramentas para implementação dessas mudanças. Apesar disso, Sunstein (1996, p. 45) reconhece que esse argumento não vale para os casos em que há um grande respaldo moral e jurídico para a decisão.

Os acordos não completamente teorizados seriam, inclusive, para Sunstein (1996, p. 44-46), uma forma de respeito ao Estado de Direito, pois se busca colocar limites à discricionariedade que pode ser alimentada por teorias altamente abstratas.

A ideia de acordos não completamente teorizados, segundo Sunstein (1996, p. 46) tem lastro na teoria do “*overlapping consensus*” de John Rawls, para o qual seria possível que pessoas com teorias muito diferentes entre si (kantianos e utilitaristas, por exemplo) pudessem concordar sobre um mesmo princípio político, embora partam de um ponto filosófico particular e distinto. Porém, segundo o próprio Sunstein (1996, p. 47), enquanto Rawls sustenta que quando há desacordo em casos particulares deve-se subir no grau de abstração da teoria, Sunstein defende o contrário, ou seja, que se deve descender. Ademais, a teoria de Rawls (ao contrário da de Sunstein) inclui altas abstrações sobre liberdade e igualdade (SUNSTEIN, 2001a, p. 250).

Sunstein (1996, p. 47) nota que uma solução jurídica para a questão do pluralismo é permitir que haja acordos entre os particulares para que seja possível a vida social e os acordos não completamente teorizados servem bem para isso.

Sunstein (1996, p. 51) explica que quando um juiz aceita um argumento não completamente teorizado, ele deve fundamentar o resultado em algum princípio de nível menos abstrato.

Quanto à legitimidade, de acordo com Sunstein (1996, p. 53), os acordos não completamente teorizados têm a vantagem de considerar que a aplicação do Direito é apenas uma parte de um complexo arranjo institucional em que as assembleias

democráticas têm papel proeminente, ao contrário de outras teorias como a de Dworkin que se concentram, principalmente, na atuação dos juízes.

Entretanto, Sunstein (1996, p. 54) pondera que a teoria é necessária para decidir vários casos. Assim, se um juiz se convence de que uma teoria é correta, não haveria empecilho para usá-la, já que as pretensões dos acordos não completamente teorizados são presuntivas e não conclusivas (SUNSTEIN, 1996, p. 54). Para Sunstein (1996, p. 56), bons exemplos de utilização de teorias abstratas pelos juízes poderiam ser encontrados em decisões baseadas na igualdade que impedem a discriminação com base em raça, sexo e orientação sexual:

“Exceto em situações não usuais e por múltiplas razões, teorias gerais são fundações improváveis para julgamentos de Direito, e precaução e humildade sobre teorias gerais são apropriados para as Cortes, pelo menos quando múltiplas teorias podem levar à mesma direção.”⁶⁰ (SUNSTEIN, 1996, p. 59, tradução livre)

Além disso, Sunstein (1996, p. 58) afirma que os desacordos também são importantes para a democracia e para a sociedade, considerando que podem revelar erros e mover a discussão para boas direções. Isso ocorre, por exemplo, quando as pretensões teóricas mais ambiciosas testam os princípios menos teoricamente elevados.

Ainda sobre os acordos não completamente teorizados, Sunstein (1996, p. 59-60) aduz que a visão de que a Corte norte-americana seria um fórum de princípios é “historicamente míope”, pois os momentos mais decisivos para os altos princípios foram tidos nos ramos políticos e não na Corte: Guerra Civil, *New Deal*, movimentos dos direitos civis e das mulheres. Para Sunstein (1996, p. 60), essa mesma afirmação vale para outros países como Inglaterra, França e Alemanha:

“As normas democráticas básicas - igualdade política, deliberação ampla e direitos de participação expansivos - são difíceis de serem transplantados para arenas judiciais. A questão que, portanto, deveria ser feita é se seria possível reverter essa formulação convencional, com a visão de que o alto princípio ocupa um papel apropriadamente largo nas arenas democráticas,

⁶⁰ “*Except in unusual situations and for multiple reasons, general theories are an unlikely foundation for judge-made law, and caution and humility about general theory are appropriate for courts, at least when multiple theories can lead in the same direction.*” (SUNSTEIN, 1996, p. 59)

e os princípios menos abstratos são os mais apropriados para a aplicação do Direito.”⁶¹ (SUNSTEIN, 1996, p. 60, tradução livre).

Sunstein (1996, p. 60) admite que os altos princípios normalmente não fazem parte da política ordinária, porém os princípios que marcam o Constitucionalismo norte-americano têm suas origens no desenvolvimento político e não jurídico. Ademais, as Cortes normalmente trabalham com princípios menos abstratos, segundo Sunstein (1996, p. 60), até mesmo quando interpretam a Constituição.

Para Sunstein (1996, p. 60) a falta de *pedigree* democrático por parte dos juízes corrobora para que eles relutem em oferecer posições altamente teorizadas e partam para acordos não completamente teorizados.

Porém, Sunstein (1996, p. 60) adverte há uma exceção a seu posicionamento antiteórico. Ou seja, ao menos uma teoria geral deveria ser aceita pelos participantes do Direito e da democracia: a sua própria sobre os acordos não completamente teorizados. Esta teoria, segundo Sunstein (1996, p. 60-61), não pode ser debatida por acordos não completamente teorizados, mas, sim, por teorias gerais.

2.1.2 Minimalismo e Democracia

De acordo com Sunstein (2001a, p. 24), existe uma conexão próxima entre minimalismo e democracia. Para o autor, a democracia pressupõe um compromisso com a igualdade política e também com o uso da razão pública, que deve ser incluída no processo de deliberação democrática.

Sunstein (2001a, p. 25) adverte que uma Corte que queira promover a democracia pode ser maximalista, ao defender entendimentos ambiciosos. No entanto, segundo ele, o minimalismo não é incompatível com o *judicial review*.

⁶¹ “The basic democratic norms—political equality, broad deliberation, expansive rights of participation—are hard to transplant into judicial arenas. The question might therefore be asked if it would be possible to reverse the conventional formulation, with the view that high principle plays an appropriately large role in the democratic arena, and that low-level principles are the more appropriate stuff of adjudication.” (SUNSTEIN, 1996, p. 60).

Para comprovar tal afirmação, Sunstein (2001a, p. 35) cita exemplos de casos que tiveram decisões minimalistas sobre a constitucionalidade das leis. Em *Kent v. Dulles*⁶² se discutia a constitucionalidade do ato do Secretário de Estado de negar um passaporte a alguém que, de longa data, acreditava no Comunismo. Nesse caso, a Corte, ao invés de dizer que a negação do passaporte violaria o princípio da liberdade de locomoção ou da liberdade de expressão, simplesmente decidiu que o Executivo só poderia restringir as viagens de comunistas com autorização expressa do Legislativo e a lei em questão não previa essa possibilidade. Em *Hampton v. Mow Sun Wong*⁶³, havia regulação da Comissão de Serviço Civil que proibia o acesso de estrangeiros a cargos do serviço civil. A Corte decidiu que tal regulamentação deveria ser feita por atores politicamente responsáveis e não por uma comissão burocrática.

Ou seja, em ambos os casos, a Corte julgou com base na ideia de que caberia aos órgãos politicamente responsáveis decidir sobre a questão principal. Assim, ele nota que, nesses casos, além de as decisões sobre grandes questões ficarem para depois, possibilitou-se uma convergência de opiniões (mesmo entre pessoas que discordam entre si). Dessa análise, Sunstein (2001a, p. 41) depreende que o minimalismo é enraizado numa concepção de liberdade em meio a pluralismo, uma concepção que é fundamental para a ideia de democracia.

Os juízes minimalistas reconhecem sua própria limitação cognitiva e motivacional (SUNSTEIN, 2001a, p. 47). Nesse contexto, Sunstein (2001a, p. 57) traça as circunstâncias em que o minimalismo se torna mais forte: (1) quando se está lidando com incertezas factuais e morais que mudam rapidamente; (2) quando qualquer solução parece provável a ser co-fundada por casos futuros; (3) quando a necessidade de planejamento não parece insistente; (4) quando as precondições para o autogoverno democrático não estão em jogo e os objetivos democráticos não são prováveis de serem promovidos por um julgamento vinculante.

Sunstein (2001a, p. 71) defende que, fora da área da democracia deliberativa, as Cortes devem desempenhar um papel modesto, já que elas podem cometer

⁶² 357 U.S 116(1958).

⁶³ 426 U.S. 88 (1976).

erros. Além disso, quando a democracia vai bem, há bem menos razões para intervenções no processo político.

2.1.3 Cortes Constitucionais e Agências Administrativas

Sunstein (2001a, p. 242) defende que as Cortes deveriam fazer com que as agências reguladoras exerçam um papel central na sua teoria da interpretação. Nesse passo, as agências administrativas melhor se encarregariam do papel das Cortes de interpretar o texto legal quando surgem novas aplicações ou quando há uma mudança nos fatos e nos valores. Segundo ele, haveria um melhor encaixe dessa abordagem com os fins, necessidades, valores e práticas atuais do governo moderno.

Desse modo, Sunstein (2001a, p. 242) pensa ter montado uma abordagem alternativa da interpretação jurídica, levando-se em conta os valores democráticos e também os princípios e interpretações das agências para suplementar o texto.

Assim, essa abordagem permitiria que as agências reguladoras adaptassem o texto a circunstâncias particulares, enquanto as Cortes suplementariam o papel das agências, ao utilizar cânones e pressuposições para fazer extrair sentido da lei e não o contrário (SUNSTEIN, 2001a, p. 242).

Para Sunstein (2001, p. 242), no plano da interpretação constitucional, isso se coadunaria com uma modéstia judicial, favorecendo os acordos não completamente teorizados. Haveria, então, segundo Sunstein (2001a, p. 242), um desejo ocasional de invocar a moralidade interna da democracia para se olhar ceticamente para leis que comprometem o processo político ou tentam impor o rótulo de cidadãos de segunda classe para membros de grupos sociais desfavorecidos.

2.1.4 Profundidade nas decisões judiciais

Sunstein (2001a, p. 245) nota que a teoria do minimalismo judicial encontra suas maiores críticas naqueles que acreditam que os julgamentos judiciais devem

ser feitos com profundidade teórica (e esses, segundo o mesmo, são normalmente os que acreditam que a Corte é um fórum de princípios).

Nesse contexto, para Sunstein (2001a, p. 245) alguns dos direitos mais preciosos da cultura norte-americana parecem ser provenientes não da modéstia, mas da ambição da Suprema Corte.

Por outro lado, segundo ele, poderia se argumentar que uma Corte que se apoia em acordos não completamente teorizados produziria inconsistência e injustiça. Por exemplo, quando os juízes consideram inaceitável a discriminação contra africano-americanos, mas, ao mesmo tempo, tolera discriminações contra homossexuais. Ou seja, pessoas que se encontram em situações parecidas poderiam ser tratadas de forma diferente e, portanto, injusta.

Sunstein (2001a, p. 245-246), então, aponta que esse tipo de argumentação a favor de maior profundidade no Direito tem sido utilizada por diversos filósofos, como Ronald Dworkin. Segundo a concepção de Direito como Integridade de Dworkin, o juiz exerce uma interpretação construtiva do direito, a partir do que ele considera a melhor resposta possível – “resposta correta” – para o caso em questão. Enfim, para Dworkin, se os juízes não estiverem preparados para responder com profundidade, não teria como eles avaliarem, inclusive, se realmente estariam dando a melhor resposta possível (SUNSTEIN, 2001a, p. 246).

Em sentido contrário, Sunstein (2001a, p. 247) afirma que as Cortes devem evitar a invalidação da legislação com base em pretensões filosóficas abstratas, porque, segundo o autor, elas seriam pouco hábeis para avaliar tais argumentos, além de que as consequências prováveis (sobre as quais os argumentos filosóficos tendem a não se referir) são importantes para o Direito.

Sunstein (2001a, 247) considera equivocada a visão de Dworkin sobre o papel da Suprema Corte (especificamente na democracia americana) de encontrar direitos baseando-se em argumentos filosóficos. Para Sunstein (2001a, p. 247), essa visão ignora as capacidades limitadas da Corte, assim como seu potencial de erro.

Nesse contexto, Sunstein (2001a, p. 248) aponta que há uma grande diferença entre ser cético e reconhecer limitações cognitivas ou motivacionais no

que se refere a determinadas pessoas em funções sociais distintas. O autor chega, inclusive, a afirmar que a antiteoria não faz sentido:

“Isso significa que como uma abstração ou como uma crença, a ‘antiteoria’ – atualmente popular em alguns círculos dentro e fora do direito – não faz sentido. Nós podemos acreditar que os juízes não são tão bem equipados para engajarem-se em tarefas teóricas ambiciosas, sem acreditar que a teoria política é ela mesma problemática ou sem uso. De fato, as defesas mais fortes do minimalismo judicial devem ser teóricas em essência.”⁶⁴ (SUNSTEIN, 2001a, p. 248, tradução livre).

No entanto, argumentando contra grandes ambições filosóficas no Direito, Sunstein (2001a, p. 248) lembra que os juízes podem causar estragos de consequências a longo termo. Ele cita, então, o caso *Dred Scott v. Sanford*⁶⁵, em que se decidiu por proteger o instituto da escravidão, e, também, o caso *Lochner v. New York*⁶⁶, no qual se derrubou a legislação sobre limites máximos à jornada de trabalho.

Assim, para Sunstein (2001a, p. 252), ao contrário do “*overlapping consensus*” de Rawls (como dito mais acima), deve-se buscar a possibilidade de acordo a partir da diminuição do grau de abstração, de modo que se devem evitar ascensões sempre que possível, especialmente quando se demanda que as Cortes invalidem leis com base na Constituição.

O autor reconhece que a análise das consequências factuais caberia, a princípio, a legisladores e a administradores e, não, às Cortes. No entanto, segundo ele, poder-se-ia alcançar mais progresso caso as decisões judiciais fossem tomadas considerando tais circunstâncias. Assim, a evidência empírica seria a fundação para os acordos não completamente teorizados (SUNSTEIN, 2001a, p. 255).

Como exemplo, Sunstein (2001a, p. 254-255) cita o caso das ações afirmativas. Ele considera as abstrações sobre igualdade importantes para esses

⁶⁴ “It follows that as an abstraction or as a creed, ‘anti-theory’ – currently popular in some circles inside and outside of law – makes no sense. We may believe that judges are not well equipped to engage in theoretically ambitious tasks, without also believing that political theory is itself problematic or useless. Indeed, the strongest defenses of judicial minimalism must themselves be theoretical in character.” (SUNSTEIN, 2001a, p. 248).

⁶⁵ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 425-27 (1857).

⁶⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

casos, mas as consequências fáticas também seriam. Assim, se a política de admissões (sem ações afirmativas) resultasse no fato de que poucos africano-americanos entrassem nas melhores faculdades de Direito, isso poderia fazer com que as pessoas contrárias às ações afirmativas reconsiderassem.

Sunstein (2001a, p. 256) frisa que os juízes não são treinados como filósofos e, teoricamente, têm seus argumentos (que são muitas vezes profundamente teorizados) considerados como finais. O autor lembra que há casos julgados pela Suprema Corte americana que comprovam uma utilização mal sucedida de argumentos filosóficos como em *Dred Scott v. Sanford*, *Lochner v. New York* (citados acima), *Richmond v. Croson*⁶⁷ – em que se proibiu ações afirmativas (SUNSTEIN, 2001a, p. 256). Porém, Sunstein (2001a, p. 256) considera o ocorrido nesses casos como exceções. Para ele, então, grande parte das decisões daquela Corte refletem uma compreensão sobre suas próprias limitações de conhecimento e de legitimidade, o que envolve um uso menos ambicioso de argumentos teorizados.

Sunstein (2001a, p. 257) também reconhece que há casos julgados pela Suprema Corte americana em que se pode dizer que a profundidade teórica argumentativa foi bem sucedida como em *Brown v. Board of Education*⁶⁸ e *United States v. Virginia*⁶⁹. De acordo com Sunstein (2001a, p. 258), quando se tratar da moralidade interna da democracia, ou seja, quando a Corte for chamada a invalidar leis que atentam contra a participação política ou contra os direitos de liberdade, ela deve ser menos relutante nas abstrações. Porém, para Sunstein (2001a, p. 258) uma sociedade plural se coaduna, principalmente, com uma modéstia teórica, especialmente quando as Cortes estão diante de casos de invalidação de legislação:

“há razões, tanto concretas como abstratas, tanto empíricas quanto teóricas, para pensar que os juízes numa democracia deliberativa fazem o melhor se eles (usualmente) evitarem as mais contenciosas abstrações quando eles podem, especialmente se eles são chamados a invalidar uma lei.”⁷⁰ (SUNSTEIN, 2001a, p. 258, tradução livre).

⁶⁷ *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

⁶⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁹ *United States v. Virginia* 518 U.S. 515 (1996).

⁷⁰ “there are reasons, both concrete and abstract, both empirical and theoretical, to think that judges in a deliberative democracy do best if they (usually) avoid the most contentious abstractions when they can, especially if they are asked to invalidate enacted law.” (SUNSTEIN, 2001a, p. 258).

2.1.5 Conclusões de Sunstein a favor do minimalismo

O minimalismo judicial, em sua forma procedimental, segundo Sunstein (2001a, p. 259), tenta diminuir a largura e a profundidade das decisões judiciais. Assim, considerando os desacordos presentes nas sociedades, o minimalismo pode ser visto como uma forma de mostrar respeito às pessoas que, mesmo com visões diferentes, podem chegar a um acordo sobre questões de direitos - nos chamados acordos não completamente teorizados (SUNSTEIN, 2001a, p. 259).

Além disso, o minimalismo mantém flexibilidade para o futuro, o que seria uma grande virtude para Sunstein (2001a, p. 259), especialmente quando os fatos e os valores estão em fluxo:

“Como um navegante em um mar não familiar – ou um governo tentando regular um mercado de trabalho variável – uma corte deve dar passos pequenos e reversíveis, permitindo a ela mesma acomodar desenvolvimentos inesperados” ⁷¹ (SUNSTEIN, 2001a, p. 259, tradução livre).

Outro ponto importante do minimalismo é que ele pode promover a democracia quando, por exemplo, a Corte derruba uma lei vaga, fazendo com que o Legislativo faça as discussões e os julgamentos e, portanto, não os deixem para os outros (SUNSTEIN, 2001a, p. 259).

Sunstein (2001a, p. 260) defende, também, alguns ideais substantivos que as Cortes minimalistas devem adotar em seu compromisso com a deliberação democrática e a igualdade política: por exemplo, o princípio da liberdade de expressão, que contribuiria para a construção de um ambiente mais fértil de expressão política. Outro princípio importante para Sunstein (2001a, p. 260) é a igualdade que, segundo ele, deveria ter mais força do que qualquer direito à privacidade. Esses dois princípios – o da liberdade de expressão e o da igualdade – deveriam ser entendidos de maneira particular pelas Cortes.

⁷¹ “*Like a sailor on an unfamiliar sea – or a government attempting to regulate a shifting labor market – a court make take small, reversible steps, allowing itself to accomodate unexpected developments.*” (SUNSTEIN, 2001a, p. 259).

Assim, quando houvesse controvérsias constitucionais em assuntos como ações afirmativas, direito de morrer, discriminação sexual, a Corte, segundo Sunstein (2001a, p. 261), deveria evitar fazer julgamentos largos, procedendo, então, de um jeito que complemente o processo democrático e não o desqualifique.

Em sua conclusão sobre o minimalismo judicial, Sunstein (2001a, p. 262) defende que há certas circunstâncias em que ele faz mais sentido: quando falta às Cortes a informação que justificaria determinada decisão; quando a necessidade de planejamento não é especialmente insistente; quando os custos da decisão para as últimas Cortes em uma abordagem minimalista não são altos; quando os julgamentos minimalistas não criam um risco sério de tratamento desigual.

Então, Sunstein (2001a, p. 262-263) percebe que o minimalismo seria mais adequado quando a Corte está diante de pluralismo razoável e fluxo moral, quando as circunstâncias estão mudando rapidamente ou quando a Corte não está certa de que uma decisão ampla faria sentido em casos futuros. E conclui o livro *“One Case at a Time”* com uma crítica contra a atuação maximalista do Judiciário:

“Quando uma democracia está em um estado de incerteza ética ou política, as cortes podem não ter a resposta melhor ou final. As respostas judiciais podem estar erradas. Elas podem ser contraproduativas mesmo quando estão corretas. Ocasionalmente, o melhor para as cortes é proceder de um jeito que é catalítico ao invés de preclusivo, e que se harmoniza com o fato de que as cortes são participantes em um sistema elaborado de deliberação democrática. O minimalismo não é sempre o melhor jeito de se proceder. Mas ele tem usos distintos no direito constitucional, onde os juízes, cientes de suas próprias limitações, sabem que às vezes a melhor decisão é deixar as coisas sem decidir.”⁷² (SUNSTEIN, 2001a, p. 263, tradução livre).

2.2 DWORKIN E O CULTO À TEORIA: O MAXIMALISMO JUDICIAL

⁷² *“When a democracy is in a state of ethical or political uncertainty, courts may not have the best or the final answers. Judicial answers may be wrong. They may be counterproductive even if they are right. On occasion courts do best by proceeding in a way that is catalytic rather than preclusive, and that is closely attuned to the fact that courts are participants in an elaborate system of democratic deliberation. Minimalism is not always the best way to proceed. But it has distinctive uses in constitutional law, where judges, well aware of their own limitations, know that sometimes the best decision is to leave things undecided.”* (SUNSTEIN, 2001a, p. 263).

Dworkin (2006, p. 50), deparando-se com a questão da aplicação da teoria no Direito, tenta encontrar qual seria o melhor jeito de argumentar sobre a certeza das pretensões jurídicas. Ele então aponta que haveria duas respostas para esse questionamento: uma chamada de prática e a outra de teórica.

Dworkin (2006, p. 50) explica, então, referindo-se à questão teórica, que a argumentação jurídica significa trazer um vasto conjunto de princípios jurídicos ou de moralidade política para problemas jurídicos em casos concretos. Segundo ele, não seria possível dar a resposta correta a um caso específico sem que se esteja pronto a pensar teoricamente sobre, por exemplo, a natureza do Direito, ou sobre a liberdade de expressão numa democracia.

Dworkin (2006, p. 50) afirma que, pela abordagem prática, a decisão judicial seria vista como uma ocasião política em que a única pergunta que deveria ser feita é como fazer as coisas melhor. Aqui, segundo o autor norte-americano, é preciso saber sobre as possíveis consequências de diferentes decisões, mas não seria necessária tanta filosofia política. Dworkin (2006, p. 51) considera essa versão completamente inapropriada ou “impraticável”.

Dworkin (2006, p. 51) utiliza-se da premissa teórica para atacar, especialmente, duas posições favoráveis à premissa antiteórica: a cética de Richard Posner e a de Cass R. Sunstein em defesa do minimalismo judicial e dos acordos não-completamente teorizados. Dworkin (2006, p. 51) lembra que esses autores usam sua teoria como exemplo para tentar provar a força dos argumentos antiteóricos. Desse modo, Dworkin fez o mesmo com os referidos autores. Ou seja, usou suas premissas como contraponto ao seu argumento, como se verá a seguir.

2.2.1 A premissa teórica

Dworkin (2006, p. 51-52) defende a existência de uma comunidade de princípios, da qual sempre se poderia destacar um princípio especial para oferecer, interpretativamente, a melhor justificação para determinada prática, no sentido de se encaixar naquela prática, colocando-a na sua melhor luz. Apesar de não negar que existem grandes desacordos teóricos, inclusive, sobre quais princípios seriam

componentes dessa comunidade, o filósofo estadunidense lança mão de uma ambiciosa teoria da interpretação jurídica.

No intuito de demonstrar seu argumento, ele supõe um caso em que as pessoas queimam a bandeira, surgindo depois o questionamento se haveria crime. Aqui, existiriam dois princípios pertinentes para Dworkin: o primeiro considera a liberdade de expressão como de importância instrumental para o funcionamento da democracia; o segundo considera a prática da liberdade de expressão como justificada pelo princípio da igualdade, que seria constitutivo da democracia, no sentido de que ninguém pode ser proibido de expressar sua opinião pelo fato de esta ser ofensiva. Dworkin (2006, p. 52-53) pondera que o primeiro princípio poderia ser usado para negar a queima da bandeira e o segundo para permiti-la.

Em casos como esse, Dworkin (2006, p. 53) aconselha que se faça uma ascensão justificatória, ou, em outras palavras, uma análise partindo do particular para o geral, abrangendo outras áreas da teoria do Direito, bem como a teoria constitucional. Com essa ascensão, busca-se verificar se há incompatibilidade entre esse princípio que está para ser endossado e algum outro.

2.2.2 A Escola de Chicago

Dworkin (2006, p. 58) considera as críticas antiteóricas da Escola de Chicago - cujos principais expoentes são Richard Posner e Cass Sunstein - como metafísicas, pragmáticas e profissionais.

Para a tese metafísica, é impossível encontrar respostas corretas para questões de moralidade, de modo que existe uma verdade distinta para cada indivíduo, não se podendo sustentar, então, uma abordagem teórica para a aplicação do Direito (DWORKIN, 2006, p. 59).

A tese pragmática de Richard Posner, segundo ele mesmo, é autônoma, ou seja, não se encaixa em nenhuma abordagem filosófica. Nesse passo, Dworkin (2006, p. 61) explica que, para os consequencialistas, nunca se está moralmente compelido a agir de um modo que produz resultados piores, enquanto que, para os deontologistas, às vezes sim.

Dworkin (2006, p. 62) lembra que, para um utilitarista, uma decisão judicial ou uma lei são positivos (bons) apenas se as pessoas, na média, estão melhores. Ou seja, essa teoria é tida por Posner como “*forward-looking*”, algo como “que tem em vista o futuro” ou “que se preocupa com as consequências porvindouras”. Dworkin (2006, p. 62) pensa que grande parte do Direito (especialmente o Direito Constitucional) norte-americano não pode ser justificado com base no utilitarismo, mas, sim, em princípios como a equidade e a justiça, que não são utilitários na essência.

Dworkin (2006, p. 64) ainda critica a ideia de Posner de que se deve aplicar “o que funciona” para se obter boas consequências pelas decisões jurídicas. Ele cita, então, o caso do aborto, em que se discutem profundas questões filosóficas como, por exemplo, se o feto já teria direitos nos dois primeiros trimestres de gravidez. Dworkin (2006, p. 64) questiona de que forma seria possível à tese de Posner ajudar, considerando que, para este, os juristas deveriam parar de se preocupar com tais questões e apenas pensar em qual solução funciona.

Aqui, Dworkin (2006, p. 64) imagina a tragédia que significaria para um grupo pró-vida a possível solução da teoria de Posner em adotar uma estratégia permissiva experimental para ver se a tensão social se dissipa. Para esse grupo, a comunidade mudaria para pior, considerando a insensibilidade instaurada (DWORKIN, 2006, p. 64). Assim, a conclusão deste ponto, para Dworkin (2006, p. 64-65), é que, no Direito e na moral, procurar “o que funciona” é não apenas inútil, mas, desinteligente.

A terceira linha de ataque, para Dworkin (2006, p. 65), é o chamado profissionalismo, ou seja, a ideia de que juristas não são filósofos. Ele cita o argumento de Sunstein para a abordagem não completamente teorizada, em que pessoas com diferentes posições teóricas podem chegar a resultados consensuais.

Dworkin (2006, p. 67) afirma que há casos em que Sunstein também pensaria não ser possível o acordo: quando, por exemplo, Dworkin foi convidado a fazer campanha contra leis que criminalizavam o fato de os neonazistas declararem que o holocausto nunca ocorreu. Porém, Dworkin (2006, p. 67) admite que, em circunstâncias normais da política e, inclusive nas decisões judiciais, o conselho de Sunstein é bom. Dworkin (2006, p. 67) também admite que pode ser melhor para a

maioria chegar a uma conclusão consensual mais superficial em certos casos, embora não veja incompatibilidade dessas ideias com a abordagem teórica.

Entretanto, Dworkin (2006, p. 67) nota que a abordagem de Sunstein difere do “*overlapping consensus*” de Rawls, já que para este cada parte do consenso faz uma escolha particular teórica, embora concordem no resultado. Para Sunstein, os juristas deveriam se superficiais inclusive em seus julgamentos particulares, de modo que se abstenham de fazer julgamentos abstratos sobre a teoria da moralidade política.

Por outro lado, para a teoria da integridade de Dworkin (2006, p. 68), o juiz Hércules deve expandir o seu escopo teórico o tanto quanto e sempre que necessário. Desse modo, percebe-se em Dworkin um apelo ao maximalismo judicial, justamente ao contrário do minimalismo de Sunstein.

Dworkin (2006, p. 67) não acha possível sequer começar a responder aos casos difíceis sem recorrer a argumentos teóricos. Ele afirma que Sunstein reconhece que o uso da analogia requer ascensão a princípios mais gerais. Porém, Sunstein diz que a analogia apela apenas para princípios intermediários e não aos princípios profundos que a integridade requer, o que não descaracterizaria sua visão em contraponto à visão que endossa a premissa teórica (DWORKIN, 2006, p. 69).

Por sua vez, Dworkin (2006, p. 69) acha terrível, tanto fenomenologicamente quanto logicamente, estipular-se *a priori* um nível máximo em que se pode chegar na reflexão jurídica. Para ele, os limites da reflexão são dados durante o próprio curso da demanda, de modo que não se pode aceitar uma fixação prévia sobre a profundidade da investigação filosófica, já que tal reflexão pode estar insatisfatória ou inconclusiva naquele ponto.

2.2.3 Conclusões de Dworkin a favor de maximalismo

Por fim, Dworkin (2006, p. 72) defende a abordagem teórica ressaltando uma forma de relativismo filosófico, para o qual a verdade em geral ou a verdade sobre a moralidade política é criada pelas nossas práticas, não existindo, portanto, uma

verdade sobre essas questões que seja independente de uma determinada língua ou cultura.

Desse modo, Dworkin (2006, p. 73) considera a postura anti-teórica como uma armadilha, porque, para ele, no fim das contas, Posner acaba defendendo uma das teorias mais absolutistas filosoficamente que é o consequencialismo utilitarista, enquanto a tese de Sunstein, com a abstinência judicial, produziria a paralisação de um processo essencial à democracia, ao invés de fomentá-la.

Modéstia, então, para Dworkin (2006, p. 73), não é virar as costas para essas questões teóricas difíceis a respeito de nossos papéis como pessoas, cidadãos, oficiais, mas, ao contrário enfrentá-las com energia e coragem conscientes de nossa falibilidade. Assim, conclui Dworkin a favor do maximalismo judicial:

“Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Somos divididos culturalmente, eticamente, politicamente e moralmente. Nós, no entanto, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que nós aspiremos também a princípios, pelos quais somos governados, que nos tratem como iguais. Nós devemos nos esforçar, o máximo que podemos, para não aplicar uma teoria da responsabilidade para companhias farmacêuticas e uma diferente para motoristas, não adotar uma teoria da liberdade de expressão quando estamos preocupados com pornografia e outra quando estamos preocupados com a queima da bandeira. Não podemos perseguir aquela ambição indispensável a não ser que nos encarreguemos, quando necessário, de ascender alto o suficiente nas nossas deliberações coletivas, incluindo deliberações aplicativas, para testar nosso progresso naquela direção. Nós devemos nos encarregarmos daquele dever soberano se nós pretendermos ter um Direito que não é apenas um instrumento para o sucesso econômico ou para a paz social, mas um emblema e um espelho para a igualdade pública que nos habilita a clamar comunidade.”⁷³(DWORKIN, 2006, p. 73-74, tradução livre).

⁷³ “*Every contemporary democracy is a divided nation, and our own democracy is particularly divided. We are divided culturally, ethnically, politically and morally. We nevertheless aspire to live together as equals, and it seems absolutely crucial to that ambition that we also aspire that the principles under which we are governed treat us as equals. We must strive, so far as we can, not to apply one theory of liability to pharmaceutical companies and a different one to motorists, not to embrace one theory of free speech when we are worried about pornography and another when we are worried about flag burning. We cannot pursue that indispensable ambition unless we undertake, when necessary, to ascend high enough in our collective deliberations, including our adjudicative deliberations, to test our progress in that direction. We must undertake that sovereign duty if we claim a rule of law that is not just an instrument for economic achievement and social peace, but an emblem and mirror of the equal public regard that entitles us to claim community.*” (DWORKIN, 2006, p. 73-74, grifo nosso).

2.3 SUNSTEIN v. DWORKIN: UM BALANÇO CRÍTICO

A presente seção visa discutir a premissa antiteórica que subjaz à tese de Sunstein (embora esta seja menos radical do que a de Posner), ambas em contraponto à premissa teórica de Dworkin. Veremos que é possível fazer severas críticas à chamada “antiteoria” de Sunstein que embasa o minimalismo judicial (como o próprio Dworkin fez). Entretanto, em que pesem as críticas, no último capítulo, argumentaremos que é possível encontrar um sentido em que o minimalismo tem um apelo democrático maior do que normalmente tem: quando as Cortes interpretam os limites de suas próprias competências. Assim, veremos em seguida a análise de Thomas Bustamante, para que, no capítulo 4, defendamos nossa hipótese enunciada.

Thomas Bustamante (2015b, p. 96) nota que, recentemente, uma das mais famosas teorias da interpretação jurídica é a chamada premissa antiteórica, que apresentaria duas versões: a forte e a fraca.

Bustamante (2015b, p. 96) explica que sua versão forte é defendida principalmente por Richard Posner, para o qual, as decisões jurídicas devem ter por base argumentos consequencialistas⁷⁴ (no sentido de sopesar as consequências políticas provenientes da decisão) e, não, teorias abstratas sobre moralidade, legitimidade e autoridade do Direito.

Segundo Posner (1998, p. 1638-1639), sua tese possui duas formas: a forte, para a qual a teoria moral não provê uma base sólida para julgamentos morais e, muito menos, para julgamentos jurídicos; a fraca, por sua vez, advoga que mesmo que a teoria moral pudesse fornecer uma base sólida para alguns julgamentos morais, ela não poderia ser usada para julgamentos jurídicos, já que, segundo o autor, os juízes não são bons com a teoria moral. Posner (1998, p. 1708) defende uma abordagem pragmática de resolução de conflitos constitucionais.

No intuito de defender sua posição antiteórica, Posner (1998, p. 1640-1641) afirma que: primeiramente, a moral é local e os princípios da cooperação social

⁷⁴ Vale mencionar que o próprio Dworkin (2006, p. 61) considera sua teoria como consequencialista, porém, no sentido específico de almejar que a estrutura do Direito e da comunidade sejam mais igualitários, além do fato de que cada argumento jurídico - que se dá de acordo com princípios - visa assegurar, em meio a possibilidades diversas, um determinado estado superior.

(“não matar”, “não mentir”, por exemplo) são muito abstratos para servirem como padrões de julgamento moral; segundo, muitos dos fenômenos chamados de morais podem ser resolvidos sem referência a categorias morais, já que o conteúdo dos códigos morais é local e muitos princípios que são tidos por universais são, na verdade, normas sociais cotidianas; terceiro, o moralismo acadêmico não é capaz de melhorar o comportamento humano, por várias razões (como, por exemplo, saber a coisa moral a fazer não serve como motivação para fazê-lo ou que há tanto desacordo entre os moralistas acadêmicos que é possível encontrar a racionalização para seu curso de conduta preferido); quarto, seria desastroso se uma moral universal fosse imposta à sociedade, já que, ao contrário, é preciso variedade moral.

Posner (1998, p. 1642) pensa que o moralismo acadêmico ainda não padeceu graças à necessidade religiosa das pessoas com relação a carreiras na filosofia moral e também por causa de pessoas que querem a Corte como formadora de políticas sociais.

Em resumo, Posner (1998, p. 1645) se identifica como seguidor de um “ceticismo moral pragmático”. Para o autor, o fato de acharmos que algo é reprovável porque desvia da nossa concepção moral não prova nada sobre a solidez dessa moralidade. Ademais, se a posição moral de uma pessoa é impenetrável por argumentos morais, não importa se o argumento é bom ou ruim (POSNER, 1998, 1644-1648).

Posner (1998, p. 1646) admite não ser completamente contrário à teoria e pensa que os exemplos mais bem sucedidos desta estão nas ciências naturais. Desse modo, para que seja bem sucedida, é preciso que a teoria tenha pressuposições refutáveis por dados observáveis, o que não seria o caso da teoria moral (POSNER, 1998, p. 1646).

Posner (1998, p. 1708) afirma que os juristas que defendem a expansão dos poderes do Judiciário rejeitam a ideia de que há um elemento discricionário (subjetivo) na aplicação da Constituição. Segundo o autor, a filosofia moral pretende subsidiar os juízes a agir em questões morais controvertidas, mas não pode ajudá-los. Para Posner (1998, p. 1709), as questões de ações públicas demonstravelmente erradas são raras, de modo que o ceticismo moral faz mais sentido. Assim, os juízes

deveriam procurar outra solução ou diminuir suas ambições de refazer a sociedade (POSNER, 1998, p. 1709).

Posner (2003, p. 49-50) defende a tese do “*Everyday Pragmatism*”, que teria o sentido de algo prático, desdenhoso da teoria abstrata, da pretensão intelectual e da teoria moral. Busca-se julgar considerando o que realmente funciona, ou seja, com base nas consequências concretas. O “*Everyday Pragmatism*”, adotado por Posner (2003, p. 55-59) considera o senso comum na resolução de questões.

Nesse contexto, Posner (2003, p. 59), apoiando-se nas lições de Holmes, aponta o que no pragmatismo jurídico, além do que já foi dito acima, envolvem-se considerações de consequências sistêmicas e não somente do caso específico, olha-se para frente e considera-se o empirismo.

Além dessa versão da premissa antiteórica sustentada por Posner, Bustamante (2015b, p. 96) aponta que a versão fraca é defendida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, para os quais, Posner estaria errado ao advogar que os juízes devem decidir sem qualquer postura teórica. Isso porque, mesmo ao julgar apenas com vistas nas consequências políticas, haveria a necessidade de se adotar uma teoria para avaliar quais consequências seriam desejáveis.

Sunstein e Vermeule (2003, p. 885), embora adotem uma postura menos radical do que a de Posner, consideram que as teorias contemporâneas da interpretação jurídica, normalmente atreladas a um alto grau de abstração, falham ao prover respostas para questões morais controversas.

Em contrapartida, Sunstein e Vermeule (2003, p. 886) buscam explorar dois elementos essenciais para a interpretação jurídica que são negligenciados pelos juristas. Primeiramente, as capacidades institucionais, em que se considera a pergunta sobre como as instituições (com suas limitações) devem interpretar determinados textos. Por exemplo, se os juízes podem decidir que a interpretação literal de determinada lei é absurda, seria mais plausível não se adotar o literalismo, ao passo que se os juízes são altamente falíveis na questão, o literalismo tem um apelo maior. Em segundo lugar, foca-se nos efeitos dinâmicos de determinada abordagem, ou seja, nas consequências advindas de determinada postura para o caso concreto.

Para Sunstein e Vermeule (2003, p. 886), as teorias contemporâneas sobre a interpretação jurídica (como a de Dworkin) tendem a considerar as capacidades dos juízes de maneira ideal, enquanto que a capacidade dos legisladores é vista como deficiente. Então, Sunstein e Vermeule (2003, p. 888) propõem que uma análise das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos façam parte de qualquer teoria da interpretação jurídica.

Nesse contexto, Sunstein e Vermeule (2003, p. 889) argumentam que uma defesa do formalismo - ou textualismo – não deve levar em conta pretensões controversas sobre a Constituição nem pretensões implausíveis sobre significado, mas, sim, deve considerar que essa abordagem realista sobre as instituições pode levar a um sistema jurídico mais sensato.

Para os referidos autores, apesar de a Teoria Constitucional ter se sofisticado ao longo dos anos, de modo a abordar melhor a questão institucional como a distribuição da autoridade entre as Cortes e o Legislativo na produção do Direito, ainda tem faltado uma análise institucional na teoria da interpretação constitucional pelos juízes (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 889).

Ademais, Sunstein e Vermeule aduzem que quanto aos acordos não completamente teorizados⁷⁵, as pessoas poderiam alcançar as mesmas respostas com base em teorias diferentes. Nesse caso, os desacordos teóricos seriam irrelevantes para se chegar à determinada decisão. Assim, apesar de se considerar a importância de teorias normativas para a solução de questões, elas não permitem, por si só, que se escolha dentre diferentes interpretações e, portanto, os juristas não deveriam gastar tempo com elas (BUSTAMANTE, 2015b, p. 96).

⁷⁵ Sunstein (2001b, p. 9) explica que os acordos não completamente teorizados são: “*a process by which people agree on practices, or outcomes, despite disagreement or uncertainty about fundamental issues. Incompletely theorized agreements have a central role in constitution-making and constitutional interpretation; they are also a key part of democracy’s constitution.*” O autor segue afirmando que os acordos não completamente teorizados às vezes envolvem abstrações, em meio aos severos desacordos em casos particulares. Assim, Sunstein (2001b, p. 50) nota que pessoas que discordam sobre discurso de ódio e incitação à violência podem aceitar um princípio geral de liberdade de expressão, da mesma forma que aqueles que discutem sobre homossexualidade e igualdade sexual podem aceitar um princípio abstrato de antidiscriminação. Por outro lado, ele lembra que os acordos não completamente teorizados podem envolver resultados concretos ao invés de abstrações, caso as pessoas concordem que certa prática é constitucional ou não mesmo quando as teorias que embasam seus posicionamentos diverjam.

Thomas Bustamante (2015b, p. 96) considera as duas versões da premissa antiteórica (a forte de Posner e a fraca de Sunstein e Vermeule) equivocadas, porque, segundo ele, partem de uma falácia. O teórico brasileiro contra-ataca tal premissa, partindo do argumento de Dworkin, no sentido de que nenhuma decisão prática sobre a interpretação do Direito pode ser justificada sem que haja uma teoria normativa que aponte para a decisão tomada. De acordo com esse raciocínio, o ceticismo de Posner sobre a teoria moral seria baseado em um argumento moral tão teórico quanto qualquer outra forma de filosofia moral⁷⁶. Da mesma forma, a defesa de Sunstein e Vermeule dos acordos não completamente teorizados não faria melhor, apesar de Bustamante (2015b, p. 96) reconhecer a força do argumento de que toda teoria sobre a interpretação jurídica deve levar em conta as evidências empíricas. Ou seja, haveria uma contradição performativa ao se afirmar que não se deve adotar visões teóricas, sendo que, para fazer essa afirmação, seria necessário partir de um ponto de vista tão teórico quanto o que está sendo criticado.

Para Bustamante (2015b, p. 97), uma das teses de Posner afirma que nenhuma teoria moral sobre o Direito pode jamais estabelecer uma base sólida para julgamentos morais, já que, de acordo com esse pensamento, a moral não pode ser universal (ou seja, é local) e os poucos princípios gerais são muitos abstratos para servirem como padrões de decisão. Segundo Posner, a teoria moral não seria composta por princípios autoevidentes nem por verdades morais, além de não ser capaz de melhorar o comportamento moral, já que as normas morais seriam muito

⁷⁶ Emílio Meyer (2012, p. 175) explica o movimento do *Critical Legal Studies* como surgido “no início da década de 1980 e em parte representado pelo professor brasileiro de Harvard Roberto Mangabeira Unger; de uma maneira bastante grosseira, o CLS tende a ver o sistema de direitos não como um sistema em verdade, seguindo as leis uma racionalidade meramente instrumental e sendo as mesmas apenas os resultados de jogos do poder político.” Assim, seria possível verificar uma similaridade entre o *Critical Legal Studies* e a posição de Posner, de modo que ambas apresentam uma forma de interpretação explicativa, ou nas palavras de Meyer (2012, p. 175), uma interpretação “sobre as razões que levam grupos políticos e econômicos a dominar o modo como o direito é produzido pelos juízes”, de maneira que essa interpretação, para Dworkin (2011, p. 144) e Meyer (2012, p. 175), “não seria incompatível com a interpretação colaborativa que procura retratar o direito como parte de um conjunto coerente de princípios”. Destarte, de acordo com o próprio Dworkin (2011, p. 144): “Pelo contrário, as duas empreitadas devem ser pensadas como complementares: procurando melhorar o direito tanto por desmistificar as origens da doutrina quanto por colocar a doutrina na melhor luz de interpretação para fins melhores. Não há conflito em encontrar as causas da legislação na ganância e interpretar essa legislação para frustrar essa ganância;” (DWORKIN, 2011, p. 144, tradução livre). “*On the contrary, the two enterprises might well be thought complementary: aiming to improve law both by demystifying the origins of doctrine and then bending doctrine through enlightened interpretation to better ends. There is no conflict in finding the causes of legislation in greed and interpreting that legislation so as to thwart greed;*” (DWORKIN, 2011, p. 144).

fracas para se sobrepor aos interesses pessoais e às intuições morais (BUSTAMANTE, 2015b, p. 97).

Bustamante (2015b, p. 97) ainda nota que a segunda tese de Posner – referente à argumentação jurídica – postula que mesmo que a teoria moral pudesse servir como base para julgamentos morais, ela não deveria ser usada como base para julgamentos jurídicos.

Bustamante (2015b, p. 98) aponta, então, que, para Posner, os juízes deveriam parar de fazer julgamentos morais e adotar uma abordagem pragmática da aplicação jurídica com base nas suas consequências sociais, no que Posner chama de “*everyday pragmatism*”.

Por outro lado, a premissa antiteórica de Vermeule, segundo Bustamante (2015b, p. 98), advoga que nenhuma teoria interpretativa pode ser defendida sem uma pesquisa empírica sobre as capacidades interpretativas das instituições jurídicas e sobre os efeitos da distribuição do processo decisivo entre as instituições.

Nesse contexto, Bustamante (2015b, p. 99) afirma que uma das pretensões da teoria de Vermeule se coaduna com a defesa dos acordos não completamente teorizados de Sunstein, em que, diante de desacordos sobre os princípios morais abstratos, deve-se descer a um grau menor de abstração para se alcançar um consenso sobre as consequências concretas.

Bustamante (2015b, p. 100) nota que, para Vermeule, os juízes deveriam adotar uma postura formalista de interpretação jurídica, apenas explicitando o significado claro e específico do texto legal (quando há clareza e especificidade), de modo a deixar a decisão para o Legislativo, quando faltar significados claros e precisos ao texto.

Sunstein e Vermeule (2003, p. 921) aduzem que a defesa do formalismo não deve se basear numa dedução de princípios da Constituição ou da essência do Direito, mas na melhoria do sistema jurídico, sendo que essa melhoria deve ser entendida com referência a bens sociais.

Desse modo, fica clara a defesa de uma posição consequencialista, já que, segundo Sunstein e Vermeule (2003, p. 922), a maneira correta de se opor ao

formalismo, seria demonstrar que o antiformalismo produz melhores consequências para o Direito.

Sunstein e Vermeule (2003, p. 922) apontam que, a depender da performance interpretativa dos juízes e dos efeitos sistêmicos da interpretação judicial sobre outros atores, pode-se identificar quando o formalismo possui um apelo maior. Se a atuação judicial é fraca, o formalismo ganha mais respaldo. Além disso, outras fontes alternativas de interpretação devem ser mensuradas como a história legislativa, cânones de construção e limites do conhecimento judicial.

Sunstein e Vermeule (2003, p. 925) defendem que a discussão sobre o formalismo depende da estrutura do sistema legiferante, bem como das competências institucionais e de questões empíricas. Desse modo, por exemplo, enquanto a Inglaterra conta com um Legislativo ativo e profissionalizado e um Judiciário formalista, os Estados Unidos se diferem nas duas frentes. Porém, os autores afirmam que isso não significa que as Cortes americanas devam adotar uma postura antiformalista, já que a adoção do formalismo pela Corte americana pode induzir o Legislativo a agir de maneira mais ativa (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 925).

Por fim, os autores aduzem que as teorias contemporâneas sobre a interpretação jurídica partem da pergunta a respeito de “como juízes perfeitos devem interpretar”, quando, na verdade, deveria ser “como juízes falíveis devem proceder, considerando sua falibilidade e sua posição num sistema jurídico complexo” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949).

Bustamante (2015b, p. 100) considera que o principal argumento subjacente ao raciocínio de Vermeule é no sentido de que, empiricamente, o Legislativo tem uma superioridade epistêmica (numerosidade, diversidade e competência média) sobre as Cortes. Logo, isso recomendaria aos juízes interpretarem a Constituição com o menor grau de abstração possível, ao contrário do que defende Dworkin sobre a leitura moral da Constituição (BUSTAMANTE, 2015b, p. 100-101).

Ademais, para Vermeule, o fato de o Legislativo ser mais representativo do que as Cortes indicaria para uma maior produção de conhecimento, considerando o maior distanciamento dos juízes quanto às condições locais, julgamentos sociais e preferências (BUSTAMANTE, 2015b, p. 101).

2.3.1 A antiteoria como uma falácia

Thomas Bustamante (2015b, p. 102) considera as premissas antiteóricas de Posner e de Sunstein e Vermeule como falácias. Quanto a Posner, Bustamante (2015b, p. 102) indica que o próprio Vermeule constata que falta uma teoria para apurar quais são as melhores consequências de uma decisão. Em outras palavras, Posner defende que uma interpretação pragmática seja a melhor escolha para produzir boas consequências, mas não adentra na questão sobre o que seriam, de fato, boas consequências: “ele encoraja esforços que olham para frente na busca de um futuro que declina a descrever”⁷⁷ (DWORKIN, 2006, p. 91 *apud* BUSTAMANTE, 2015b, p. 102, tradução livre).

Bustamante (2015b, p. 102) cita Dworkin para demonstrar que Posner vê sua própria teoria como alheia a qualquer tese filosófica, mas acaba defendendo uma das mais ambiciosas teorias filosóficas já inventadas. Assim, Bustamante (2015b, p. 102) afirma que a defesa de Posner é tão teórica quanto as teorias morais substantivas que ele ataca.

Então, quando Posner afirma que os juízes devem se abster de fazer formulações filosóficas, ele incorre no que Bustamante (2015b, p. 103) chama de falácia antiteórica, considerando que os juízes devem apelar para princípios morais e políticos para decidir quais, dentre as consequências imaginadas, são melhores do que as outras. Por isso, Bustamante aduz que Posner incorre numa contradição performativa, já que Posner ataca uma visão por ser teórica, mas parte de um ponto de vista tão teórico quanto o que está sendo atacado.

Bustamante (2015b, p. 103) considera que a versão mais fraca da premissa antiteórica, defendida por Sunstein e Vermeule, incorre na falácia de Posner, apesar dos esforços para tentar superá-la com o argumento de que os meta-intérpretes podem suportar suas posições teóricas ao substituí-las por acordos não completamente teorizados.

Bustamante (2015b, p. 104) explica que Vermeule falha ao afirmar que os desacordos meta-interpretativos podem ser resolvidos com base em uma teoria

⁷⁷ “it encourages forward-looking efforts in search of a future it declines to describe” (DWORKIN, 2006, p. 91 *apud* BUSTAMANTE, 2015, p. 102).

valorativa implícita. Isso porque, segundo Bustamante (2015b, p. 104), esse ceticismo no papel de teorias da argumentação jurídica é também uma posição teórica que tem que se basear em argumentos normativos, ao invés de se fundamentar apenas em constatações empíricas.

Em outras palavras, Bustamante (2015b, p. 104) adverte que Vermeule (para defender sua posição) precisa se apoiar em algum argumento moral ou político a fim de estabelecer o valor dos acordos não completamente teorizados:

“Para proporcionar uma base sólida para sua visão em debates meta-interpretativos, Vermeule não pode evitar uma teoria elevada sobre direitos, governo, constitucionalismo, democracia, o valor da legalidade, o Estado de Direito, ou a natureza do Direito e da argumentação jurídica. Sua própria teoria interpretativa deve se embasar numa teoria normativa do mesmo tipo daquelas que ele pensa que deveriam ser abandonadas porque elas são alegadamente inaptas para escolher uma estratégia interpretativa.”⁷⁸ (BUSTAMANTE, 2015b, p. 105, tradução livre).

Por isso, Bustamante (2015b, p. 105) considera a premissa antiteórica de Vermeule como algo que derrota a si mesma, ou, dito de outro modo, como uma vítima da falácia antiteórica.

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Mesmo diante de tantas críticas vistas acima, parece-nos que os acordos não completamente teorizados podem ser justificados apenas por um argumento normativo: em certas circunstâncias especiais, eles podem se mostrar bons e democráticos.

Uma das hipóteses que se pretende sustentar neste trabalho é que quando uma Corte Constitucional interpreta regras que definem sua própria competência, os

⁷⁸ “To provide a solid basis for his view on meta-interpretive debates, Vermeule cannot avoid a high-level theory about rights, government, constitutionalism, democracy, the value of legality, the rule of law, or the nature of law and legal reasoning. His own interpretive theory must be grounded on a normative theory of the same kind as those that he thinks should be bracketed because they are allegedly inapt for choosing an interpretive strategy.” (BUSTAMANTE, 2015b, p. 105).

acordos não completamente teorizados têm um apelo moral e democrático maior e, portanto, podem ser justificados.

Nesses casos, então, o minimalismo seria a melhor opção, considerando-se que o maximalismo poderia servir para encorajar a Corte a aumentar seus próprios poderes, sem que haja previsão constitucional expressa para tanto.

Essa ideia será trabalhada com mais profundidade no capítulo 4. Para tanto, considerando que o caso brasileiro servirá como base de análise da referida hipótese, partir-se-á, no próximo capítulo (3), para o exame da expansão do controle de constitucionalidade no Brasil. Verificaremos, após um resgate histórico, casos em que o Supremo Tribunal Federal aumenta suas próprias competências valendo-se de teses das mais abstratas. Nesses casos, como se discutirá no último capítulo deste trabalho, a Corte tem sua autoridade, no mínimo, enfraquecida.

CAPÍTULO 3 - A EXPANSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Neste capítulo, dentre as possibilidades de exercício da jurisdição constitucional apresentadas nos capítulos anteriores, pretende-se analisar como uma Corte Constitucional deve atuar (de maneira maximalista ou minimalista) diante de casos em que deva interpretar sua própria competência. Para tanto, será usado o exemplo do caso brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de diferentes teses, ampliou suas competências no controle de constitucionalidade, reduzindo, conseqüentemente, as atribuições do Legislativo.

Antes de chegarmos a esse ponto, porém, far-se-á um breve resgate sobre a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil a fim de que se possa averiguar melhor o momento atual da jurisdição constitucional brasileira e especialmente em que contexto se insere a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88, a ser analisada especialmente no capítulo 4. Por aqui, tem-se um caso estritamente peculiar, haja vista que a Corte – principalmente sob a influência de Gilmar Mendes - vem aumentando suas competências no controle de constitucionalidade por interpretações próprias, dentre outras várias particularidades que serão vistas a seguir.

3.2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.2.1 De 1500 a 1824

Durante o tempo em que o Brasil era colônia de Portugal (especificamente até 1808), aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 279-280) que, com a vigência das Ordenações Filipinas e Manuelinas, as causas cíveis e penais eram julgadas por juízes dos tribunais das capitanias. Assim, caso houvesse apelação, a questão seria decidida pelos Tribunais de Relação - de Pernambuco, do Maranhão, da Bahia ou do Rio de Janeiro. Em casos excepcionais, a questão seria decidida pelo Superior Tribunal de Justiça de Lisboa.

Cruz (2014, p. 280) continua explicando que, apenas com a chegada da família real portuguesa no Brasil em 1808, é que se trouxe, através de um Alvará, a Casa de Suplicação – uma espécie de Superior Tribunal de Justiça -, como único tribunal incumbido de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Tal situação permaneceu inalterada (exceto pelo nome, que passou a ser Supremo Tribunal de Justiça), mesmo com a Carta Imperial de 1824, já que esta recepcionou a legislação anterior.

3.2.2 A “Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824”

Pela Constituição de 1824 - de cunho liberal (FERNANDES, 2014, p. 252) - a Separação de Poderes tinha uma dimensão única, já que cabia ao Poder Moderador (o, então, guardião da Constituição⁷⁹), exercido pelo Imperador⁸⁰, “assegurar a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes” (MENDES, 2014, p. 54). Neste ponto, há quem afirme que as raízes para um controle de constitucionalidade das leis residiriam no Poder Moderador, já que a única forma de se controlar externamente os atos do Legislativo seria por este poder exercido pelo Imperador (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.101, 102).

Naquele tempo, o controle de constitucionalidade das leis não era algo que se enquadrasse nas prerrogativas da Corte, até porque a Constituição de 1824 tinha inspiração nos ideais da Revolução Francesa de 1789 (CRUZ, 2014, p. 281). Porém, mesmo com competências reduzidas, em 1864, o Supremo Tribunal de Justiça se

⁷⁹ Maria Fernanda Salcedo Repolês ressalta a dificuldade de se justificar moralmente a autoridade do Poder Moderador como guardião da Constituição: “A teoria de Braz Florentino evidencia um paradoxo tipicamente moderno, a unidade da Nação tem que se sustentar na legitimação da *auctoritas* do Poder Moderador unguído, o que torna frágil a sustentação desse poder no contexto do Estado de Direito, no qual o poder comunicativo não mais se encontra no sagrado, como acontece na pré-modernidade. Na Modernidade, a centralização do poder administrativo corresponde à descentralização do poder comunicativo e à abertura dos canais de produção de decisões na esfera política.” (REPOLÊS, 2008, p. 54-55). Assim, ela explica como deveria ser a tarefa do legítimo guardião da Constituição, segundo a mesma: “Ser guardião da Constituição é garantir a inclusão por via da argumentação judicial, capaz de fazer com que a decisão não seja do Ministro tal ou qual, mas com que a sociedade se reconheça na decisão, a ponto de densificar a mencionada soberania, mesmo que sempre temporariamente e para o caso concreto.” (REPOLÊS, 2008, p. 101)

⁸⁰ O Poder Executivo também era exercido pelo Imperador. “Para Constant, o Poder Moderador deveria ser um poder neutro, que agisse sempre de forma imparcial, para manter o equilíbrio e a concórdia dentre os demais poderes, e garantir o respeito aos direitos individuais. Isto não seria possível se esse poder neutro fosse atribuído ao titular de qualquer dos outros poderes ditos ativos.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.101)

recusou a cumprir atos de aposentadoria compulsória de magistrados, por considerá-los inconstitucionais (CRUZ, 2014, p. 281-282).

No entanto, só se pode falar, verdadeiramente, em controle de constitucionalidade no Brasil, com a Proclamação da República em 1889. O controle difuso nasceu, por aqui, em 1890, com inspiração no Direito estadunidense, apesar de a criação ter se dado de formas diferentes nos dois países.

Nota-se, assim, que o controle de constitucionalidade foi criado, no Brasil, em 1890, através de uma positivação do Legislador, diferente do que ocorreu nos Estados Unidos, em que a própria Suprema Corte infirmou sua posição de defensora da Constituição no caso *Marbury Vs. Madison*⁸¹, em 1803 (CRUZ, 2014, p. 286-287).

O Supremo Tribunal Federal foi criado pelo Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890 (a chamada Constituição Provisória). Ao STF, composto por quinze juízes, cabia dentre outras atribuições, segundo o artigo 58, III, “rever os processos findos, nos termos do art. 78⁸²”, quando a validade de lei em face da Constituição tenha sido posta em questão.

Ou seja, por este dispositivo já se podia visualizar uma atribuição, mesmo que ainda tímida, de controle de constitucionalidade difuso⁸³ das leis pelo Judiciário. Em seguida, pelo Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, competia ao tribunal, além de outras atribuições, decidir recurso contra sentenças proferidas por outros tribunais ou juízes quando a decisão tenha sido favorável à validade da lei ou ato em face da Constituição e também quando uma decisão tenha sido contrária a direito proveniente de interpretação de preceito constitucional⁸⁴.

⁸¹ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

⁸² “b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.” (Brasil. Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890.) O artigo 78 do referido Decreto dispunha: “Os processos findos, em materia crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em beneficio dos condemnados, pelo Supremo Tribunal Federal, para se reformar ou confirmar a sentença.”

⁸³ “O Decreto 848, de 11-10-1890, estabeleceu, no seu artigo 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes, [...] de leis estaduais e federais” (MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 1034)

⁸⁴ Segundo o artigo 9º: “Paragraphe unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

3.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

A consolidação definitiva do controle de constitucionalidade se deu posteriormente, com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891⁸⁵.

Como aponta Gilmar Mendes (2014, p. 55), naquela época não se cogitou criar uma ação direta (nos moldes do controle concentrado), pois havia o receio de que surgissem conflitos entre os poderes. Nesse sentido, Ruy Barbosa, com inspiração na doutrina norte-americana do *judicial review* (modelo difuso) pontuou:

“A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam. Nem preparadora, nem revisora, também pode ser. ‘Nunca devem os juizes pronun-ciar-se acerca de uma lei’, dizia MADISON, ‘senão quando sobre ella se demandar perante elles. They ought never to give their opinions on a laxo, until it comes before them’. E’ um poder de hermeneutica, e não um poder de legislação. Assegura a estabilidade dos princípios constitucionaes, simplesmente ‘pelo julgamento de casos concretos’, não mediante acção espontanea do juiz, officii niunere, mas á reclamação das partes interessadas. Dahi o dizer um admiravel escriptor politico que o federalismo substituiu a lueta legis-lativa pela lueta judiciaria: ‘Federalism substi-tutes litigation for legislation.’” (BARBOSA, 1893, p.103).

Além disso, quanto à composição da Corte, fato interessante a ser destacado, por apresentar uma perspectiva epistemológica diferente, foi em 1893 e 1894, quando o presidente Marechal Floriano Peixoto (indignado com a concessão de *habeas corpus* pelo STF a seus opositores políticos) nomeou três ministros

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”

⁸⁵ “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) 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. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891)

leigos em Direito ao STF⁸⁶ – o médico Barata Ribeiro, e os generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Éverton Quadros (CRUZ, 2014, p. 289).

Em 1894, tomando conhecimento da nomeação do médico Candido Barata Ribeiro, o Senado Federal acabou por recusá-la sob o argumento de que não bastava um “notável saber” para a ocupação do cargo de Ministro do STF. Era preciso, sim, um “notável saber jurídico”, a incluir conhecimentos sobre “a organização politica do paiz, legislação federal e estadual, tratados e convenções internacionaes, direito marítimo, direito criminal e civil, internacional e criminalogia política.” (ANAIS DO SENADO FEDERAL, Parecer acatado pelos Senadores, publicado em 24/09/1894⁸⁷).

⁸⁶ Nesse ponto, interessante notar que a nomeação de juizes leigos para o STF antecipa em mais de um século uma proposta que hoje nos Estados Unidos é defendida por Adrian Vermeule (2007, p. 1582) que aponta que haveria uma melhora epistemológica significativa se alguns juizes leigos (não-juristas) – o autor não indica quantos – ocupassem as Cortes Constitucionais. Isso porque, segundo o mesmo (2007, p. 1583), o conhecimento específico de historiadores, economistas, médicos, cientistas militares, em casos sobre as matérias que eles dominam, apontaria para uma maior possibilidade de se alcançar respostas corretas sobre direitos. Vermeule (2007, p. 1583- 1584) cita casos em que a Suprema Corte Americana teve de lidar com conhecimentos específicos. Por exemplo, tiveram que decidir sobre: uma entre quatro taxas para serem aplicadas em casos de falência; o que seria considerada uma enchente não natural, num conflito entre índios e governo; se mulheres deveriam servir ao exército. Por outro lado, até mesmo para casos em que não se demandaria conhecimento especializado, os juizes leigos teriam as mesmas chances de chegarem a uma resposta correta sobre direitos, considerando os valores gerais sociais em questão.

⁸⁷ “PUBLICAÇÃO FEITA EM VIRTUDE DE RESOLUÇÃO DO SENADO, EM SESSÃO SECRETA DE 24 DE SETEMBRO DE 1894.

Parecer

À Comissão de Justiça e Legislação à qual, por força do art. 159 do regimento, foi enviada a mensagem do Presidente da República, de 10 do corrente mez, communicando ao Senado a nomeação feita em data de 23 de outubro do anno passado, do Dr. Candido Barata Ribeiro para Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Considerando que nas attribuições do Supremo Tribunal Federal, envolvem-se funções da mais alta transcendencia, com relação a graves interesses da ordem política, civil e judiciaria, quaes as que constam do artigo 59 e 60 da Constituição Federal;

Considerando que para o completo e regular desempenho dessas funções é absolutamente necessario que os ministros que compõem aquelle tribunal notaveis por seu saber em quaesquer ramos de conhecimentos humanos, não menos o sejam nos diversos e vastos ramos de jurisprudencia que entendem como a organização politica do paiz, legislação federal e estadual, tratados e convenções internacionaes, direito marítimo, direito criminal e civil, internacional e criminalogia politica;

Considerando que esse alto conselho nacional, conservador da constituição, das leis, das garantias e direitos dos estados e dos individuos não poderá desempenhar sua grandiosa missão, si em pessoas menos aptas recahir a nomeação dos que a devem compor, sendo que, por isso exige a Constituição, art. 56, que os nomeados sejam pessoas de notável saber e reputação;

Considerando que esse requisito de notavel saber, exigido pela Constituição, refere-se principalmente à habilitação scientifica em alto gráo nas materias sobre que o tribunal tem de pronunciar-se, jus dicere, o que suppõe nos nomeados a inteira competencia e sabedoria que no conhecimento de direito devem ter os jurisconsultos;

Considerando que assim se entende nos paizes em que existe instituição semelhante ao nosso Supremo Tribunal Federal, v. gr. na Suissa. “On statua encore dans l'article 108 que tout citoyen

Tal crise gerada pelo entrelhecho entre Corte, Senado e Presidente pode ser atribuída, segundo Mendes (2014, p. 56), dentre outros fatores, à declaração de inconstitucionalidade do Código Penal da Marinha, incidentalmente, através de um *habeas corpus*⁸⁸ em 1893. Além disso, a Corte se deparou com outros casos em que teve de enfrentar o desafio contramajoritário:

“Mesmo o desafio do controle de constitucionalidade foi vencido pela Corte. O Supremo reconheceu a invalidade da Lei de 25.8.1892, da Bahia, que criara imposto estadual sobre mercadorias estrangeiras já tributadas pela União. Em 1896, reconheceu a inconstitucionalidade de diversos atos normativos. A despeito de sua timidez em relação às chamadas ‘questões políticas’ e de considerar ao máximo a hipótese de se abster no controle de constitucionalidade das leis, é possível afirmar que o instituto vingou por essas bandas” (CRUZ, 2014, p. 290-291).

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 114) chegam a afirmar que o STF, durante a República Velha (1889-1930), foi “em geral, bastante

suisse éligible au conseil national peut, aussi être nommé au tribunal fédéral, ne devrait pas nécessairement être composé de juristes, ce que sans doute n’arrivera jamais.” (J. Dubs, Le Droit public de la confederation Suisse. 2 partie, pag. 121.);

Considerando que mentiria a Constituição a seus fins si se pudesse entender que o sentido daquela expressão notavel saber, referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos independesse dos que dizem respeito à sciencia jurídica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciario. v. gr. de astronomicos, chimicos, architectos, etc. sem se inquerir da habilitação profissional em direito;

Considerando que, si combinados o citado art. 56 com o art. 72, §24 da Constituição poder-se-hia concluir pela legitimidade da nomeação para membro do Supremo Tribunal Federal de um indivíduo não diplomado por alguma das Faculdades de Direito da República, não se pôde, todavia, concluir sinão pela nomeação de pessoa de notavel saber juridico, e não de quem nunca gozou dessa reputação nem ha revelado sequer mediocre instrucção em jurisprudencia;

Considerando que o nomeado de que se trata nunca se distinguiu como jurisconsulto, e conforme a Constituição para ser ministro do Supremo Tribunal, nem bastaria mesmo e somente ser jurisconsulto, mas fôra ainda necessario ser notavel por seu saber nas materias sobre que versam as funções do Tribunal;

Considerando que, em vez disso, o nomeado, no exercício de importante cargo administrativo em que anteriormente se achou, revelou não só ignorancia do direito, mas até uma grande falta de senso jurídico como é notorio e evidencia-se da discussão havida no Senado de diversos actos seus, praticados na qualidade de prefeito municipal desta cidade. e pelo Senado rejeitados;

É de parecer a comissão:

Que a nomeação do Dr. Cândido Barata Ribeiro para ministro do Supremo Tribunal Federal, não está no caso de ser aprovada.

Sala das comissões, 22 de setembro de 1894. – João Barbalho - . J. L. Coelho e Campos.” (ANAIS DO SENADO FEDERAL, Parecer acatado pelos senadores, publicado em 24/09/1894)

⁸⁸ Bernardo Fernandes (2014, p. 549-550) lembra que a Constituição de 1891, em seu artigo 72, §22, protegia estritamente o direito à liberdade de locomoção. No entanto, nos anos seguintes, por influência de Ruy Barbosa, pela chamada doutrina brasileira, o instrumento processual passou a tutelar quaisquer direitos que dependessem da liberdade de locomoção, “como, por exemplo, direitos políticos, de expressão, de reunião, de liberdade religiosa etc.” (FERNANDES, 2014, p.550) No entanto, em 1926, uma Emenda Constitucional restringiu o âmbito de aplicação do *Habeas Corpus* ao direito de ir e vir contra prisão ou constrangimento ilegal. (MENDES, 2014, p. 56)

dócil diante dos desmandos dos governistas de plantão”. Os autores citam a crítica de João Mangabeira ao Supremo, para o qual o órgão que mais falhou durante a República (de 1892 a 1937) foi o STF, segundo ele, justamente pela inércia ou conservadorismo exacerbado.

Além disso, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 293), o Supremo assumiu um papel conservador frente a movimentos operários, especialmente de cunho socialista, anarquista ou comunista. O autor nota que em 1917, o STF considerou constitucional a proibição pela polícia de um encontro de operários, sob o argumento de que o interesse coletivo limita as manifestações de liberdade, devendo a polícia intervir quando o encontro fosse criminoso e ameaçasse a ordem pública.

Assim, sobre a Constituição de 1891, concluem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 114):

“Num balanço geral, pode-se dizer que a Constituição de 1891 teve pouquíssima efetividade. Entre o país constitucional – liberal e democrático – e o país real – autoritário e oligárquico -, manteve-se sempre um abismo intransponível.”

3.2.4 O período de governo provisório entre 1930 e 1934

Em 1930, com o país em plena crise política⁸⁹, Getúlio Vargas assume o poder e derroga a Constituição de 1891, deixando o governo provisório na titularidade das funções executivas e legislativas até a Constituição de 1934, através do Decreto n.19.938 (FERNANDES, 2014, p. 259). Os atos do governo provisório estavam imunes à apreciação do Judiciário (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 115).

⁸⁹ “O estopim da Revolução de 1930 foi a sucessão do Presidente Washington Luís. Pela ‘política dos governadores’, seria a vez de Minas Gerais indicar o próximo Presidente, mas o acordo fora rompido por Washington Luís, que lançou o paulista Júlio Prestes como seu candidato. Em reação, Minas se une ao Rio Grande do Sul e à Paraíba formando a Aliança Liberal, e lançando a chapa integrada por Getúlio Vargas, como candidato à Presidência e João Pessoa à Vice-Presidência. A derrota dessa chapa, em eleição suspeita, e o clima gerado pelo assassinato de João Pessoa auxiliaram o desencadeamento da Revolução, ocorrida em 3 de outubro de 1930. Depois de alguns confrontos militares, a Revolução se sagra vitoriosa, e, em poucos dias, Getúlio Vargas assume o governo. Era o final do regime constitucional instaurado em 1891.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 114)

Em 1931, o número de juízes do STF diminuiu de quinze para onze, além de, a partir de então, o tribunal ser fracionado em duas turmas. Seis ministros do STF foram aposentados compulsoriamente (MENDES, 2014, p. 57).

Já em 1932, eclode a Revolução Constitucionalista, liderada pelo Estado de São Paulo, reivindicando-se um regime democrático com uma nova Constituição. Apesar de a União ter impedido o sucesso da revolução, como nota Bernardo Fernandes (2014, p. 259) acredita-se que houve um efeito moral que pressionou a feitura da Constituição de 1934. Fernandes (2014, p. 259) observa que a Constituição de 1934 quebra a continuidade do Constitucionalismo anterior de viés liberal e inaugura um Constitucionalismo Social no Brasil.

3.2.5 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Na Constituinte de 1934, como lembra Gilmar Mendes (2014, p. 58) pensou-se na hipótese de tornar automático o efeito *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade pela Corte, a partir da segunda decisão sobre a mesma lei. A proposta não foi aceita.

Gilmar Mendes (2014, p. 58) nota que se cogitou criar, nos debates dos parlamentares constituintes de 1934, uma Corte Constitucional, como no modelo concentrado austríaco de Kelsen. Por esse modelo, somente a Corte Suprema tem a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Ou seja, nenhum juiz ou tribunal inferior poderia discutir a constitucionalidade incidentalmente, mas deveria suspender o processo em questão e submetê-lo à Corte, o que significaria o fim do controle difuso. Porém, a proposta não vingou.

Ademais, no anteprojeto da Constituição, previa-se que a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais só poderia se dar por 2/3 dos seus membros, além de se valorizar a presunção em favor do Legislativo e dos atos de autoridade⁹⁰. (POLETTI, 2012, p. 21). Porém, na verdade:

⁹⁰ Segundo Emílio Meyer: “O ‘princípio da presunção de constitucionalidade’ das leis vigora no exercício do controle brasileiro há muito tempo. Lúcio Bittencourt já enfatizara a importância dada

“O fruto da Constituinte, a Carta de 1934, deixou de absorver muitas das linhas do anteprojeto que lhe fora submetido. Este era, na verdade, revolucionário. Como já foi dito, as influências da República Velha, as repercussões do movimento revolucionário paulista e a desconfiança pelos constituintes do Executivo fizeram-se valer.” (POLETTI, 2012, p. 33)

Com a Constituição de 1934, o controle de constitucionalidade sofreu mudanças significativas. Assim, acrescentou-se: o controle concentrado de constitucionalidade pela representação interventiva⁹¹; a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário⁹²; a cláusula da reserva de plenário, pela qual a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato do poder público só poderia ser declarada por maioria absoluta dos membros do tribunal; (FERNANDES, 2014, p. 261), (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 119)⁹³.

Quanto à participação do Senado no controle de constitucionalidade, nota-se que essa passou a ser a única forma de dotar as decisões da Corte Suprema de

pela doutrina americana ao respeito pelos atos produzidos pelos parlamentos democraticamente eleitos. Autores como Willoughby, Cooley e Black, entre outros, salientam que toda presunção deve ser em favor da constitucionalidade da norma, já que mesmo o Poder Legislativo, em controle prévio, dispõe de uma ‘boa vontade’ para fazer valer e cumprir a Constituição. Os juízes e tribunais deveriam sempre interpretar as leis de acordo com uma suposta intenção legislativa de produzir um diploma legal tendente a ser eficaz, e não que possa incorrer em inconstitucionalidade suscetível de causar-lhe inoperância e nulidade. Mas Bittencourt também alegara, numa posição de feição kelseniana, que a lei subsiste até a declaração em contrário pelo Poder Judiciário, não obstante discordar de que exista um ‘princípio da presunção de constitucionalidade’ – ‘[...] é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos.’” (MEYER, 2008, p. 52).

⁹¹ Há quem diga que, naquela época, a Representação Interventiva já seria uma Ação Direta de Inconstitucionalidade: “Outra importante inovação foi a obrigatoriedade de os Estados-Membros se constitucionalizarem com a observância de determinados princípios, sob pena de intervenção federal. Esta dependeria de o Procurador-Geral da República provocar o exame do Supremo sobre a constitucionalidade da lei violadora do pressuposto. Criava-se, assim, a ação direta de inconstitucionalidade.” (POLETTI, 2012, p. 39)

⁹² O Supremo Tribunal Federal passa a se chamar, desde então, de Corte Suprema.

⁹³ “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...]

Art 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...]

Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

(BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934)

eficácia *erga omnes*, já que, tradicionalmente, a eficácia era *inter partes*. Isso porque, como foi visto, o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, em 1890, teve inspiração no Direito norte-americano. Lá, como se trata de um país de tradição do *Common Law*, as decisões da Corte Suprema, por força do *stare decisis*⁹⁴, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade, possuem vinculatividade para todos os órgãos do Poder Judiciário, diferentemente do Brasil⁹⁵. Então, no Brasil, a decisão final sobre a eficácia pessoal da decisão de inconstitucionalidade pela Corte Suprema caberia ao Senado Federal (transformar a eficácia *inter partes* em *erga omnes*), e não ao Judiciário, como é nos Estados Unidos.

Quanto ao controle concentrado, nota Cruz (2014, p. 296-297) que não se tratava de uma forma de se resolver os conflitos federativos. Pelo contrário, centralizava-se o Estado brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal, e da homogeneização de princípios constitucionais sensíveis a serem observados pelos estados federativos.

3.2.6 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Em 1937, a Constituição de 1934 é revogada por ato do Presidente da República que institui, em novembro do referido ano, a Constituição de 1937 - chamada de Constituição Polaca pelo caráter autoritário, inspirada na Constituição de 1935 daquele país. A justificativa para tal ato foi a suposta existência de um plano comunista para tomada de poder. A Constituição dissolveu o Poder Legislativo,

⁹⁴ “Pelo princípio do *stare decisis* (ater-se ao decidido), a decisão da Suprema Corte, ainda que em um caso concreto, declara a inconstitucionalidade de uma lei que será dotada de efeito vinculante a todo o Poder Judiciário norte-americano. Embora esse princípio não tenha a força de outrora, ele continua prevalecente no sistema jurídico norte-americano do *Common Law*.” (FERNANDES, 2014, p. 1092)

⁹⁵ No Brasil, tem-se um caso estritamente peculiar, haja vista que se procurou juntar dois modelos de controle de constitucionalidade em um só. O controle difuso nasceu, por aqui, em 1890, com inspiração no Direito estadunidense (MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 1034). Já o controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade, cujo delineador é Hans Kelsen, tem suas raízes na Constituição austríaca de 1920 (FERNANDES, 2014, p. 1093). Nesse modelo, existe apenas um tribunal que exerce o *judicial review*, com eficácia *erga omnes* (FERNANDES, 2014, p. 1094). O modelo kelseniano foi implantado no Brasil, em outros moldes, em 1934, em coexistência com o controle difuso (FERNANDES, 2014, p. 1106).

cabendo ao Presidente da República editar decretos-leis sobre todas as matérias que fossem de competência da União⁹⁶ (FERNANDES, 2014, p. 262).

A Constituição era emendada pelas leis constitucionais, feitas exclusivamente pelo Executivo (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 128), considerando que a promessa de realização de plebiscito para a ratificação da Constituição de 1937, e posterior realização de eleições para os cargos do Legislativo nunca ocorreu (FERNANDES, 2014, p. 263).

Quanto ao controle de constitucionalidade, os atos praticados pelo governo em estado de emergência estavam imunes ao controle judicial, conforme o artigo 170 da Constituição⁹⁷ (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 127). Ademais, o instituto de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pela Corte não estava previsto nesta Constituição.

Na hipótese de uma lei ser declarada inconstitucional, o Presidente da República tinha a prerrogativa de enviá-la novamente ao Parlamento, que poderia optar pela permanência da disposição normativa, tornando inócua a deliberação de inconstitucionalidade, desde que o fizesse por dois terços dos membros das duas casas⁹⁸. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 125) Caso a lei fosse confirmada, ela ganharia status de Emenda Constitucional (MENDES, 2014, p. 61).

Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 61-62) justificou-se o instituto com base no caráter antidemocrático do *judicial review*, considerando este como um mecanismo aristocrático, reacionário e de manutenção de poder, sendo comparado, inclusive, com o Poder Moderador. Abaixo, seguem as críticas de Francisco Campos sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, naquela época. Em que pese sua

⁹⁶ “Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” Pode-se citar, por exemplo, como frutos da produção legislativa do Presidente, no Estado Novo, o Código Penal (1940) e Código de Processo Penal (1941), ambos em vigor até os dias de hoje.

⁹⁷ “Art. 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937)

⁹⁸ “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes 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.” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937).

terrível defesa de um autoritarismo por parte do Executivo, é possível verificar, em sua obra, algumas críticas ao controle de constitucionalidade consideradas pertinentes até hoje. Vejamos:

“Não me parece essencial ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis ou de recusar-lhes a execução com fundamento na sua incompatibilidade com a carta constitucional. [...]

A implantação de instituições eminentemente dinâmicas, como são as instituições democráticas, despertou no seu espírito o temor de que dias viessem a constituir fonte de desassossego ou de mudanças na ordem de coisas estabelecida. Cumpria tutelar os poderes de origem popular, sujeitos às injunções da opinião pública, criando um super-poder, de caráter permanente e sem nenhuma dependência para com os movimentos de opinião, de maneira que os órgãos representativos não fossem compelidos pelas pressões populares a entrar no caminho das inovações ou das reivindicações democráticas, que sempre se fazem, como é natural, à custa dos interesses criados. Ora, os juizes, não só pela formação especial do seu espírito como pela situação privilegiada que lhes era assegurada na Constituição, tenderiam, naturalmente; a manter a ordem de coisas estabelecida, procurando, de boa fé, interpretar a Constituição no sentido da concepção do mundo própria à sua família espiritual, isto é, de acordo com o princípio, que informa toda filosofia conservadora, de que a ordem de coisas vigente em um dado momento é a ordem natural e eterna. [...]

Só era constitucional a concepção do mundo dos juizes, o seu ponto de vista preconcebido em relação à sociedade, aos direitos individuais e aos interesses da nação. [...]

O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir, do povo para o Poder Judiciário, o controle do Governo, controle tanto mais obscuro quanto insuscetível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do Judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrario, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundava na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas.” (CAMPOS, 2002, p. 192-198)⁹⁹.

Parte da doutrina brasileira - como Cândido Motta Filho - apoiou o instituto, com base na soberania do parlamento, na falta de realidade histórica do *judicial review* no Brasil e pela tendência de o controle de constitucionalidade ser um campo

⁹⁹ Em que pesem as críticas ainda hoje tidas por pertinentes sobre o controle de constitucionalidade, vale ressaltar que Campos se utilizou do argumento com o fim de propiciar uma concentração de poderes no próprio Executivo, já que o Legislativo estava impedido de exercer qualquer controle efetivo sobre o Judiciário. Ou seja, sem que houvesse, verdadeiramente, qualquer intenção democrática na sua defesa, Campos acabava por sustentar a supremacia do Executivo, ao invés de uma suposta supremacia do Judiciário.

aberto para a política, considerando que a própria Constituição, por distribuir competências e poderes, é eminentemente política (MENDES, 2014, p. 66).

Gilmar Mendes (2014, p. 66) observa uma correlação entre o instituto da suspensão da decisão de inconstitucionalidade do Judiciário pelo Legislativo com a possibilidade de o Congresso editar lei, ou emenda constitucional (dependendo da relevância da questão), no direito norte-americano, em sentido contrário ao decidido pela Suprema Corte, quando dela discordar.

Para o autor, o então novo instituto brasileiro remontaria, ainda que com as evidentes distinções, à tradição norte-americana em que há: “um permanente jogo de xadrez entre Congresso e Suprema Corte, no qual aquele logra dar sempre o xeque-mate” (LOEWENSTEIN *apud* MENDES, 2014, p. 67).

Mendes (2014, p. 64) registra ainda que a prerrogativa de suspender a decisão de inconstitucionalidade pelo Judiciário passou a ser exercida, durante o “Estado Novo”, pelo próprio Poder Executivo. Portanto, é inegável que houve uma deturpação do instituto que, a princípio, possuía uma justificativa democrática para sua aplicação, já que os próprios representantes eleitos do povo (Legislativo) teriam tal prerrogativa e, não, um poder concentrado no Executivo, que se sobressaia soberanamente sobre os demais. Houve, inclusive, o Decreto-Lei 1.564 de 1939, segundo o qual o Executivo suspendia uma decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (que de “supremo” pouco tinha na época)¹⁰⁰.

¹⁰⁰“DECRETO-LEI Nº 1.564, DE 5 DE SETEMBRO DE 1939

Confirma 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.” Acesso em 02 de maio de 2016. Disponível em:

Além do fato de ter seu poder reduzido desde 1937, o Supremo Tribunal Federal, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 298), na Era Vargas, manteve-se passivo e submisso ao Poder Executivo, tornando irrealizáveis quaisquer ideais de liberdade.

3.2.7 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Importante ressaltar que o período histórico inaugurado após a Segunda Guerra Mundial contribuiria para mudanças significativas na Teoria do Direito, com vistas a uma maior proteção dos direitos humanos, diante da catástrofe nazista, que, vale notar, teve respaldo jurídico, tanto na legislação quanto na aplicação do Direito pelo Judiciário¹⁰¹.

Assim, o que se nota é que o Direito, no mundo em geral, passava por uma remodelação de modo a se respeitar o ideal democrático, com destaque para o constitucionalismo. “Mais ou menos na mesma época, vários Estados elaboraram Constituições que hoje são referência mundial como a Itália (1949), a Alemanha (1948) e a Índia (1949), [...] além da França” (1946) (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 130).

Segundo Souza Neto e Sarmento (2012, p. 134-135), a Constituição brasileira de 1946, apesar de restaurar a ordem democrática perdida em Vargas, também passou por fases de instabilidade institucional. Os autores identificam três fases desta Constituição:

“O primeiro momento se estende de 1946 até setembro de 1961, quando, no contexto de séria crise política, foi aprovada a Emenda nº 4, que instituiu o parlamentarismo. O segundo momento vai de 1961 até o golpe militar de

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

¹⁰¹ Como adverte Thomas Bustamante (2005, p. 10), a ascensão do Direito na Alemanha nazista não foi consequência de uma adesão cega ao Positivismo Jurídico: “Como Ulfrid Neumann [1995: 435-6] analisa lucidamente, o pensamento jurídico alemão do pós-guerra precipitou-se ao culpar o positivismo pela ascensão do regime nacional-socialista naquele país: tal regime na verdade teria buscado sua justificação através de uma re-interpretação complacente do direito vigente, e não de uma legislação revolucionária. A opção entre *direito positivo* e *direito natural* teria cumprido, naquele cenário, a desprezível função de ‘encobrir’ todas as alternativas político-jurídicas em relação às quais era necessário decidir (como as concepções de Direito autoritária e liberal, individual e coletiva ou universal e particular), concluindo pela obrigatoriedade do direito nazista.”

1964, e passa pela volta ao presidencialismo, com a edição da emenda nº 6, em janeiro de 1963. E o terceiro momento corresponde ao período em que a Constituição conviveu com o arbítrio militar, estendendo-se de abril de 1964 até sua revogação em janeiro de 1967.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 134-135).

Quanto ao controle de constitucionalidade, durante a primeira fase, retirou-se a possibilidade de cassação das decisões judiciais pelo Legislativo - que, no fim das contas, só foi exercido, de fato, pelo Executivo durante o Estado Novo. A resolução do Senado, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, voltou à tona, no sistema de controle difuso brasileiro, tradicionalmente de eficácia *inter partes*.

Quanto ao controle concentrado, deu-se nova forma à representação interventiva, cabendo ao Procurador-Geral da República a possibilidade de submeter ao STF a apreciação de lei estadual que contrariasse algum princípio sensível (MENDES, 2014, p. 68). A diferença do modelo de 1934, segundo Bernardo Fernandes (2014, p. 1108), seria que, para a Constituição de 1946, a intervenção dependeria da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Fato, que vale ressaltar, foi a criação das súmulas de tribunais em 1963, idealizadas por Victor Nunes Leal (naquele tempo Ministro do STF). Para o mesmo, além de uniformizar a jurisprudência, as súmulas visavam desafogar o Judiciário (FERNANDES, 2014, p. 971). Ou seja, o objetivo das súmulas dos tribunais seria padronizar a jurisprudência, através de normas gerais e abstratas que favoreceriam a celeridade processual¹⁰². Entretanto, na verdade, as súmulas davam ao Judiciário um poder normativo ímpar, considerando a aplicação desvinculada da *ratio decidendi* que dava origem a elas:

“Com efeito, inclusive o common law britânico, que parece ser o sistema jurídico onde historicamente o precedente encontrou mais força e expressão normativa, jamais concebeu um poder normativo tão elevado para o Poder

¹⁰² Segundo Thomas Bustamante (2013b, p.77), a origem histórica da unificação do direito jurisprudencial no Brasil, embora com outras roupagens institucionais, remonta a tempos mais longínquos do que a regulamentação das súmulas em 1963, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, Bustamante (2013b, p. 82) identifica a presença da ideia básica das súmulas (normas gerais de padronização da jurisprudência) nos antigos assentos portugueses - válidos no Brasil até 1891-, o que repercutiu posteriormente em outros institutos pátrios. Observa Bustamante (2013b, p. 88) que um problema seria aplicar as referidas súmulas dissociadas das situações fáticas que formam a *ratio decidendi*.

Judiciário, na medida em que na tradição jurídica do common law o âmbito do precedente fica circunscrito à ratio decidendi da decisão paradigma, que é usualmente descrita apenas como o conjunto de 'fatos materiais' tidos como aptos a ensejar o surgimento das consequências jurídicas apontadas no precedente judicial." (BUSTAMANTE, 2013b, p. 72).

Ainda sobre o Poder Judiciário, frise-se que no último momento da Constituição de 1946, marcado pelo Golpe Militar de 1964 (que não revogou a Constituição, apesar de alterá-la), instaurou-se, de maneira mais abrangente, o controle concentrado de constitucionalidade, pela Emenda Constitucional nº16/1965. Desse modo, criou-se a representação de inconstitucionalidade para leis federais e estaduais em face da Constituição Federal, de competência do Procurador-Geral da República. Ademais, havia previsão para o controle concentrado pelos tribunais de justiça estadual quando leis municipais confrontarem a Constituição estadual (FERNANDES, 2014, p. 1108).

De fato, a representação de inconstitucionalidade, criada pela Emenda nº 16 de 1965, veio já sob a égide do Ato Institucional nº 02, que endureceu ainda mais o regime político, com suspensão de garantias constitucionais da magistratura, além de aumentar o número dos juízes do STF de onze para dezesseis (CRUZ, 2014, p. 307).

Assim, justificou-se a expansão do controle concentrado de constitucionalidade pela necessidade de desafogamento do Judiciário. Nesse ponto, Cruz (2014, p. 306) afirma que "a introdução da via direta do controle de constitucionalidade das leis traduzia apreço da 'Revolução' para com o Supremo Tribunal Federal". Observa-se que, com o Ato Institucional nº 03, retirou-se da apreciação do Judiciário, qualquer ato que fosse praticado com fundamento nos atos institucionais do regime militar. (CRUZ, 2014, p. 307) Ou seja, esse "apreço" pelo STF ia até onde os interesses do governo ditatorial não fossem afetados.

Por fim, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 308), em uma crítica aprofundada, defende que tanto a criação do controle de constitucionalidade em 1890 no Brasil, quanto a expansão da via concentrada, em 1965, podem ser lidos, nas entrelinhas, como uma forma de manutenção da ordem vigente em detrimento das possíveis mudanças a serem operadas pelo Legislativo. Em 1890, temia-se o

que os parlamentares apoiassem movimentos monarquistas. Em 1965, a ditadura militar buscava diminuir o poder do Legislativo federal:

“Assim, o controle de constitucionalidade, concebido como mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, surge no Brasil, sob todas as suas formas, como instrumento de repressão do Estado.” (CRUZ, 2014, p. 308).

3.2.8 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (2012, p. 141) observam que no período da Ditadura Militar brasileira, instaurada em 1964, poderia se dividir dois grupos de poder com ideologias políticas diferentes: um “linha-dura”, que buscava o recrudescimento do regime, deixando o poder indefinidamente para as forças armadas e outro, “moderado”, que buscava a transição para um Estado constitucional, após neutralizar os opositores, de maneira menos abusiva.

No início do ano de 1966, Castelo Branco, pertencente ao grupo “moderado”, convocou o Congresso Nacional para editar uma nova Constituição, através do Ato Institucional nº 04. Em janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição, que mantinha o sistema de controle de constitucionalidade, com exceção do controle de leis ou atos normativos municipais frente às Constituições estaduais, que não era mais previsto (FERNANDES, 2014, p. 1109).

No entanto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 309) assinala que devido ao fato de o Supremo ter concedido liberdade a vários estudantes da União Nacional de Estudantes, somado à recusa do Congresso Nacional em processar o deputado Márcio Moreira Alves¹⁰³, além do fato de as manifestações (inclusive, não-pacíficas) contra a ditadura terem aumentado, foi editado o Ato Institucional nº 05, o mais autoritário do regime, pelo Presidente Costa e Silva.

Pelo Ato Institucional nº 05, o *habeas corpus* foi suspenso para crimes de tipicidade aberta - políticos, segurança nacional, e de economia popular -, o

¹⁰³ O deputado, opositor do regime militar, fez um discurso em 1968 de forte crítica à ditadura. Daí, houve um pedido por parte do governo para que ele fosse processado, o que não foi aceito pela Câmara dos Deputados.

Congresso Nacional foi posto em recesso¹⁰⁴, enfim, a censura e o autoritarismo prevaleceram (CRUZ, 2014, p. 309). Ademais, três ministros do Supremo foram aposentados compulsoriamente, além do número de juizes do tribunal ter sido reduzido para onze¹⁰⁵ (MENDES, 2014, p. 70).

Em 1969, a junta militar formada pelos ministros da marinha de guerra, do exército e da aeronáutica militar impôs a Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Tal emenda foi tão abrangente, nas matérias tratadas, que se defende, doutrinariamente, que seja uma outra Constituição¹⁰⁶. Além disso, a emenda permitia que o Presidente revogasse o Ato Institucional nº 05, o que representaria uma porta de saída da ditadura (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 149).

Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 150) dividem a vigência da Emenda nº 01 de 1969 em três momentos:

“O primeiro, que corresponde aos “anos de chumbo”, abrange o governo Médici; o segundo, em que se inicia um lento processo de distensão do regime, ocorre durante os governos Geisel e Figueiredo; e o terceiro, que começa com a derrota da ARENA nas eleições indiretas para a Presidência da República e a escolha de um Presidente civil, transcorre durante o governo de José Sarney, já finda a ditadura militar.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 150)

Quanto à atuação do STF no período da Ditadura Militar brasileira, a partir de 1964, pode-se dizer que existiam instrumentos processuais como a arguição de questão federal relevante¹⁰⁷ e a advocatória¹⁰⁸, que permitiam ao governo manipular quais matérias seriam decididas pelo STF, retirando a determinada questão escolhida do julgamento pelo juízo natural e transferindo-a ao STF (CRUZ, 2014, p. 311). Além disso, a representação interventiva, criada pela EC. 7/77 permitia ao STF

¹⁰⁴ O AI nº 05 permitia que se editasse um novo ato complementar que decretaria o recesso do Congresso: o Ato Complementar nº 38 de 68 (CRUZ, 2014, p. 309).

¹⁰⁵ A redução do número de ministros se deu pelo Ato Institucional nº 06 de 1969.

¹⁰⁶ Por exemplo, Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 147) defendem que seja outra Constituição.

¹⁰⁷ Por esse instrumento, o STF poderia indicar no seu regimento interno quais recursos julgar, “atendendo à natureza, espécie ou valor pecuniário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais”, além de a escolha ser feita em sessão secreta, era irrecorrível e dispensava motivação (CRUZ, 2014, p. 311-312).

¹⁰⁸ Pela advocatória, o STF teria competência originária para julgar questões processadas por juizes ou tribunais, podendo, inclusive, suspender a decisão proferida, de modo que a questão seja devolvida ao STF, dependendo de requerimento do Procurador-Geral da República, “em casos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, ou às finanças públicas” (CRUZ, 2014, p. 311).

declarar a constitucionalidade de leis sob provocação. Por isso, dentre outras razões, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 310) afirma que “o Supremo permaneceu como mero fantoche do regime militar, praticamente até sua exaustão”.¹⁰⁹

3.2.9 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A transição da ditadura para a democracia no Brasil se deu de forma gradual, “não resultando de rupturas violentas” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 156), contando, inclusive, com uma Lei de Anistia em 1979¹¹⁰.

Com a necessidade eminente de redemocratização, dado o cenário mundial de fim da Guerra Fria, e, considerando-se também a situação interna do Brasil que já contava com um período de vinte e um anos (1964-1985) de autoritarismo e abusos aos direitos humanos, ocorre uma movimentação política para a elaboração de uma nova Constituição, que contemplasse o ideal democrático. A própria sociedade brasileira apoiava a redemocratização, como se depreende do movimento civil das “Diretas Já”, que pleiteava eleições diretas para Presidente da República.

Assim, em 27 de novembro de 1985, José Sarney - então Presidente da República - teve seu projeto de Emenda Constitucional, que convocava a Constituinte, aprovado e promulgado pelo Congresso Nacional. Seria uma Assembleia Constituinte congressional, como defendia Sarney, composta por 559 membros, sendo 487 deputados federais e 72 senadores, que se reuniria em 1º de

¹⁰⁹ Barbosa (2012, p. 347) afirma que o Judiciário representou uma fonte de problemas (ainda que potencial) para o governo militar, embora sua composição fosse influenciada pelos militares, o que diminuía essa resistência: “vale mencionar os diversos habeas corpus deferidos pelo STF ou pelo STM em favor de opositores do regime, o questionamento público lançado às Forças Armadas pelo presidente do STF, ministro Ribeiro da Costa, ou mesmo os episódios singelos e ao mesmo tempo significativos envolvendo a interpretação das cláusulas de exclusão de apreciação judicial.”

¹¹⁰ Com o processo de democratização que se segue com o advento da Constituição de 1988, muito se fala em uma “Justiça de Transição”, que buscaria fazer uma releitura do passado institucional pátrio, através de responsabilizações (civis, penais, administrativas e, até mesmo, históricas) pelas arbitrariedades cometidas por “agentes do Estado”. Nesse passo, Emilio Meyer (2012, p. 251) destaca que a justiça de transição “permite, assim, que uma concepção normativa de justiça questione a situação política e, a partir disso, novos elementos para construção do Estado de Direito aportem.” Ou seja, a justiça de transição não tem em vista apenas o passado (numa espécie de revanche), pois se projeta, também, para o futuro que se almeja: a democracia. Meyer (2012, p. 299) defende, assim, que os argumentos para a recepção da Lei de Anistia pelo STF, na decisão da ADPF/153, sejam superados por uma visão internacionalista de direitos humanos, de modo que se proceda a responsabilizações contra os abusos cometidos pela ditadura brasileira.

fevereiro de 1987. Leonardo Barbosa (2012, p. 365) resume bem o contexto histórico de pré-promulgação da Constituição de 1988:

“A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 representou uma ruptura profunda na tradição jurídica brasileira e atingiu diretamente os pilares do autoritarismo constitucional, apostando num processo em tudo oposto ao trabalho de elaboração de atos institucionais e constituições pelos “notáveis” (isoladamente ou em comissão) do período ditatorial. Não se partiu de um texto-base. Não havia uma força política hegemônica na Assembleia Constituinte. Mesmo o Centrão revelou-se não mais que uma ampla coalizão de veto. Não havia, enfim, um projeto oficial a ser traduzido pela nova Constituição, mas diversos projetos políticos e ideológicos fragmentários a articular, mediados por uma forte exigência de cidadania, entendida principalmente como direito à participação ativa na vida política do país.” (BARBOSA, 2012, p. 365)

Depois de um amplo trabalho de discussões, que se estendeu por quase dois anos, incluindo vinte e quatro subcomissões comissões e oito comissões temáticas foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 158-159, 170-171):

“Foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido de construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 170)

Também quanto ao controle de constitucionalidade¹¹¹, houve várias mudanças significativas. O controle difuso continua com o instituto de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo STF, além da cláusula de reserva de plenário.

O controle concentrado¹¹², porém, é revigorado, passando a contar com cinco ações¹¹³ - ADI genérica, ADI por omissão, ADI interventiva, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, e ADC (FERNANDES, 2014, p.

¹¹¹ Fato que vale destacar, é que o Supremo Tribunal Federal possui outras atribuições que não somente a jurisdição constitucional, como, por exemplo, o julgamento de parlamentares federais originariamente por crimes comuns.

¹¹² Gilmar Mendes (2014, p. 70) afirma que, na constituinte de 1988, cogitou-se criar uma corte constitucional que se ocupasse principalmente do controle de constitucionalidade.

¹¹³ A ADPF e a ADC foram criadas pela a Emenda Constitucional nº 03 de 1993.

1109-1110). Gilmar Mendes (2014, p. 73) nota que a Constituição tratou especialmente a questão da omissão do legislador, ao prever, além do mandado de injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão no controle abstrato. Além disso, as leis 9.868 e 9.882, ambas promulgadas em 1999, regulamentaram os processos da ADI e ADC (CRUZ, 2014, p. 396).

Os legitimados para o controle concentrado passaram a ser reunidos em nove incisos: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal – EC nº 45/04 -, o Governador de Estado ou do Distrito Federal – EC nº 45/04 -, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Portanto, o Procurador-Geral da República perde a exclusividade que tinha desde 1934 para o controle concentrado.

Vale citar também a criação da possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com regulamentação pela Lei 11.417 de 2006.

Na nova fase da jurisdição constitucional brasileira, como visto no primeiro capítulo, Luís Roberto Barroso (2014, p.6) observa que o Judiciário - com destaque para o STF - passou a decidir sobre grande número de matérias da vida política, social ou moral. As decisões do Supremo Tribunal Federal abarcaram, por exemplo, desde a possibilidade de se pesquisar com células-tronco embrionárias¹¹⁴, passando por discussões sobre a gestação de anencéfalos¹¹⁵, até proibição de nepotismo¹¹⁶ e legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais¹¹⁷. (BARROSO, 2014, p. 6). Aqui, vale citar a observação de Leonardo Barbosa (2012, p. 368-369) sobre a ascensão da Jurisdição Constitucional e do Supremo Tribunal Federal em detrimento do Legislativo, a partir do início da década de 1990:

¹¹⁴ ADI 3510/DF.

¹¹⁵ ADPF 54/DF.

¹¹⁶ ADC 12/DF.

¹¹⁷ ADI 3330.

“A frustração das diversas tentativas de flexibilizar as regras de reforma constitucional somou-se ao *incremento dos poderes atribuídos à jurisdição constitucional exercida pelo STF*. O papel da interpretação judicial na definição do sentido da Constituição ganhou, na última década e meia, uma importância antes inimaginável. Hoje é virtualmente impossível descrever a Constituição brasileira sem fazer um longo apanhado de decisões do STF. E, nesse contexto, o papel do Congresso também se alterou. Sua posição transita agora para um posto quase secundário. As grandes questões postas à Constituição brasileira no passado recente foram (ou estão para ser), quase sem exceção, definidas no âmbito do Poder Judiciário. Basta pensar em casos como a delimitação de reservas indígenas, o uso de células-tronco em pesquisa científica, a fidelidade partidária, o direito de greve do servidor público, a legalidade do aborto de nascituros anencéfalos, a extensão da anistia política, a progressão de regime em condenações por crime hediondo, a vigência da Lei de Imprensa, e assim por diante. [...] Para não falar das ocasiões em que o texto constitucional foi alterado sem que qualquer mudança tenha sido introduzida na Constituição.” (BARBOSA, 2012, p. 368-369).

3.2.9.1 STF pós-1988

Não obstante a expansão da jurisdição constitucional pelo legislador com as emendas nº 03 de 1993 e 45 de 2004 e as leis 9.868 e 9.882 de 1999, merece grande atenção o movimento jurisprudencial desencadeado na Corte brasileira após o advento da Constituição de 1988, que tem o ministro Gilmar Mendes como um de seus protagonistas.

Pode-se notar que a jurisdição constitucional se expandiu - e continua a se expandir - pela própria atuação da Corte Judicial. Várias teses passaram a ser adotadas pela Corte, em benefício de seus próprios poderes, ocasionando uma centralização do Judiciário brasileiro (e até mesmo dos outros poderes da República) em torno do STF¹¹⁸.

Nesse passo, Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 02) criticam as seguintes teses: a objetivação do controle concentrado de constitucionalidade (que passa a ser visto sem partes); o controle concentrado como sendo abstrato; a “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade; sentenças intermediárias (como se a Corte fosse um legislador positivo); modulação de efeitos das decisões da Corte – que

¹¹⁸ “Há uma pretensão monopolizadora do sentido da Constituição em todo esse instrumental ou, pelo menos, no uso que ora se faz dele (BLAIR; PAIXÃO, 2008). E tais pretensões arriscam-se a fomentar um ‘novo fetichismo constitucional’.” (BARBOSA, 2012, p. 369).

podem valer, inclusive, para o futuro, sem falar na edição de várias súmulas vinculantes (são cinquenta e cinco, atualmente¹¹⁹).

Quanto à tese de que o processo de controle concentrado de constitucionalidade é objetivo (sem partes), Emílio Meyer (2008, p. 393) observa que essa objetivação promove um distanciamento entre a sociedade e as decisões tomadas a seu próprio respeito, o que evidencia um déficit de democraticidade na atividade das Cortes:

“Daí a garantia pela jurisdição constitucional da participação de todos os afetados pelos processos de controle de constitucionalidade e pelos processos legislativos, algo impossível com uma concepção ‘objetiva’ do processo.” (MEYER, 2008, p. 393)

Quanto à tese de que o controle concentrado de constitucionalidade é abstrato, sustentada, principalmente, por Gilmar Mendes, esse seria “desvinculado das relações jurídicas e da concretude da vida e do cotidiano das pessoas” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 60, 79). O argumento de Mendes é de que o principal efeito do controle de constitucionalidade é que a norma perde sua eficácia e, como efeito colateral (e, portanto, não típico), tem-se algo concreto “como a perda de salário, desfazimento de contratos e atos administrativos” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 89).

Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 76-77) afirmam que além de ser falaciosa a atribuição da ideia de um controle abstrato a Kelsen, essa não se sustenta filosoficamente, considerando que a hermenêutica contemporânea pressupõe a análise contextualizada do texto normativo para a sua aplicação. Recorre-se a Gadamer para defender que “qualquer forma de interpretação é uma aplicação de sentido em concreto” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 77).

Ademais, as técnicas de interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, previstas na lei 9.882/99 pressupõem, necessariamente, “uma redução no campo das possibilidades fáticas

¹¹⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=su mula_001_033>.

na aplicação de uma determinada norma.” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 77).

Um ponto que merece destaque é a chamada “abstrativização” do controle difuso, que consiste, basicamente, em importar características próprias do controle concentrado para o difuso. Essa tese possui vários exemplos factuais no Brasil: corrente concretista geral no mandado de injunção, transformando os efeitos *inter partes* da decisão em *erga omnes*; as súmulas vinculantes; as técnicas de modulação de efeitos no controle difuso; a própria tese da mutação do artigo, 52, X da CF/88 (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 129):

“Todos os exemplos acima demonstram de forma cabal que a via difusa de controle da constitucionalidade das leis tem recebido influxos da via concentrada, o que claramente encerra uma preferência evidente do STF pela via concentrada em detrimento da via difusa, sempre com o discurso da premência favorável a uma jurisdição de massa.” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 129)

Além disso, como destacam Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 114-115) outra forma de performance da Corte que tem se tornado mais comum é a sua atuação como legislador positivo, através das sentenças intermediárias (normativas e transitivas ou transacionais), em que as decisões não se resumiriam em declarar constitucional ou inconstitucional um ato normativo¹²⁰.

¹²⁰ Thomas Bustamante e Evanilda Godoi (2010) apresentam uma proposta diferente de interpretação da formulação de Kelsen: “Na nossa visão, a ideia do legislador negativo pode ser reconciliada com os poderes normativos tomados pela Corte Constitucional. Quando a Corte expressamente declara que suas competências não a autorizam a fixar normas gerais e então a agir como um ‘legislador positivo’, ela está fazendo uma pretensão normativa e estabelecendo para si mesma uma obrigação geral de respeitar a autoridade do Congresso. Essa obrigação está conectada a um aspecto ideal da prática jurídica. Esse aspecto pode ser considerado como um ‘ideal regulativo’. A função desse ideal é a mesma função do pressuposto ideal de que sempre há uma resposta correta para qualquer disputa jurídica. Essa ideia, sugerida por Ronald Dworkin em ‘O Império do Direito’, é relevante para a prática jurídica porque ela soma à existência de um ‘princípio interpretativo’ que requer dos juízes uma justificação para suas decisões no melhor jeito possível, ‘como se’ houvesse sempre uma única resposta correta. É um dever das autoridades judiciais que os comanda a procurar pela ‘resposta correta’ e a batalhar para justificar suas decisões no modo mais racional possível dentro das possibilidades abertas pelo Direito. O ideal de um legislador negativo tem uma função análoga. Com efeito, ele é uma construção teórica proximamente conectada às fortes convicções democráticas de Hans Kelsen. Na atividade da aplicação do Direito, o juiz deve concretizar a Constituição ao individualizar suas normas. A ideia de um legislador negativo não é de forma alguma incompatível com a ideia de que as Cortes têm autoridade para criar normas concretas com base em normas gerais estabelecidas na Constituição. Ao Judiciário é expressamente reconhecida a autoridade para estabelecer normas interpretativas para assegurar a aplicação imparcial da Constituição.”

Dentre as sentenças intermediárias, vale mencionar as sentenças normativas aditivas e substitutivas. As sentenças aditivas implicam em “uma ampliação do texto normativo”, enquanto que as sentenças substitutivas seriam aquelas em que “o Judiciário substitui a vontade do Legislativo ao alterar um elemento da lei por outro decidido por ele.” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 115-116).

Os referidos autores citam o exemplo da Rcl. 4.335/AC em que o ministro Gilmar Mendes sustentou uma mutação constitucional. A tese, ainda hoje defendida em sede doutrinária, é de que a Constituição sofreu uma mudança de sentido, apesar de não ter havido mudança no texto. Assim, mesmo que o texto normativo da Constituição expresse que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, o Senado, para Mendes, teria somente a função de dar publicidade às decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade. (BORGES, 2015, p. 24-25).

(BUSTAMANTE; GODOI, 2010, tradução livre). *“In our view, the idea of the negative legislator can be reconciled with the normative powers held by the Constitutional Court. When the Court expressly asserts that its competences do not authorize it to lay down general norms and thus act as a ‘positive legislator’, it is making a normative claim and establishing for itself a general obligation to respect the authority of Congress. This obligation is connected to an ideal aspect of the judicial practice. This aspect can be characterized as a “regulative ideal.” The function of this ideal is the same function of the ideal assumption that there is always a “correct answer” to any legal dispute. This idea, suggested by Ronald Dworkin in Law’s Empire, is relevant to legal practice because it amounts to the existence of an “interpretative principle” which requires judges to justify their decisions in the best possible way, “as if” there was always a single correct answer. It is a duty to judicial authorities which commands them to seek for the “correct answer” and to struggle to justify their decisions in the most rational way within the possibilities opened by the law. The ideal of the negative legislator has an analogous function. In effect, it is a theoretical construction closely connected to Hans Kelsen’s strong democratic convictions. In the activity of adjudication, the judge should concretize the Constitution by individualizing its norms. The idea of a negative legislator is by no means incompatible with the idea that the courts have authority to create concrete norms on the basis of the general norms laid down in the Constitution. To the Judiciary it is expressly recognized authority to enact interpretative norms in order to assure the impartial application of the Constitution.”* (BUSTAMANTE; GODOI, 2010). Em trabalho mais recente, Bustamante (2013a, p. 25) nota que o STF, de fato, vem se distanciando desse ideal normativo de como o Tribunal deve se posicionar no exercício da jurisdição constitucional. Nesse passo, Bustamante (2013a, p. 25-27) cita o posicionamento de mérito que a Corte vem adotando quanto a omissões do Legislativo, em sede de mandado de injunção, por exemplo, como na decisão sobre a aplicação da lei de greve para os servidores públicos enquanto a sua própria não fosse regulamentada (STF, MI 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31-10-2008). Além disso, Bustamante (2013a, p. 28) cita a nova interpretação que a Corte vem dando para o artigo 5º, II, CF/88, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. O STF vem deixando o modelo positivista de lado e passa para uma aplicação direta da Constituição e de seus princípios mais abstratos, inclusive para casos em que não há previsão constitucional expressa como na questão da perda de mandato por infidelidade partidária (BUSTAMANTE, 2013a, p. 29).

Desse modo, os efeitos *erga omnes* decorreriam automaticamente da decisão do STF no controle difuso, sem que houvesse, portanto, necessidade de declaração do Senado nesse sentido (BORGES, 2015, p. 25). Ou seja, a tese indicaria para uma sentença substitutiva, pois o STF “pretendia retirar o alcance do texto normativo e, então, constituir outro inteiramente diverso.” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 117).

Como exemplo de sentença aditiva, Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 123) citam o caso que definiu que a infidelidade partidária geraria perda de mandato eletivo, sem qualquer previsão constitucional ou legal para tanto. Assim, o STF criou, legislativamente, tal hipótese, como se o mesmo tivesse “maior capacidade para identificar os valores sedimentados” na sociedade brasileira (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 123-124).

No que se refere à modulação de efeitos, prevista nas leis 9.868 e 9.882 de 1999, há possibilidade de a decisão do STF retroagir (*ex tunc*), não retroagir (*ex nunc*) ou valer para o futuro (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 12-13). Vale notar que o STF, fazendo um juízo político de conveniência e de oportunidade, poderia decidir, então, que uma norma contrária à Constituição continue a ser aplicada, sem limite de tempo, inclusive¹²¹:

“Ora, a própria ideia de que haja um poder que esteja acima da Constituição e que possa determinar a incidência de normas contrárias a ela é vista como algo absolutamente inadmissível. [...] A ideia de que possa haver o efeito *pro futuro* implica o reconhecimento de um poder que coloca a Suprema Corte do país acima da supremacia da Constituição”. (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 15-17).

O que nos parece mais criticável ainda não é o instituto em si, mas o uso abusivo que se faz dele e também a forma com que ele foi concebido para o Direito brasileiro, dando espaço para ampla discricionariedade judicial. Bustamante (2012a, p. 414) lembra que a teoria do *prospective overruling* remonta ao direito italiano dos séculos XVI-XVIII, sendo adotado sistematicamente pela Suprema Corte Americana.

¹²¹ No Brasil não há limite temporal para modulação de efeitos, ao contrário da Constituição austríaca de 1920, que prevê o prazo máximo de dois anos para o futuro (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 15).

A grande questão para o caso brasileiro é o STF utilizar, de fato, o instituto (que poderia conter mais restrições à discricionariedade judicial) de maneira ponderada.

No Brasil, tem-se como exemplo da aplicação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para o futuro (declaração sem pronúncia de nulidade), dentre vários outros, o caso da Lei Complementar nº 62/1989, cujo voto decisivo veio do Ministro Gilmar Mendes, como apontam Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 32). A referida lei tratava da liberação de recursos para o fundo de participação dos estados e DF, mas não havia previsão sobre a forma de rateio. O voto do ministro Gilmar Mendes (seguido pelos demais), reconheceu a inconstitucionalidade da lei, porém, consignou que haveria sérios prejuízos econômicos aos estados se não houvesse qualquer lei sobre o assunto, o que justificaria a manutenção da referida lei no ordenamento jurídico por mais um tempo (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 32-34).

Além disso, outro fator preocupante são as súmulas vinculantes, com previsão na Emenda 45 de 2004 e Lei 11.417/06. Atualmente, já foram editadas cinquenta e cinco pelo STF. Vale frisar que elas dão ao STF um poder não visto em lugar algum, como nota Thomas Bustamante:

“A própria palavra ‘súmula’, com o sentido técnico-jurídico em que se apresenta no direito brasileiro, não encontra equivalente exato em qualquer sistema jurídico ocidental, já que mesmo nos países onde o precedente é dotado de efeito “absolutamente vinculante”, a força e o âmbito de aplicação do precedente ficam limitados aos casos idênticos ao que serviu de paradigma ou precedente para a decisão.” (BUSTAMANTE, 2013b, p. 72).

Portanto, em resumo, todas essas prerrogativas empoderam o STF em detrimento do próprio Judiciário e dos outros poderes da República. Ou seja, a Suprema Corte brasileira, no exercício da jurisdição constitucional, vem decidindo qual é o Direito válido, de que maneira ele deve ser interpretado (e conseqüentemente de que forma deve ser obedecido pelas pessoas) e quando será – ou não - aplicado (sem limites de tempo), além de editar enunciados de caráter geral e abstrato com força vinculante para toda administração pública, o que, é, no mínimo, questionável num Estado que se considere democrático.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES

Por fim, considerando todo esse cenário de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, nota Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2014, p. 324), quanto à Corte judiciária, que o distanciamento da mesma da sociedade brasileira e do restante do Judiciário, durante mais de um século de sua existência, mostra que a Corte máxima brasileira tem sido incapaz de se autoafirmar como único defensor da Constituição e dos valores constitucionais brasileiros:

“Quanto à [...] capacidade de o Supremo vir a ser guardião único dos valores constitucionais, ficou clara a insuficiência e a incapacidade do Supremo em tutelar de forma isolada a ordem constitucional, ao longo dos 110 anos. Apesar de momentos de raro brilhantismo e empolgantes demonstrações de devotamento à ordem constitucional, tal como nos primeiros anos da República Velha e do regime militar (1964/69), o distanciamento do Supremo da sociedade e do restante do Judiciário foram os fatores decisivos para a não-concretização da democracia brasileira.” (CRUZ, 2014, p. 324)

Leonardo Barbosa (2012, p. 370), por sua vez, chega a comparar o movimento de monopolização da Constituição pelo STF, nas últimas duas décadas, ao autoritarismo da ditadura militar instaurada em 1964:

“Ao longo do regime militar, o esforço de disciplinamento do fenômeno constitucional foi encarnado pela interpretação do governo sobre os objetivos da nação e sobre os imperativos da segurança nacional, materializado em normas constitucionais e em atos institucionais. Cabe, agora, indagar em que medida o STF não tem caminhado para um inaceitável anacronismo, no qual a competência para decidir controvérsias em última instância transforma-se na prerrogativa de deter a “última” palavra e, logo, a “única palavra” sobre o significado da Constituição.” (BARBOSA, 2012, p. 70)

Para Thomas Bustamante e Evanilda Godoi (2015, p. 10) o cenário mais recente do STF é ainda pior, pois os posicionamentos da Corte combinam um passivismo quanto à fiscalização dos procedimentos democráticos (mais especificamente diante dos desvios procedimentais pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha) e um ativismo judicial na substância das decisões constitucionais:

“A combinação do passivismo no controle do processo legislativo e do ativismo no controle do resultado das deliberações parlamentares constitui o pior cenário possível para uma corte constitucional. De um lado, o passivismo facilita que as maiorias ocasionais oprimam as minorias no debate parlamentar. Sem um controle rigoroso sobre o processo legislativo, inclusive sobre as normas regimentais e regulamentares, a deliberação parlamentar é reduzida a uma mera formalidade, e o processo legislativo perde a racionalidade e a imparcialidade que lhes são próprias. Com isso, o próprio princípio majoritário perde aquilo que ele tinha de mais valioso, que consiste 1) na capacidade de respeitar as diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum, fazendo com que "nenhuma visão sinceramente adotada seja menosprezada ou alcançada de maneira apressada", e 2) no respeito que ele tem por cada participante ao fixar um procedimento para estabelecimento de uma "visão para ser adotada como *nossa* diante do desacordo". De outro lado, o ativismo não leva suficientemente a sério o desacordo moral razoável que é próprio das grandes escolhas políticas realizadas pelo legislador, e faz com que a corte tenha dificuldade para respeitar opiniões diferentes das suas sobre questões políticas e de justiça distributiva.” (BUSTAMANTE; GODOI BUSTAMANTE, 2015, p. 10)

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo, percorremos a história constitucional do Brasil, desde sua primeira Constituição em 1824, até a Constituição atual de 1988, com foco no controle de constitucionalidade. Nosso objetivo era fazer um diagnóstico do controle de constitucionalidade brasileiro nos dias de hoje para que pudéssemos discutir com mais propriedade de que forma o Supremo Tribunal Federal deve interpretar as regras que definem as suas próprias competências no próximo capítulo desta obra.

Verificamos, então, que o *judicial review* brasileiro (surgido em 1890, na modalidade difusa) teve uma trajetória ascendente, tendendo para um forte movimento de abstrativização nas últimas duas décadas, embora isso não retire, de forma alguma, a importância do controle difuso.

Após essa análise histórica, ficou claro que a expansão do controle de constitucionalidade brasileiro se deu tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário (quanto a este, mais especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, que é o nosso foco de análise).

Observamos que o STF vem adotando várias teses que promovem uma concentração de poderes em torno de si próprio, em detrimento do restante do Judiciário e dos outros poderes da República. Como exemplo, citamos a objetivação

do controle concentrado de constitucionalidade, a “abstrativização” dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade e as sentenças intermediárias, além da modulação temporal de efeitos das decisões que tem previsão legal.

O STF, nas duas últimas décadas, vem ganhando uma dimensão grande na separação de poderes, diferente de qualquer outro momento da história constitucional brasileira. E essa expansão de atribuições muitas vezes tem causa própria. Ou seja, parte dessa expansão de funções advém da própria postura maximalista adotada pelo STF. Por isso, defenderemos no próximo capítulo que o STF deve abraçar uma posição minimalista na interpretação da sua própria competência, a fim de se observar o ideal democrático.

CAPÍTULO 4 - A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No primeiro capítulo desta dissertação, notamos que a autoridade das Cortes Constitucionais não é autoevidente, ao contrário da autoridade forte do Legislativo eleito democraticamente. As Cortes Constitucionais e o *judicial review* não são produtos necessários da democracia, o que pôde ser comprovado tanto historicamente (como vimos nos casos da França e da Inglaterra, onde classicamente se adotou uma postura cética com relação ao *judicial review*), quanto normativamente (como vimos pelas críticas de Nino e também do Constitucionalismo Político de Bellamy e de Waldron).

No entanto, a autoridade das Cortes pode ser justificada de maneira instrumental e condicional, a depender da presença de determinadas circunstâncias como, por exemplo, quando suas decisões positivas para a democracia superam as negativas, como sustentado por Thomas Christiano.

Assim, considerando que as Cortes possuem uma espécie de autoridade condicional, passamos, no segundo capítulo, para as análises do minimalismo e do maximalismo judicial, a fim de verificarmos com qual das duas posturas a Corte deve interpretar as regras que definem as suas próprias competências: se com argumentos altamente teorizados (maximalismo) – que, como sustentamos, têm como uma possível consequência a expansão de sua autoridade - ou com argumentos estreitos e modestos (minimalismo) de modo a evitar construções jurídicas ambiciosas das regras definidoras de competência, deixando que decisões importantes sobre competências institucionais sejam tomadas por atores mais responsáveis politicamente.

Para aprofundar e ilustrar nosso argumento, partimos no terceiro capítulo para o exame do Constitucionalismo brasileiro, em especial, da expansão do controle de constitucionalidade, que se deu tanto pelo Legislativo quanto pelo próprio Judiciário (especificamente pela Corte). No Brasil pós-1988, várias teses das mais abstratas foram adotadas pelo STF ensejando a concentração dos poderes do Judiciário brasileiro (e, inclusive dos outros poderes) em torno do próprio STF: a objetivação

do controle concentrado de constitucionalidade – no qual o processo passa a ser visto sem partes; a “abstrativização” dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade; sentenças intermediárias (em que a Corte age como se fosse um legislador positivo); modulação de efeitos das decisões da Corte – que podem valer, inclusive, para o futuro (embora valha lembrar que essa questão da modulação temporal de efeitos das decisões foi endossada pelo Legislativo através das Leis 9.868 e 9.882 de 1999).

Dentre as variadas teses, analisaremos, neste capítulo, uma delas para ilustrar a pertinência do nosso argumento sobre o modo como as Cortes devem interpretar as regras que definem a sua própria competência: a tese sobre a interpretação do artigo 52, X, da Constituição brasileira de 1988 que, embora não tenha sido adotada pela maioria dos ministros no julgamento da Rcl. 4335/AC, ainda hoje é doutrinariamente defendida pelo ministro Gilmar Mendes, como se verá mais à frente. Veremos que um apego ao maximalismo judicial está presente nessa tese e é justamente esse ponto que visamos combater.

Defenderemos, então, o que seria mais uma condição para a manutenção da autoridade das Cortes: que elas interpretem as regras que definem as suas próprias competências de maneira minimalista. Isso porque uma postura maximalista, neste ponto específico, incentivaria uma atividade de expansão própria de competências por parte das Cortes que não é moralmente legítima em um projeto constitucional. A tese da mutação do artigo 52, X, da CF/88, serviria para comprovar como o minimalismo tem um apelo maior para esses casos.

Neste último capítulo, usaremos a ideia de Kyritsis sobre um projeto conjunto de compartilhamento de autoridade entre Cortes e Legislativo como um contraponto a nosso argumento minimalista. Para nós, Kyritsis falha justamente por se apoiar no maximalismo, segundo o qual as Cortes seriam as grandes intérpretes sobre suas próprias funções no referido projeto, como veremos a seguir.

4.2 KYRITSIS E O COMPARTILHAMENTO DA AUTORIDADE ENTRE A CORTE E O LEGISLATIVO

Dimitrios Kyritsis (2015, p. 58) nota que Dworkin sugere para a interpretação jurídica, ao contrário de outras teorias interpretativas como a historiografia ou a moralidade, uma espécie de caráter colaborativo. Assim, nessa interpretação colaborativa, o objeto de interpretação (o Direito) passa a ser um projeto a ser desenvolvido por cada intérprete.

Dworkin (2007, p. 275) utiliza-se da metáfora do “romance em cadeia” para melhor ilustrar sua Teoria da Integridade no Direito que prevê essa interpretação colaborativa. Para Dworkin (2007, p. 275), os intérpretes do Direito são seus coautores, assemelhando-se a romancistas que recebem a tarefa de escrever um capítulo de um livro já iniciado por outros romancistas (intérpretes). Logo, para que o romance (o Direito) seja o melhor possível, deve-se levar em conta o que já foi escrito, sem se esquecer, também, de que o romance deve ser desenvolvido.

De maneira similar à interpretação colaborativa defendida por Dworkin, Kyritsis (2015, p. 58) sugere uma espécie de interpretação colaborativa entre a Corte Constitucional e o Legislativo. Para tanto, Kyritsis (2015, p. 63) se contrapõe ao Positivismo jurídico (que normalmente se atrela à tese dos fatos sociais, segundo a qual se deve fazer cumprir os direitos provenientes de fatos sociais sobre a história institucional do sistema jurídico¹²²) e apresenta uma teoria interpretativa que teria sua correção comprovada pelo seguinte teste: a interpretação construtiva deve se adequar e ao mesmo tempo justificar o objeto de interpretação, além de articular um propósito a ser perseguido pelo objeto.

Kyritsis (2015, p. 69) aponta que, para Dworkin, os requisitos da adequação e da justificação política teriam como cernes a justiça procedimental e a justiça substantiva, respectivamente.

Kyritsis (2015, p. 68), assim como Dworkin, usa uma metáfora para explicar sua teoria. Para Kyritsis (2015, p. 68), em uma poesia, os intérpretes colaboram com os poetas em um projeto conjunto, observando sua contribuição e reafirmando um valor que sua prática tem por fim promover.

¹²² Segundo Thomas Bustamante (2015a, p. 311), o Positivismo Jurídico Contemporâneo, geralmente, adota as seguintes teses: “(a) a tese das fontes sociais, segundo a qual toda norma jurídica tem seu caráter determinado por suas fontes ou por sua origem, e (b) a tese da separabilidade entre direito e moral, segundo a qual o caráter jurídico de uma norma independe de sua correção moral”.

Assim, Kyritsis (2015, p. 70) aduz que nesse projeto da interpretação jurídica colaborativa não somente os juízes participam, mas, também, outros órgãos, como o Legislativo que decide diretamente sobre o conteúdo dos direitos. Para Kyritsis (2015, p. 70), uma importante finalidade da interpretação jurídica é determinar as consequências dessas decisões para os deveres das Cortes.

Dois elementos, segundo Kyritsis (2015, p. 70), são essenciais para essa análise: o conteúdo e o desenho institucional. O conteúdo guia os juízes na direção da decisão legislativa, devendo os mesmos analisar a correção ou sabedoria da mesma. Por exemplo, os juízes devem verificar se uma determinada imposição de tributo é correta e distribui o peso de maneira justa. O desenho institucional, por sua vez, refere-se à designação de competências a órgãos estatais para decidir sobre direitos e deveres dos cidadãos (KYRITSIS, 2015, p. 71).

Neste ponto, Kyritsis (2015, p. 71) lembra que Dworkin fala em princípios estruturantes que justificariam o desenho institucional, garantido a justiça procedimental. Segundo Dworkin (2011, p. 408-409), razões morais apontariam para princípios de equidade que condicionariam o uso da coerção estatal. Princípios como do “fair play” (jogo limpo), da justa ciência e da justa distribuição de autoridade fazem a história de cada comunidade moralmente pertinente (DWORKIN, 2011, p. 408-409).

Para Kyritsis (2015, p. 70), a questão de desenho institucional abrange a noção de jurisdição como um cuidado de que certa decisão seja tomada pelo agente governamental competente. Além disso, o autor aduz que a jurisdição não é entendida apenas pela relação entre a capacidade de argumentação dos agentes governamentais e os sujeitos às suas decisões, mas deve abranger também os limites da autoridade de um agente em relação a outros agentes governamentais (KYRITSIS, 2015, p. 72).

Nesse projeto conjunto, de acordo com Kyritsis (2015, p. 73), os juízes têm uma obrigação moral de buscar o ideal democrático, implementando e favorecendo as decisões do Legislativo. No entanto, segundo Kyritsis (2015, p. 73), os juízes, ao trazerem considerações sobre o desenho institucional, decidem qual peso de fidelidade sua decisão deve ter, podendo inclusive, decidir se vão considerar a decisão legislativa ou não:

“A não ser que o juiz encontre alguma boa razão para a autorização de um certo poder ao Legislativo – ou algum outro agente do governo para aquela questão -, ele não falha no seu dever oficial em desconsiderar as decisões vindas dele – assim como ele não falharia se ele desconsiderasse uma decisão tomada por um cidadão privado ditando o que o resto de nós deve fazer. Em resumo, em virtude de considerações de desenho institucional, o juiz é instruído a fazer sua interpretação ‘encaixar-se’ com a história política relevante.”¹²³ (KYRITSIS, 2015, p. 73, tradução livre).

Kyritsis (2015, p. 73) aponta que, além das considerações de desenho institucional, os juízes, ao interpretar, devem trazer também considerações sobre o conteúdo da decisão legislativa, de modo que se esta for injusta não poderá ser parte do projeto coletivo. Para o autor, os juízes ao interpretarem uma regra de imposição de penalidade criminal ou tributária, devem agir com uma menor margem de liberdade do que têm no direito comercial, por exemplo (KYRITSIS, 2015, p. 73).

Desse modo, a combinação entre considerações sobre desenho institucional e sobre conteúdo da decisão determinará de que forma o juiz dará sua contribuição para o projeto coletivo que conta também com a contribuição do legislativo. A grande questão, para Kyritsis (2015, p. 75), que será vista com profundidade mais à frente, seria dizer qual é a combinação correta entre esses dois elementos.

Kyritsis (2015, p. 83) assevera que, ao invés de apenas um fato social, há um fato moral que faz da assembleia constitucional e da continuidade do projeto constitucional legítimos, e, portanto, de imprescindível consideração para a análise institucional. Kyritsis (2015, p. 83) nota, então, que os juízes participam do projeto constitucional conjuntamente com os pais fundadores e com os legisladores atuais, já que a conexão entre eles é institucional e, não, pessoal. Kyritsis (2015, p. 83) afirma que a passagem do tempo é moralmente relevante em relação ao que os juízes devem ou não fazer na sua capacidade atual.

Quanto à interpretação de regras constitucionais que preveem competências, Kyritsis (2015 p. 84) defende que não há, nesse caso, uma interação entre conteúdo

¹²³ “Unless the judge finds some good reason for the assignment of a certain power to the legislature – or any other agent of governance for that matter –, he fails no official duty in disregarding the decisions coming from it, just as he would not if he disregarded a decision made by a private citizen dictating what the rest of us ought to do. In short, by virtue of considerations of institutional design the judge is enjoined to make his interpretation ‘fit’ the relevant political history.” (KYRITSIS, 2015, p. 73).

e desenho institucional. Levando em conta que essas provisões tratam de questões de desenho institucional, considerações de conteúdo poderiam servir, na melhor das hipóteses, para formar um fundo para a interpretação ou indicar limites exteriores a ela.

Percebe-se que essa análise do interpretativismo de Kyristsis acaba por abranger também a própria função do Judiciário na interpretação de competências, inclusive as próprias. Para Kyristsis (2015, p. 85), as decisões legislativas afetam o papel das Cortes, haja vista que se trata do exercício de autoridade de criar normas. Entretanto, segundo Kyristsis (2015, p. 85), em alguns sistemas jurídicos, é possível que as Cortes combinem tais provisões com outras normas, até mesmo morais:

“O que é mais, essas novas normas podem incluir normas de moralidade política relativas às credenciais políticas do Legislativo e do próprio papel institucional das Cortes no projeto de governar, especialmente junto com o Legislativo.”¹²⁴ (KYRITSIS, 2015, p. 85, tradução livre).

Kyristsis (2015, p. 85) tenta explicar de que maneira tais normas afetam as funções dos juízes em um sistema jurídico. Para Kyristsis (2015, p. 89), considerações sobre desenho institucional determinam as funções dos juízes mesmo quando não há uma decisão legislativa. Kyristsis (2015, p. 89) cita, por exemplo, que mesmo que seja uma boa ideia que moralmente todos tenham direito a um salário mínimo, não seria esse o tipo de direito que cabe à Corte fazer cumprir, devido à sua função institucional.

Segundo Kyristsis (2015, p. 90), as considerações sobre desenho institucional implicam que os juízes devem observar as prescrições legislativas, mas também existem outras coisas que também determinam a função dos juízes:

“Por conseguinte, os juízes não existem fundamentalmente para dar efeito às decisões legislativas, mas para governar bem no projeto que eles dividem com o Legislativo. Para fazer isso, eles devem combinar uma variedade de considerações, sendo a existência de uma decisão legislativa apenas uma dentre elas. A partir disso, nós podemos racionalmente concluir

¹²⁴ “What is more, these further norms may include norms of political morality concerning the political credentials of the legislature and the courts’ own institutional position in the project of governing, especially vis-à-vis the legislature.” (KYRITSIS, 2015, p. 85).

que o dever jurídico é o que provém dessa mistura, não um componente. O fato de que as decisões legislativas dão origem a razões robustas não parece fazer qualquer diferença.”¹²⁵ (KYRITSIS, 2015, p. 90, tradução livre).

Em resumo, a interpretação jurídica, para Kyritsis (2015, p. 94), consiste na mistura entre considerações morais sobre conteúdo e considerações morais sobre desenho institucional. Neste ponto de sua análise, Kyritsis (2015, p. 94) enfoca mais na relação entre as Cortes e o Legislativo.

Assim, Kyritsis (2015, p. 94) parte da pergunta sobre o porquê de se privilegiar a perspectiva judicial na Teoria do Direito. O autor lembra que, para Dworkin, a integridade é a melhor maneira de se articular valores abstratos com o Direito. De maneira geral, Dworkin explica sua teoria da seguinte forma:

“O Direito como integridade deplora o mecanismo da antiga visão de que ‘Direito é Direito’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera essas duas visões como enraizadas na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar o Direito. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no Direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas, sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência do princípio que a integridade requer.”¹²⁶ (DWORKIN, 1986, p. 228, tradução livre).

Kyritsis (2015, p. 94) nota que Dworkin defende que a integridade seria, a *priori*, uma virtude para as decisões judiciais. Para Kyritsis (2015, p. 94), as considerações sobre desenho institucional o levariam a questionar a ligação entre

¹²⁵ “Accordingly, judges are there not fundamentally to give effect to legislative decisions but to govern well within the project that they share with the legislature. To do so, they must combine a variety of considerations, the existence of a legislative decision being only one among them. From this we can reasonably conclude that legal duty is what comes out of the mix, not one component. The fact that legislative decisions give rise to robust reasons does not seem to make any difference.” (KYRITSIS, 2015, p. 90).

¹²⁶ “Law as integrity deplors the mechanism of the older ‘law is law’ view as well as the cynicism of the newer ‘realism’. It sees both views as rooted in the same false dichotomy of finding and inventing law. When a judge declares that a particular principle is instinct in law, he reports not a simple-minded claim about the motives of past statesman, a claim a wise cynic can easily refute, but an interpretive proposal: that the principle both fits and justifies some complex part of legal practice, that it provides an attractive way to see, in the structure of that practice, the consistency of principle integrity requires.” (DWORKIN, 1986, p. 228).

integridade e juridicidade, de modo que, para o autor, seria preciso retirar o destaque da análise interpretativista da Corte.

O próprio Kyritsis (2015, p. 94) afirma que sua teoria se dá em contiguidade com a de Dworkin, embora haja diferenças quanto à abordagem, já que Kyritsis parte para um exame mais abrangente do desenho institucional (mais especificamente na relação entre Cortes e Legislativo), enquanto que Dworkin enfoca na atividade dos juízes.

Kyritsis (2015, p. 95) aduz que, para Dworkin, o Direito é uma parte da moralidade política, considerando também que existe uma necessidade de justificação moral para o Direito. Nesse contexto, Kyritsis (2015, p. 96) aponta que Dworkin distingue os padrões morais que se aplicam às Cortes e ao Legislativo: as Cortes fazem cumprir certos direitos individuais, de modo que estes já podem ser colocados em movimento pelo indivíduo na demanda, sem que haja intervenção legislativa posterior para sua aplicação; por outro lado, os direitos exigidos do Legislativo não têm força imediata, já que o indivíduo deve esperar a ação legislativa para que, somente depois, possa fazer cumpri-la. Desse modo, segundo Dworkin, o direito, para que tenha a característica de aplicabilidade imediata, deve passar por um teste moral nas Cortes, mas não no Legislativo.

Em contrapartida, Kyritsis (2015, p. 97) argumenta em favor de uma visão mais abrangente do projeto governamental, de modo que o foco deixa de se dar nas Cortes e passa a englobar, também, o Legislativo.

Kyritsis (2015, p. 97) discorda de Dworkin, pois a visão deste de que os direitos seriam definidos dada a sua afabilidade com o cumprimento judicial na demanda implicaria na conclusão de que os direitos que não fossem provenientes dessa relação escapariam da definição de direitos.

Quanto à questão da legitimidade política, Kyritsis (2015, p. 98) nota que Dworkin oferece a integridade como possível solução, na medida em que uma comunidade que aceita a integridade endossa um esquema de princípio moral de tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração¹²⁷. Nesse contexto, a

¹²⁷ Nesse sentido, Dworkin sustenta uma leitura moral da Constituição: “O governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como tendo igual *status* político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual consideração e deve respeitar todas as liberdades individuais indispensáveis para

integridade passa a ser a base moral de interpretação para os juízes identificarem o princípio que melhor se encaixa e justifica a história política numa decisão de um caso concreto (KYRITSIS, 2015, p. 98).

Kyritsis (2015, p. 99) nota que Dworkin liga o Direito à obrigação política, ao explicar que se o Direito vai bem - seguindo o princípio de moralidade ligado a ele - a comunidade política vai bem também, pois ao aderir a padrões de juridicidade, reforça-se a aliança social. Segundo Kyritsis (2015, p. 99), essa afirmação é confirmada por Dworkin quando este aponta que determinado direito só existe se ele for legítimo, ou seja, o padrão imposto pela legitimidade e pela juridicidade é o mesmo: a integridade.

Porém, essa conexão entre integridade, interpretação e juridicidade não convence Kyritsis (2015, p. 99) de que a visão da Teoria do Direito (como defende Dworkin) deva se dar nas Cortes, porque a integridade (como admite o próprio Dworkin) se refere também à atividade legislativa. Um dos exemplos de quando o Legislativo desrespeita a integridade, de acordo com Dworkin, são as chamadas leis “*checkerboard*”, em que, por compromissos internos, trata-se dois grupos diferentes por princípios diferentes, dando a cada um dos lados o que estes querem (KYRITSIS, 2015, p. 99). Por isso, Kyritsis (2015, p. 99) conclui que o teste moral que se aplica às Cortes serve também para o Legislativo.

Desse modo, para Kyritsis (2015, p. 100), os legisladores também devem interpretar a história institucional da comunidade e agir em coerência de princípios, mostrando, portanto, essa história na sua melhor luz. Entretanto, a maneira como a integridade se aplica ao Legislativo e às Cortes é diferente. Isso porque se a maioria do Legislativo, por exemplo, mudar a posição em determinada matéria com o tempo, não haverá propriamente uma violação à juridicidade (embora haja violação à integridade), ao passo que, se a Corte desrespeita a integridade, a decisão pode ser

esses fins, incluindo, mas não se limitando às liberdades especificamente designadas no documento, tais como a liberdade de expressão e de religião. [...] A leitura moral é uma estratégia para juristas e juízes agindo de boa-fé, o que qualquer estratégia interpretativa pode ser” (DWORKIN, 1996, p.7-11, tradução livre). “*government must treat all those subject to its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedom of speech and religion. [...] The moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be.*” (DWORKIN, 1996, p. 7-11).

cancelada por meio de recurso, por haver violação da juridicidade (KYRITSIS, 2015, p. 101).

Kyritsis (2015, p. 104) propõe uma nova concepção normativa de juridicidade baseada na separação dos poderes, de maneira mais abrangente com relação ao Legislativo.

Kyritsis (2015, p. 105) lembra que teóricos clássicos como Montesquieu e os pais fundadores da Constituição dos Estados Unidos ressaltavam a ideia de que deveria haver não apenas a separação dos poderes estatais, mas, também, um desenho institucional que permita o controle recíproco entre esses poderes.

Para Kyritsis (2015, p. 106), por exemplo, ao se colocar a possibilidade de que o gabinete responda pelos seus atos perante o Legislativo e ao instituir mecanismos de responsabilidade ministerial, estar-se-iam criando barreiras contra a arbitrariedade e a tirania em um governo.

A proposta de Kyritsis (2015, p. 109) é coletar considerações estruturais que o autor divide em dois tipos: aquelas relacionadas à divisão do poder governamental (de modo a oferecer arranjos institucionais que assegurem poder governamental a instituições com capacidade para exercê-lo propriamente) e outras referentes aos freios e contrapesos (trazendo mecanismos para controlar o abuso do poder governamental). Portanto, para Kyritsis (2015, p. 109), o projeto conjunto entre Cortes e Legislativo dá certo se há uma organização de trabalho razoável e se existe um sistema adequado de freios e contrapesos.

Segundo Kyritsis (2015, p. 110), a separação dos poderes recomenda que a Corte respeite as decisões políticas do passado tomadas pelo legislador ou, pelo menos, que preste atenção a essas decisões para determinar qual é sua função no projeto conjunto. De acordo com o autor, outras instituições devem respeitar a prescrição de que certa instituição deve ter tal competência, podendo, inclusive, assisti-la no exercício dessa competência específica, a depender de suas próprias atribuições institucionais.

Quanto à relação entre Cortes e Legislativo, Kyritsis (2015, p. 110) aduz que as Cortes possuem a função de dar efeito às decisões legislativas nesse projeto conjunto cujo fim é a realização da justiça. Kyritsis (2015, p. 110) pensa que a

coerência da integridade não é algo essencial, já que a legitimidade de certa obrigação jurídica reside no fato de que ela deriva dos princípios corretos de justiça política realizados numa estrutura institucional específica. Porém, desviar das pretensões da justiça política só se justificaria se houvesse uma compensação por considerações institucionais (KYRITSIS, 2015, p. 110-111).

Entretanto, Kyritsis (2015, p. 111) explica que ele não defende algo incompatível com a integridade, desde que esta seja entendida em um sentido mais fraco do que sustentado por Dworkin. Ou seja, desde que para cumprir as exigências da integridade seja suficiente o agir de acordo com princípios políticos corretos. Para Kyritsis (2015, p. 11), então, a integridade seria um elemento de realização da justiça juntamente com uma estrutura institucional.

Em sua própria teoria, Kyritsis (2015, p. 111) não se arrisca a dizer a quem a integridade exatamente se aplica (se aos juízes e não ao Legislativo ou a ambos). Em contrapartida, o autor defende que tanto os juízes quanto os legisladores são guiados para a realização de um ideal: a justiça. No entanto, cada contribuição (dos juízes e dos legisladores) deve se restringir pela separação de poderes. Em outras palavras, Kyritsis refuta a ideia de Dworkin de que a integridade deveria servir de limite às atuações supramencionadas e oferece em substituição o critério da separação de poderes.

Kyritsis (2015, p. 111) nota que aos legisladores normalmente é dada maior permissão para desenvolver e mudar as políticas públicas, considerando seu batismo democrático. Enquanto isso, a atividade dos juízes normalmente é considerada como subserviente à do Legislativo, justamente pela falta dessa credencial democrática.

A intenção de Kyritsis (2015, p. 112) não é pesquisar sobre a enorme variedade de arranjos institucionais possíveis na relação entre Cortes e Legislativo, mas enfrentar questões controversas e recorrentes sobre essa dita relação.

Uma dessas questões se refere ao *judicial review*. Para Kyritsis (2015, p. 113), as Cortes, ao exercerem o controle de constitucionalidade, desempenham um importante papel de freios e contrapesos, de maneira a melhorar o projeto de busca da justiça. No entanto, para o autor, deve-se balancear esse argumento de desenho

institucional com outros como eficiência, democracia e necessidade de evitar o abuso de poder pelas Cortes.

Outro ponto que merece destaque (inclusive porque é o cerne de discussão desta dissertação) é quando se trata da interpretação judicial de regras que definem as competências dos poderes governamentais – até mesmo as próprias do Judiciário. Ou seja, como devem as Cortes interpretar a própria separação de poderes?

Kyritsis (2015, p. 114-115) afirma que os órgãos governamentais têm deveres e funções que escapam ao alcance das Cortes e nem sempre a aplicação do direito pelas Cortes é preferível ou efetiva. Ademais, o autor lembra que as Cortes não são externas ao regime político.

Segundo Kyritsis (2015, p. 116), a integridade, defendida por Dworkin, é substituída pela justiça (combinada com considerações institucionais) para se verificar a correta distribuição de pesos e benefícios numa sociedade. Entretanto, em países onde os precedentes têm grande força, um valor como a integridade seria importante para se entender a função judicial. Mesmo assim, para o autor, a integridade deveria levar em conta considerações institucionais.

Desse modo, para Kyritsis (2015, p. 117), uma abordagem mais modesta da integridade, entendida como coerência de princípios, seria fundamental para atingir a justiça, tanto no Legislativo quanto nas Cortes. Kyritsis (2015, p. 117) cita o exemplo de aplicação da integridade num esquema de responsabilidade civil: de acordo com casos passados e com a consistência de princípios, a indústria de automóveis deve se responsabilizar nos mesmos padrões de outras indústrias por prejuízos causados. Então, o Legislativo edita uma lei que exclui essa responsabilidade da indústria de automóveis. Esse seria, para Kyritsis (2015, p. 117), o caso em que a consistência na aplicação dos padrões de responsabilidade competiriam com o desenho institucional. E justamente essa competição é que dá a resposta correta para a Corte e não a consistência individualmente considerada. Por isso, segundo Kyritsis (2015, p. 117), a integridade aqui teria um papel subsidiário.

Para defender sua concepção de que há um projeto conjunto, Kyritsis (2015, p. 118) argumenta que não é necessário que a Corte e o Legislativo comunguem da

mesma finalidade o tempo todo. Às vezes, de acordo com o autor, pode haver, inclusive, conflito. O necessário é que haja um compartilhamento de finalidade até certo ponto, então. Kyritsis (2015, p. 119) não pensa que em caso de conflito entre Cortes e Legislativo, as primeiras tenham o capital político necessário para hostilizar o segundo.

Para Kyritsis (2015, p. 119), o projeto conjunto entre Cortes e Legislativo fica mais claro em países com Constituição escrita que delinea as funções distintas e complementares de cada um. Porém, de acordo com o autor, mesmo em países onde não há uma Constituição escrita (como na Inglaterra) a referida relação pode ser caracterizada como um projeto conjunto.

Kyritsis (2015, p. 119) lembra que alguns filósofos (como Scott Shapiro) pensam que o projeto conjunto falha se houver desacordos e competição permitidos especialmente por uma abordagem interpretativista. Para Shapiro, uma atividade conjunta exigiria planos que se baseiam na economia da confiança. Esses planos não permitiriam que o intérprete exercesse competências não garantidas por eles (KYRITSIS, 2015, p. 120-121). Thomas Bustamante explica a concepção de Shapiro sobre os planos:

“De acordo com Shapiro, a economia da confiança pode ser entendida como ‘a distribuição da confiança sobre a qual um plano é previsto’. Para cada sistema jurídico, uma das tarefas do seu Plano Fundamental é alocar responsabilidades, competências e poder discricionário para os participantes das atividades jurídicas. Ao confiar-se a certos oficiais a decisão sobre questões importantes, enquanto restringe-se outros com regras estritas e diretrizes, os pais fundadores do Plano Fundamental podem direcionar o comportamento da sociedade inteira para onde eles acharem apropriado.”¹²⁸ (BUSTAMANTE, 2012b, p. 229, tradução livre).

Para Kyritsis (2015, p. 122), Shapiro adota a concepção de que o Direito deve resolver as questões morais para nós e não jogá-las de volta para que as resolvamos, o que não é a posição dos interpretativistas como o próprio Kyritsis.

¹²⁸ “According to Shapiro, the economy of trust can be understood as ‘the distribution of trust upon which a plan is predicated’. For every legal system, one of the tasks of its Master Plan is to allocate burdens, competences and discretionary power among participants in the legal activities. By entrusting some officials to decide important matters while binding others with very strict rules and directives, the framers of the Master Plan may channel the behaviour of the whole society in the direction that they find appropriate.” (BUSTAMANTE, 2012b, p. 229).

Kyritsis (2015, p. 123) nota que a separação de poderes também recomenda que se faça a divisão de competências baseando-se em considerações epistêmicas. O mesmo valeria para o modo como o sistema jurídico lida com os desacordos morais. Nesse sentido, se os cidadãos estão propensos a apoiar decisões morais controvertidas e já que o apoio popular é importante para a legitimidade política, essa consideração deve fazer parte do desenho institucional, direcionando essas questões controvertidas para a instituição que estiver em melhor posição para resolvê-las (KYRITSIS, 2015, p. 123).

Para Kyritsis (2015, p. 124), esse direcionamento pode se dar, por exemplo, com o critério de questões substantivas, em que uma instituição não intromete nas atribuições da outra: instituições boas na proteção da segurança nacional o fazem, enquanto instituições boas em promover o devido processo legal focam nessa tarefa. Kyritsis (2015, p. 124) defende que se houver alguma sobreposição substantiva, a Corte deverá ajustar os pesos de vários fatores, mostrando deferência às vantagens epistêmicas do Legislativo.

Segundo Kyritsis (2015, p. 124), é aconselhável que os oficiais foquem na sua função designada, mesmo que seja parcial, considerando que o projeto inspira uma confiança razoável de que o poder governamental será exercido corretamente e de que os erros jurídicos endêmicos serão evitados e corrigidos pelo sistema de freios e contrapesos.

Kyritsis (2015, p. 124) se vale da máxima de Rawls para dizer que nenhum juiz ou oficial, para essa questão, tem autoridade moral plena. Assim, cada autoridade seria limitada por sua função no projeto conjunto. Para Kyritsis (2015, p. 125) mesmo que uma oportunidade de promover justiça se apresente ou que um erro tenha ocorrido em algum lugar do projeto conjunto, não significa que um oficial tenha o dever de aproveitar essa oportunidade ou de identificar esse erro, pois sua atuação depende de sua jurisdição.

Kyritsis (2015, p. 125), ao contrário de Shapiro, pensa que considerações morais sobre desenho institucional colocam os oficiais em melhores condições de atuação do que a neutralidade valorativa:

“De fato, a noção de considerações morais de desenho institucional informando um esquema de separação de poderes dá a eles os recursos para fazer muito mais adequadamente do que aqueles dos quais a auto-professada neutralidade valorativa os previne de fazer algo que não seja a pretensão normativa mais estreita.”¹²⁹ (KYRITSIS, 2015, p. 125, tradução livre).

Para Kyritsis (2015, p. 126) e para o interpretativismo, não há nenhuma incoerência entre princípios de moralidade política (que explicam e justificam a relação das Cortes com o Legislativo) e as determinações da função judicial. Kyritsis (2015, p. 126) passa então para a análise de duas alternativas do projeto de governo: o Positivismo e o Antipositivismo.

O autor lembra que uma das versões do Positivismo jurídico contemporâneo (do próprio Shapiro, por exemplo) endossa a ideia de que o sistema jurídico é uma atividade conjunta de oficiais. Essa atividade, por sua vez, compreenderia uma cooperação entre os oficiais, sem que sua explicação filosófica faça referência a moralidade, já que, para essa atividade existir, basta uma interação fechada entre os participantes consubstanciada num complexo fato social (KYRITSIS, 2015, p. 126-127).

Kyritsis (2015, p. 127) aduz que a teoria do planejamento de Shapiro prevê uma racionalidade interna, em que os planos maiores compreendem planos menores que autorizam alguns participantes a planejar pelos outros. Aqui a normatividade do Direito se resumiria a essa forma elementar de racionalidade.

A tese de Kyritsis (2015, p. 128) se volta para o problema da legitimidade moral do projeto conjunto e não para as intenções dos participantes. Para o teórico, somente considerações de desenho institucional podem justificar normativamente a divisão de poderes colocada originariamente pelos pais fundadores.

Na visão de Kyritsis (2015, p. 129), os projetos ruins não são considerados como direito. Além disso, segundo o autor, Shapiro falha, pois considera haver mais estrutura e propósitos no Direito do que realmente há. Para Kyritsis (2015, p. 129) seria bom considerar a natureza incerta dos arranjos institucionais existentes.

¹²⁹ *Indeed the notion of moral considerations of institutional design informing a scheme of separation of powers gives them the resources to do so much more adequately than those whose self-professed value-neutrality pre-empts them from making any but the thinnest normative claims.* (KYRITSIS, 2015, p. 125).

Entretanto, Kyritsis (2015, p. 129) chama atenção para sistemas jurídicos em que Cortes e Legislativo têm suas funções delineadas por uma Constituição formal. Nesses sistemas, para o teórico, seria tentador considerar a referida relação como produto de um desenho. Enquanto isso, nos sistemas jurídicos que não possuem uma Constituição escrita, a relação entre Cortes e Legislativo foi tomando forma ao longo do tempo por forças políticas que estavam mais interessadas em criar um ambiente favorável à promoção de sua agenda política do que colocar uma moldura definitiva de governo.

Kyritsis (2015, p. 129) nota que a história política da relação entre Cortes e Legislativo é marcada por tentativas de alcançar o poder. Assim, algumas das mencionadas tentativas foram bem-sucedidas, gerando, inclusive, previsões constitucionais, de modo que pedaços vão sendo adicionados à moldura ao longo do tempo, definindo o grande desenho. Para Kyritsis (2015, 129), o resultado disso seria mais uma mistura do que propriamente uma estrutura institucional que segue um esquema claro de separação de poderes, embora se possa afirmar que há países que adotam um sistema defensável de separação de poderes previsto na Constituição.

Kyritsis (2015, p. 130) considera que sua proposta não ignora as incertezas dos sistemas jurídicos nem as realidades políticas que os moldam. Mesmo que a política seja considerada pelo autor como confusa, Kyritsis (2015, p. 130) reconhece sua importância para o Direito. Segundo o autor, não há dúvidas de que os atores políticos tendem a ter planos e intenções diferentes. Por isso, os conflitos são abundantes.

Entretanto, para a proposta de Kyritsis (2015, p. 129-130), o que de fato determina o conteúdo do projeto conjunto de governo sobre a função de cada instituição participante não são intenções, planos ou atos. Ao contrário, para o autor, sua significância só existe na medida em que é dada por considerações de moralidade política.

Dessa forma, Kyritsis (2015, p. 130) aborda uma questão normativa e não factual, no sentido de que não se trata de analisar se as intenções, planos ou atos dos atores políticos se encaixam, mas, sim, o que deve ser feito deles pelos oficiais atuais, considerando que fazem parte da história institucional da comunidade.

A resposta, para Kyritsis (2015, p. 130), como argumentado atrás, seria dada pela separação de poderes. Isso porque, segundo o autor, os oficiais (na relação entre Cortes e Legislativo) funcionam lado a lado com outros oficiais que também têm o papel de governar no mesmo sistema, agindo em seu nome. Daí a necessidade de se dividir o projeto e de se considerar também as intenções, planos e atos de atores políticos (que são contribuições para o projeto conjunto). De acordo com Kyritsis (2015, p. 130), a moralidade política fornece subsídios para resolução de conflitos entre os poderes, podendo, inclusive, indicar para uma solução de priorização ou, até mesmo, de desconsideração de intenções, planos e atos de atores políticos.

Para Kyritsis (2015, p. 83), as decisões legislativas, como, por exemplo, aquelas tomadas numa assembleia constitucional, servem como base de interpretação para os juízes determinarem quais são as suas funções no projeto conjunto. Entretanto, vale ressaltar que Kyritsis (2015, p. 130) não defende que o Judiciário possa reformular o esquema de governo fornecido pela Constituição formal.

Por outro lado, mesmo que um órgão tenha representação popular, ele não tem o poder normativo de instituir um regime tirânico. Assim, outros atores institucionais não teriam qualquer razão para tomar parte nisso, de modo que a moralidade política dita qual a extensão de seu dever oficial pelas intenções, planos e atos de atores políticos (KYRITSIS, 2015, p. 130).

Kyritsis (2015, p. 131) conclui sobre a perspectiva da abordagem adotada por ele a respeito da interpretação das funções dos órgãos governamentais:

“Nesse capítulo, eu procurei questionar se a Teoria do Direito deveria privilegiar a perspectiva hercúlea sobre as perspectivas de outros atores institucionais no projeto de governar. Eu argumentei que a legalidade dita que o projeto como um todo deveria estar em boa forma. É porque o problema da legitimidade política, para o qual a legalidade é a resposta, não levanta uma questão parcial, mas (também crucialmente) uma questão sistêmica. Se é assim, então, nossas teorias do direito devem abranger essas características de um regime político que ajudam a endereçar sua dimensão sistêmica também. Para fazer isso, nós temos que olhar para além do Judiciário. A Separação de Poderes será nosso guia. A matéria da Teoria do Direito é então aumentada. Ela não apenas compreende os direitos que são judicialmente executáveis, mas também os poderes e deveres de todas as instituições estatais importantes – incluindo as Cortes –

e o relacionamento de uma com a outra.”¹³⁰ (KYRITSIS, 2015, p. 131, tradução livre).

4.3 MINIMALISMO JUDICIAL E CORTES CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO DE SUAS PRÓPRIAS COMPETÊNCIAS

Conforme vimos na seção anterior, diferentemente do enfoque dado pela teoria da integridade de Dworkin na atuação do Judiciário, Kyritsis sugere uma interpretação colaborativa entre Cortes e Legislativo alicerçada no ideal da separação dos poderes.

Embora Kyritsis não adote a integridade, na mesma intensidade como defendido por Dworkin, há, na sua teoria, uma rejeição do Positivismo jurídico e a adoção do interpretativismo, de maneira similar ao proposto por Dworkin.

Para a teoria de Kyritsis, as Cortes deveriam assumir uma postura interpretativa, de modo a determinar quais são as suas próprias funções no projeto conjunto com o Legislativo, bem como quais são os limites de sua própria autoridade, baseando-se na moralidade política e no ideal da separação dos poderes.

Para Kyritsis, o papel das Cortes é afetado pelas decisões legislativas, considerando se tratar do exercício de autoridade de criar normas. Porém, de acordo com Kyritsis, as Cortes poderiam combinar as provisões legislativas com outras normas, inclusive, morais, determinando, dessa forma, sua própria função.

Assim, considerações sobre o desenho institucional e sobre o conteúdo da decisão (estas últimas servindo como um pano de fundo) determinam de que forma a Corte contribuirá para o projeto coletivo, no qual o legislativo também contribui. Em outras palavras, a Corte avalia essas considerações de desenho institucional e de

¹³⁰ “In this chapter I sought to question whether the theory of law should privilege the Herculean perspective over the perspectives of other institutional actors in the project of governing. I have argued that legality dictates that the project as a whole should be in good shape. That’s because the problem of political legitimacy, to which legality is the answer, does not raise a retail issue but (crucially also) a systemic one. If that is so, then our theories of law must encompass those features of a political regime that help address its systemic dimension as well. To do that, we have to look beyond the judiciary. Separation of powers will be our guide. The subject matter of jurisprudence is thereby augmented. It does not only comprise the rights that are judicially enforceable, but also the powers and duties of all important state institutions – including courts – and their relationship with one another.” (KYRITSIS, 2015, p. 131).

conteúdo para determinar qual é a sua própria competência nesse projeto coletivo. A decisão legislativa vale apenas como um elemento dessa operação tomada pela Corte.

Segundo Kyritsis, as considerações de moralidade política (que são interpretadas pela Corte) são o que, na verdade, determinam o conteúdo do projeto conjunto de governo sobre a função de cada instituição participante e não as intenções, os planos e atos dos atores políticos, já que o próprio significado destes existe na medida das considerações sobre moralidade política.

Sob a perspectiva de Kyritsis, então, as Cortes poderiam, inclusive, aumentar as suas próprias atribuições nesse projeto, a depender de considerações de desenho institucional e de conteúdo. Para o autor, as Cortes estariam, portanto, inserindo uma argumentação moral para justificar sua própria atuação, o que influenciaria também na atividade do Legislativo.

Esse é o ponto do qual discordamos. Como sugere Bustamante (2017), é provável que Kyritsis esteja certo ao adotar uma postura interpretativista (no sentido dworkiniano) para questões sobre o conteúdo de direitos. Contudo, não parece haver uma incoerência em se advogar uma postura minimalista para a interpretação de competências das Cortes e outra interpretativista dworkiniana para questões de direitos (embora a correção da tese sobre a interpretação dos direitos não esteja sendo discutida aqui, em especial):

“Kyritsis poderia ter pressionado um pouco mais seu argumento em favor de uma ‘teoria particular do Direito’ e indagar se uma atitude abertamente interpretativista sobre a interpretação de direitos e princípios políticos abstratos, que é a contribuição mais importante de Dworkin para a Teoria do Direito, pode ser reconciliada com uma visão convencionalista sobre os deveres institucionais de interpretar os limites de sua própria autoridade para decidir. Não parece ser completamente contraditório, por exemplo, defender uma interpretação convencionalista das regras jurídicas que definem as competências das Cortes e dos parlamentos, ao mesmo tempo em que se advoga um interpretativismo puro-sangue com respeito às provisões da Constituição que fixam os direitos que as pessoas têm em uma democracia constitucional.”¹³¹ (BUSTAMANTE, 2017, tradução livre).

¹³¹ “Kyritsis could have tried to press his argument in favour of ‘particular jurisprudence’ a bit further and inquire whether an openly interpretivist attitude towards the interpretation of rights and abstract political principles, which is Dworkin’s most important jurisprudential contention, can be reconciled with a conventionalist view about an institution’s duty to interpret the boundaries of its own authority to decide. It does not appear to be entirely contradictory, for instance, to support a conventionalist

Portanto, Bustamante (2017) lança a hipótese de que possa haver uma postura convencionalista a ser seguida para a interpretação de competências da Corte, enquanto nós vamos além e endossamos o minimalismo como o modo correto de se interpretar esses casos específicos. Apesar de as concepções (do convencionalismo e do minimalismo) convergirem no sentido de uma modéstia judicial, podemos verificar diferenças entre ambos. Enquanto o convencionalismo, tal qual descrito por Dworkin (1986, p. 114-115), apela para que os juízes apenas repitam uma decisão política do passado, o minimalismo se apresenta com mais sofisticação, pregando que a interpretação jurídica deve se apegar à premissa antiteórica e aos acordos não completamente teorizados (como vimos no capítulo 2).

Assim, segundo nossa visão, Kyritsis está equivocado ao advogar que a Corte deva ter a prerrogativa de delimitar qual é a melhor concepção da separação de poderes para determinar, até mesmo, os limites de suas próprias atribuições. Isso porque, para nós, se a Corte adota uma posição maximalista quanto às suas próprias competências, ela extrapola sua autoridade, justamente por atentar contra a própria moralidade política. O minimalismo judicial faria mais sentido do que normalmente tem para essa hipótese de interpretação das próprias competências.

Como vimos no primeiro capítulo, não há uma correlação necessária entre Cortes Constitucionais e democracia, nem do ponto de vista histórico nem do normativo. Seria possível afirmar, então, que as Cortes possuem uma espécie mais problemática de autoridade, em comparação com o Legislativo. Em relação a este, é menos problemático se afirmar que ele possui uma autoridade mais forte, pois esta é proveniente do seu batismo democrático. Isso deveria ter sido levado em conta de maneira mais ostensiva por Kyritsis, ao traçar o funcionamento de um projeto conjunto baseado na separação dos poderes.

Pelo contrário, Kyritsis partiu do pressuposto de que as Cortes estão em igualdade de condições com outros atores políticos democraticamente eleitos no tal projeto conjunto. E, na verdade, não estão. O que é pior, as Cortes, para Kyritsis, seriam os verdadeiros julgadores sobre suas próprias competências.

interpretation of the jurisdictional rules that define the competences of courts and parliaments while advocating a full-blooded interpretivism with regards to the provisions of the constitution that fix the rights people have in a constitutional democracy.” (BUSTAMANTE, 2017).

Para que as Cortes interpretem suas competências, de maneira compatível com a manutenção de sua autoridade, elas devem ser minimalistas (pelo menos quanto a esse ponto específico). Ou seja, essa seria mais uma condição para a sustentação da autoridade da Corte.

Assim, para que as Cortes possam manter sua autoridade ao interpretarem suas próprias atribuições, elas devem adotar uma postura modesta, com o menor grau de abstração, em respeito ao equilíbrio institucional e ao ideal democrático de que o somente o povo tem autoridade para decidir quais poderes as instituições estatais têm. Se o povo, diretamente, ou por meio de seus representantes, decide que a Corte tem o poder X, esta não pode adotar uma postura interpretativa diante da regra para dizer que na verdade seu poder corresponde a 2X, sob pena de se tratar de fato de um governo da Corte e não do povo.

Nesses casos em que a separação dos poderes estiver em jogo, é recomendável que a Corte se utilize de um critério de interpretação minimalista, evitando-se abstrações na medida do possível. Essa é a atitude minimalista exigida das Cortes: decidir sem abstrações quando for possível fazê-lo e não decidir em determinados casos para preservar a democracia.

Desse modo, minimalismo e democracia se alinham especialmente nessa questão de interpretação de competências institucionais. As Cortes devem, então, decidir utilizando-se de fundamentos estreitos, de modo a evitar resoluções finais, com a finalidade de promover os ideais democráticos de participação, de deliberação e de sensibilidade, deixando espaço para a atuação democrática do Congresso.

Como defendido por Sunstein, o minimalismo funcionaria aqui como um meio de restrição judicial, haja vista que uma Suprema Corte minimalista assume uma postura consciente dos ideais constitucionais e de seu lugar limitado na ordem constitucional. Sua atuação minimalista ajudaria a promover a democracia sem antecipar o processo democrático.

O minimalismo de Sunstein, como forma de restrição judicial, reduziria os limites da decisão judicial, além de diminuir a frequência dos erros e torná-los menos danosos. Como advertiu Thomas Christiano, a cautela quanto à atuação da Corte é

necessária, pois há uma dupla perda quando ela atua erradamente: ao falhar na proteção da igualdade pública e ao excluir uma lei democraticamente editada do ordenamento jurídico. Ou seja, o minimalismo seria uma forma de fazer com que a Corte atue dentro dos limites de sua legitimidade.

O minimalismo incentivaria o uso de razões, sem retirar a possibilidade de que decisões importantes sejam tomadas por atores politicamente responsáveis. Especialmente nessa questão de interpretação de competências, assiste razão a Sunstein quando afirma que a falta de *pedigree* democrático fundamenta uma atuação judicial favorável a acordos não completamente teorizados e, portanto, relutante em apresentar posições altamente teorizadas.

Ao invés de ascender no grau de abstração para alcançar um acordo (como no “*overlapping consensus*” de Rawls), os juízes devem diminuir do grau de abstração no minimalismo. Isso porque as decisões da Corte precisam refletir uma compreensão modesta ou sensata sobre suas próprias limitações de conhecimento e de legitimidade, o que envolve, como defendido por Sunstein, um uso menos ambicioso de argumentos teorizados.

No Brasil, após 1988, como observamos no capítulo 3, várias teses com alto grau de abstração foram adotadas pelo STF, provocando uma verdadeira concentração de poderes do Judiciário brasileiro e dos outros poderes em volta do próprio STF, embora também haja certas concessões do Legislativo como, por exemplo, na modulação de efeitos das decisões que é regulamentada por lei. Dentre essas teses adotadas, pode-se citar: a objetivação do controle concentrado de constitucionalidade, a “abstrativização” dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade e as sentenças intermediárias.

A adoção dessas teses pelo STF demonstra, de maneira clara, que quando a Corte expande sua atuação (ou suas próprias competências), por meio de interpretações e abstrações das mais variadas, há algo pernicioso para a democracia. A Corte não pode expandir suas próprias atribuições e falha quando o faz. Senão, vejamos.

Quanto à objetivação do controle concentrado de constitucionalidade, em que o processo passa a ser visto sem partes, ocorre um distanciamento entre o povo e

as decisões tomadas a seu respeito, como sustentado por Meyer. Desse modo, a Corte passa a decidir sem uma efetiva participação dos afetados por sua decisão, o que gera uma concentração de poder e, portanto, uma expansão não autorizada de competências próprias, contrariamente a um possível sentido democrático que tem jurisdicionados atuantes no processo e cujos argumentos devem ser levados em conta na decisão.

Esse mesmo argumento serve para a tese de que o controle concentrado passa a ser visto de maneira abstrata ou desvinculado das relações jurídicas concretas das pessoas. Em outras palavras, há novamente uma tentativa de distanciamento entre a Corte e as relações sociais, permitindo mais uma vez que a Corte expanda seus poderes no *judicial review* através de um tecnicismo exagerado, atuando isoladamente e, portanto, antidemocraticamente.

Quanto à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, passa-se a importar características próprias do controle concentrado para o difuso. O objetivo, de novo, é concentrar a atuação do Judiciário na Corte, no sentido de uma jurisdição de massa, estando ausente o rico debate que poderia ser proporcionado nas discussões das outras instâncias. Resultado: a Corte expande seus próprios poderes em face ao Judiciário comum, engessando-o.

No que se refere às sentenças intermediárias, as decisões não se resumiriam em declarar constitucional ou inconstitucional um ato normativo: através de sentenças aditivas, a Corte amplia o texto normativo, enquanto que pelas sentenças substitutivas ela literalmente substitui a decisão legislativa pela sua.

Exemplo de sentença aditiva, dado por Cruz, Meyer e Rodrigues, é a criação da hipótese de perda de mandato partidário sem previsão constitucional expressa. Por outro lado, um exemplo de sentença substitutiva é a tese da mutação do artigo 52, X, da Constituição brasileira de 1988, defendida pelo ministro Gilmar Mendes. Aqui, há um nítido propósito de expansão das próprias competências da Corte em detrimento do Legislativo (para não dizer usurpação das funções do Legislativo).

Assim, considerando a perniciosidade dessa tese da mutação do artigo 52, X, da CF de 1988 para a democracia, ela servirá, em especial, para demonstrar a adequação do nosso argumento minimalista sobre o modo como as Cortes devem

interpretar as suas próprias competências. Embora a referida tese não tenha sido adotada no julgamento final da Rcl. 4335/AC, ela continua a ser sustentada em sede doutrinária pelo ainda ministro do STF, Gilmar Mendes. Veremos tudo isso com detalhes no próximo tópico.

4.4 A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CF/88

4.4.1 O julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC

Como narramos em artigo científico de nossa autoria, em 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 82.959/SP, considerando incidentalmente inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos que proibia a progressão de regime para tais crimes. Assim, a decisão teria eficácia somente *inter partes*, como historicamente foi no controle difuso no Brasil, desde o seu surgimento em 1890 - conforme vimos no terceiro capítulo deste trabalho (BORGES, 2015, p. 24).

Desse modo, com lastro em tal decisão, diversos presos pela prática de crimes hediondos do Estado do Acre ingressaram com pedidos ao Judiciário para que lhes fosse concedida a progressão de regime¹³². Contudo, tais pretensões foram negadas pelo juiz da vara de execuções penais de Rio Branco (Acre), pelo fundamento de que a decisão do STF (que julgou inconstitucional o referido artigo da lei de Crimes Hediondos) alcançaria apenas as partes, haja vista que era caso de controle difuso de constitucionalidade. Então, para que a decisão do STF tivesse eficácia geral (*erga omnes*), o Senado Federal teria que suspender a execução da lei declarada inconstitucional, respeitando o teor claro do art. 52, X da CF/88 (BORGES, 2015, p. 24):

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

¹³² As referidas informações do processo foram retiradas do relatório do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl. 4335/AC.

Logo, considerando a competência constitucional do Senado - e não do STF-, enquanto o mencionado órgão do Legislativo não se manifestasse (o que ainda não ocorreu), o art. 2º, §1º da Lei 8.072/90 teria vigência plena (BORGES, 2015, p. 24).

Posteriormente, dada a negativa do magistrado, a Defensoria Pública do Estado do Acre ingressou com uma Reclamação Constitucional no STF, sob o argumento de que o referido juiz estaria descumprindo a decisão daquele tribunal no referido HC 82.959/SP(BORGES, 2015, p. 24).

Em seu voto no julgamento da reclamação (4335/AC), o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes (que foi seguido por Eros Grau), defendeu a tese de que o referido artigo 52, X, da Constituição passou por uma mudança em seu sentido, apesar de não ter havido alteração do seu texto. Segundo Mendes, tal “fenômeno” se daria porque a participação do Senado no controle de constitucionalidade não seria hoje tão relevante quanto era no momento da criação do instituto da suspensão da execução em 1934, em decorrência do próprio desenvolvimento histórico do *judicial review* no Brasil, que se direcionou no sentido de uma “abstrativização do controle difuso”. Além disso, para tentar justificar sua pretensão teórica, Mendes cita a necessidade de isonomia e de segurança jurídica nas decisões do Judiciário (BORGES, 2015, p. 24).

Em outras palavras, para Mendes, mesmo que o texto normativo da Constituição diga que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, o órgão legislativo teria apenas a função de publicizar as decisões proferidas pelo STF no controle difuso (BORGES, 2015, p. 24-25).

Observa-se, então, que essa tese da mutação¹³³ consiste em interpretar a Constituição de maneira abstrata e diametralmente oposta a seu texto. Assim, a decisão do STF, no controle difuso de constitucionalidade, teria eficácia geral automática, independentemente de qualquer atuação do Legislativo, ao contrário do que é previsto pelo texto constitucional (BORGES, 2015, p. 24-25).

¹³³ As mutações constitucionais seriam “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130).

No que se refere ao processo - Rcl. 4.335 - em que a tese foi sustentada, vale notar que, durante seu trâmite (portanto, antes do julgamento final: 20/03/2014), fora editada, em 16/12/2009¹³⁴, uma súmula vinculante que, na prática, já tornava aplicável para todos o conteúdo da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do §1º, art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (BORGES, 2015, p. 29). Vejamos:

“SÚMULA VINCULANTE 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”¹³⁵

Então, considerando a edição da súmula vinculante pelo STF durante o íterim do processo, a apreciação da tese do ministro Gilmar Mendes ficou prejudicada de fato, já que a questão ganhara eficácia *erga omnes* por força da súmula e não em função de uma mutação constitucional, como pretendiam Mendes e Grau.

4.4.2 A premissa que subjaz à tese: maximalismo na interpretação de competências da Corte

Para além da discussão sobre se o controle difuso deve ou não ter eficácia *erga omnes* independentemente da manifestação do Senado, ou seja, para além do mérito político da questão, parece-nos merecer mais atenção o que está por trás desse tipo de deliberação. Uma coisa é dizer que o controle de constitucionalidade brasileiro tem se desenvolvido historicamente nos rumos de uma abstrativização. Outra muito diferente é permitir que a Corte judicial possa decidir que determinado dispositivo constitucional seja interpretado contrariamente a seu texto, de modo a aumentar as atribuições da própria Corte e dizimar a participação do Legislativo no controle de constitucionalidade.

¹³⁴Disponível no site do STF. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_26_PSV_30.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

¹³⁵Disponível no site do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

Poderiam argumentar que se o STF tem a prerrogativa de editar súmulas vinculantes de eficácia geral, então, não faria sentido aplicar um dispositivo constitucional que demandasse a participação do Legislativo para que a decisão no controle difuso tivesse eficácia *erga omnes*. Mesmo que se admitisse, por hipótese, que o dispositivo está ultrapassado, não cabe à Corte decidir sobre isso. Os representantes do povo que o façam, caso assim entendam.

O argumento de Mendes (2004, p. 164-165) é de que o artigo 52, X, teria, hoje, um novo significado, considerando a expansão da jurisdição constitucional no Brasil. Assim, esse novo sentido demandaria uma interpretação judicial apta a revelá-lo: “esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da constituição de 1988.”

Assiste razão a Meyer, Cruz e Rodrigues (2012, p. 117) quando afirmam que o STF “pretendia retirar o alcance do texto da norma e, então, constituir outro inteiramente diverso”. Esse tipo de deliberação é nocivo para a democracia, pois a Corte passa a assumir o papel de definidora das próprias competências, podendo, inclusive substituir um texto por outro¹³⁶. Desse modo, Marcelo Cattoni, Martonio Mont’Alverne e Lenio Streck (2007, p. 3) estão certos quando afirmam que pela referida tese a Corte brasileira se equivaleria a um “poder constituinte permanente e ilegítimo”.

A tese de Mendes geraria uma decisão arbitrária, considerando que a arbitrariedade, no sentido moderno, pode significar imprevisibilidade, falta de razão e ilegitimidade política, segundo Waldron (1999, p. 167). Assim, pode-se afirmar que a mutação defendida por Mendes é imprevisível, haja vista que nem o próprio texto legal é limite para a interpretação, o que impossibilitaria qualquer tipo de segurança jurídica. Ademais, faltam razões jurídicas para a deliberação, pois Mendes se apoia em argumentos pragmáticos visando desafogar o Judiciário. Por fim, a mutação é ilegítima politicamente, considerando que uma Corte Constitucional não tem autoridade para modificar o texto claro da Constituição e nem para aumentar suas próprias competências (BORGES, 2015, p. 27-28).

¹³⁶ Exemplo disso, lembra Meyer (2008, p. 76), pode ser visualizado também em um caso julgado pela Corte Constitucional Italiana: “na sentença 298/1995, da Corte Constitucional Italiana, houve a alteração de diversos dispositivos do Código Penal Militar, a fim de que certos tipos passassem a ser apenados não com reclusão de cinco a dez anos, mas somente de um a cinco anos.”

Até mesmo atualizar o sentido do texto pode ser perigoso, como advertem Sunstein e Vermeule (2003, p. 906). Imagine-se, então, “atualizar” o sentido do texto – substituindo-o, na prática, por outro - de forma a expandir seus próprios poderes:

“Em qualquer caso, atualizar pode ser perigoso se os novos valores, ainda não hábeis a receber claro apoio democrático, são questionáveis em fundamentos normativos. (É completamente irrelevante mencionar que os juízes nazistas foram atualizadores entusiastas?).”¹³⁷ (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 906, tradução livre).

Nota-se, então, que, através da referida tese, o STF poderia (por maioria simples, diga-se de passagem) extirpar um instituto criado em 1934 e endossado por sucessivas Constituições, em especial pela de 1988, aumentando, com isso, suas próprias competências no controle difuso em prejuízo da participação do Legislativo que, praticamente, seria extinta. Por isso, o texto normativo (no caso específico, da Constituição) é importante para o intérprete, especialmente nesses casos de repercussão institucional.

Portanto, fica clara a premissa que subjaz à tese de Mendes: a Corte assumiria uma postura altamente teórica e maximalista na interpretação da suas próprias competências. A Corte, então, encamparia uma posição interpretativista em relação às regras que definem a sua competência, podendo, inclusive, aumentá-la, considerando o passado institucional e o desenvolvimento do direito, como defendido por Mendes.

Seria possível sustentar, a partir dessa premissa de Mendes, a existência de um projeto conjunto e colaborativo entre Cortes e Legislativo no sentido idealizado por Kyritsis?

Entendemos que não. Talvez o próprio Kyritsis não concordasse com o absurdo proposto por Mendes¹³⁸. Porém, a tese de Kyritsis falha justamente por não

¹³⁷ “*In any case, updating may cause harm if the new values, not yet able to receive clear democratic support, are questionable on normative grounds. (Is it entirely irrelevant to mention that Nazi judges were enthusiastic updaters?)*” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 906).

¹³⁸ Fazendo uma leitura de Dworkin, Flávio Pedron (2011, p. 202-203), numa análise procedimentalista, destaca o importante papel do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade no Brasil, o que evidenciaria o déficit de democraticidade e integridade da tese de Mendes. Segundo Pedron (2011, p. 202-203), a participação do Legislativo no controle de constitucionalidade brasileiro pluralizaria as razões para a tomada de decisões.

compreender que a Corte não tem autoridade para aumentar suas próprias competências e essa falta de autoridade fica muito clara na tese da mutação de Mendes. Kyritsis falha também por não prever a possibilidade de que a Corte aja de maneira arbitrária (como o STF agiria se tivesse encampado a tese de Mendes). Ou seja, Kyritsis falha justamente no ponto em que coloca as Cortes como grandes intérpretes de suas próprias competências, com suporte em um maximalismo judicial.

Por melhor respeitar o equilíbrio institucional e o ideal democrático de que apenas o povo decide sobre quais poderes as instituições estatais têm é que o minimalismo judicial apresenta um apelo muito maior para esses casos. Bustamante (2017) apresenta um posicionamento parecido com esse, embora o faça de maneira expressa em relação ao convencionalismo (que apesar de implicar na prática em modéstia judicial se difere da nossa postura minimalista como vimos mais acima, embora reconheçamos a plausibilidade do argumento convencionalista também). Vejamos a posição de Bustamante:

“O argumento de Dworkin mais poderoso contra a versão estrita do convencionalismo, na minha visão, é a acusação de que o convencionalismo rejeita a ‘consistência de princípio’ como uma fonte dos direitos legais. Como Dworkin explica, o ponto do convencionalismo é uma defesa do valor de acordos jurídicos e da previsibilidade. Para o convencionalista, ‘ter alguma regra estabelecida é mais importante do que ter qualquer regra particular’. Tudo isso, como Dworkin sugere, conta como uma razão poderosa para rejeitar o convencionalismo como uma teoria interpretativa geral. Porém, poderia muito bem ser o caso de que há razões democráticas ou relacionadas ao processo para se interpretar a separação de poderes (e as competências judiciais) em um modo convencionalista estrito (ou positivista).”¹³⁹ (BUSTAMANTE, 2017, tradução livre).

Sugeriríamos, então, que o STF, ao se deparar com um caso semelhante a esse da Rcl. 4335/AC para julgamento, deva adotar uma postura modesta, evitando

¹³⁹ “Dworkin’s most powerful argument against the strict version of conventionalism, in my view, is the charge that conventionalism rejects “consistency in principle” as a source of legal rights.¹³⁹ As Dworkin explains, the point of conventionalism is a defence of the value of legal settlement and predictability. For the conventionalist, “having some settled rule is more important than having any particular rule”. All of this, as Dworkin suggests, counts as a powerful reason for rejecting conventionalism as a general interpretive theory. But it could well be the case that there are democratic or process-related reasons for interpreting the separation of powers (and the jurisdictional competences) in a strict conventionalist (or positivist) way.” (BUSTAMANTE, 2017).

abstrações, na medida do possível, de maneira condizente com os limites de sua autoridade pré-determinada no projeto constitucional.

Assim, para nós, o STF deveria decidir a Rcl. 4335/AC, por exemplo, se não tivesse sido editada a súmula vinculante 26 (apenas numa hipótese ilustrativa), da seguinte forma: considerando que não foi editada a resolução pelo Senado Federal nos termos do artigo 52, X, CF/88, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, a questão tem eficácia apenas para as partes. Deveria, com isso, negar a existência de efeito “erga omnes” e, com isso, fechar a via da reclamação constitucional como o caminho natural para revisão da matéria pelo STF.

Essa seria uma forma menos ambiciosa face aos argumentos altamente teorizados propostos por Mendes. Destarte, caso o minimalismo fosse adotado na decisão, seria uma forma de restrição judicial, reduzindo os limites da decisão (através de argumentos estreitos e rasos) e diminuindo a probabilidade e a nocividade de erros (como adviria da proposta de Mendes).

Por isso, o STF deveria ter adotado um critério minimalista de interpretação, de modo a evitar as abstrações propostas por Mendes e endossar o teor do artigo 52, X, com fundamentos estreitos, deixando a decisão para o Legislativo, caso se entendesse que o referido dispositivo jurídico necessita de atualização. Assim o STF agiria minimalistamente ao decidir sem abstrações ou também ao não decidir para se preservar a democracia.

Na hipótese de se entender que o dispositivo previsto no artigo 52, X, da Constituição necessita de atualização, caberia ao Legislativo fazê-la (se a mudança for possível pela sistemática da Constituição). Por isso é que, na prática, o minimalismo incentivaria o uso de razões, ao mesmo tempo em que permitiria a tomada de decisões importantes por atores politicamente responsáveis.

A ideia de democracia é caracterizada pela pluralidade e pela participação popular, o que não ocorre quando a Corte decide, singularmente, sobre o alcance de suas atribuições (como é o caso da tese da mutação constitucional do art. 52, X). Deve-se preservar o caráter de democraticidade da elaboração das leis pelo Legislativo, em detrimento da legislação pelas Cortes:

“há sempre uma perda para a democracia quando uma visão sobre as condições da democracia é imposta por uma instituição não democrática, mesmo quando essa visão é correta e sua imposição melhora a democracia”.¹⁴⁰ (WALDRON, 1999, p. 302, tradução livre).

Thomas Bustamante e Evanilda Godoi (2015, p. 8) concordam com essa afirmação de Waldron, embora a façam com uma postura um pouco diferente:

“Sempre que uma questão político-moral fundamental acerca de nossa comunidade é fixada por meio de uma corte constitucional, em detrimento do processo legislativo democrático, há uma perda para a democracia, mesmo quando essa perda puder ser justificada por razões instrumentais.”

Portanto, o minimalismo apresenta um aspecto mais democrático nos casos em que a interpretação de competências institucionais das Cortes está em jogo. Para este caso de interpretação de competências próprias, ao adotar argumentos estreitos e ao evitar resoluções finais, as Cortes assumem uma postura coerente com sua autoridade (que não compreende a expansão de atribuições próprias), além de respeitar a atuação democrática do Congresso. É assim, então, que o Supremo Tribunal Federal deve agir nos próximos casos similares ao da Rcl. 4335/AC: minimalistamente.

¹⁴⁰ “*there is always a loss to democracy when a view about the conditions of democracy is imposed by a non-democratic institution, even when the view is correct and its imposition improves democracy.*” (WALDRON, 1999, p. 302).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observamos no primeiro capítulo deste trabalho, considerando a evolução histórica do Constitucionalismo, vários elementos passaram a ser associados a ele com o fim de se respeitar as exigências democráticas: Estado de Direito, Constituição (escrita ou não), Separação de Poderes com Legislativo e Executivo eleitos pelo povo, defesa de direitos individuais, *judicial review*, além de outros.

Dentre esses elementos, enfocamos a pesquisa no *judicial review* (mais especificamente nas Cortes Constitucionais), dada a grande controvérsia sobre sua legitimidade, desde seu surgimento em 1803 com *Marbury v. Madison*¹⁴¹ nos Estados Unidos.

Verificamos que a relação entre *judicial review* e democracia não é uma implicação necessária, tanto do ponto de vista histórico (foram analisados os Constitucionalismos de países onde o *judicial review* teve suas raízes como os Estados Unidos e a Áustria e também países que se desenvolveram sem que tradicionalmente houvesse *judicial review* como a Inglaterra e a França) quanto do ponto de vista normativo (a lógica de Marshall é falha, considerando a cláusula alternativa tácita de Kelsen que permite que uma norma inconstitucional seja válida até que outra, criada pela Corte, lhe retire a validade).

As Cortes Constitucionais não são um produto inevitável da democracia. Como advertiu Thomas Christiano, quando as Cortes decidem erradamente no controle de constitucionalidade, a perda para a democracia é dupla, pois além de errar na sua função de proteger a igualdade pública, ainda retiram do ordenamento jurídico uma lei editada democraticamente.

Para nós, Thomas Christiano está correto quando defende que a autoridade das Cortes só pode ser instrumental e condicional, enquanto que a assembleia dos representantes do povo possui uma autoridade vigorosa justificada pela própria origem democrática. Ou seja, para as Cortes Constitucionais, somente mediante determinadas condições em que sua atuação assegure de fato a igualdade pública,

¹⁴¹ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

e desde que as boas decisões superem as ruins, sua autoridade pode ser justificada como instrumento que colabora com a garantia dos ideais democráticos.

Notamos também que recentemente, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a atuação das Cortes tem aumentado, de modo que as mesmas passaram a deliberar sobre questões de moralidade política das mais diversas como aborto, inclusão social, discriminação racial, sexual, dentre outras.

Entretanto, o foco principal deste trabalho se direcionou para o ponto de vista institucional, especificamente para os casos em que a Corte Constitucional (considerando que existe uma justificação instrumental para sua existência, como sustentam Thomas Christiano e Thomas Bustamante) interpreta os limites de sua própria competência no controle de constitucionalidade, muitas vezes em detrimento dos outros poderes.

Nesse contexto, observamos no capítulo 2 que o minimalismo parece – em certos casos específicos, como o trabalhado nesta dissertação - ter um apelo moral e democrático maior do que normalmente tem, pois o maximalismo encorajaria a Corte a aumentar seus próprios poderes sem previsão constitucional expressa. A nossa posição, portanto, é de que a premissa antiteórica de Sunstein deve ser adotada para esses casos em especial.

Em outras palavras, as Cortes, quando interpretam os limites de suas próprias competências, devem abraçar uma postura modesta, com o menor grau de abstração possível, considerando o equilíbrio institucional. Para esses casos, uma interpretação jurídica minimalista que se utiliza de fundamentos estreitos, de modo a deixar a decisão para o Legislativo, quando faltar significados precisos ao texto, parece ser a maneira mais plausível de se considerar o ponto de vista institucional e de se respeitar a democracia.

Abstrações não são bem-vindas, neste ponto, e não podem servir para tentar justificar uma atividade de expansão própria de atribuições. Aliás, não parece, inclusive, moralmente correto que a Corte possa decidir sobre quais poderes ela própria tem.

Para esta hipótese específica, mesmo que Dworkin esteja certo quando critica a premissa antiteórica de Sunstein, o minimalismo judicial parece ter um apelo

maior, pois permite a promoção do equilíbrio institucional, e, portanto, da deliberação democrática, já que deixa, em última instância, que o próprio povo, por meio de seus representantes eleitos, decida sobre os limites de atuação das instituições que formam o aparato estatal.

Assim, quando a Corte está interpretando os limites de sua atuação, não se pode proceder de modo abstrato (como Dworkin sugere para questões sobre direitos), sob pena de a decisão ser arbitrária (imprevisível, desarrazoada e ilegítima politicamente), no sentido moderno do termo colocado por Jeremy Waldron.

Aliás, o próprio Dworkin parece defender uma atuação minimalista das Cortes para hipóteses em que as regras jurídicas parecem não dar abertura para abstrações. O autor norte-americano (1996, p. 8) esclarece que a leitura moral da Constituição não se aplica a todos os casos que envolvem a interpretação da Constituição. Isso porque, conforme explica o autor, a Constituição americana possui cláusulas que não são propriamente abstratas, nem são esboçadas na linguagem de princípios morais, como, por exemplo, a previsão da idade mínima de 35 anos para Presidente da República ou a proibição de se alocar soldados nas casas dos civis em tempos de paz.

Assim, se para outras regras cuja interpretação é inequívoca as abstrações não são bem-vindas, muito menos serão para os casos em que a Corte interpreta os limites de sua própria competência, considerando as consequências institucionais. Se determinada regra que define a competência da Corte não for suficientemente precisa e específica, a Corte deve deixar a decisão para os representantes do povo, pois não conseguimos vislumbrar uma justificação democrática que permita a defesa de uma espécie de autoridade das Cortes em aumentar seus próprios poderes, como alguma tese maximalista poderia sugerir.

Aqui há uma justificação muito maior para o minimalismo de Sunstein (como se argumentou ao longo deste último capítulo), de modo que a decisão deve ser superficial e estreita, deixando a decisão sobre uma possível mudança, quando for o caso, para atores politicamente responsáveis como o Legislativo.

A Corte não pode expandir os limites de sua atuação e falha quando o faz. A expansão do controle de constitucionalidade brasileiro pelo STF e, em especial, a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88 provam isso claramente.

Por essas razões, entendemos que Kyritsis está equivocado ao defender que as Cortes Constitucionais sejam as grandes intérpretes de suas próprias competências, com base em um maximalismo judicial, no chamado “projeto conjunto” com o Legislativo.

O minimalismo, para os casos em que a Corte interpreta sua própria função, tem um apelo democrático muito maior por incentivar uma forma de aplicação do Direito condizente com sua autoridade instrumental e condicional, que não compreende uma expansão própria de atribuições no projeto constitucional determinado pelo povo ou por seus representantes eleitos democraticamente. Portanto, o Supremo Tribunal Federal deve interpretar os futuros casos semelhantes ao da Reclamação 4335/AC com base em uma postura minimalista.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, v. 113, n 3, p. 634-725, 2000.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara, 2012.

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: A Tênu Fronteira entre o Direito e a Política*. Migalhas, fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 30 de março de 2015.

BELLAMY, Richard. *The Limits of Lord Sumption: Limited Legal Constitutionalism and the Political Form of the ECHR*. In: Lord Sumption and the Limits of Law. Organizado por N Barber e R. Ekins. Oxford: Hart Publishing, 2016.

BORGES, Adriano Souto. *A Separação dos Poderes e a Expansão da Jurisdição Constitucional: uma análise da mutação do artigo 52, X, CF/88*. In: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2014, Belo Horizonte. Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Entre a Crítica e a Defesa da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. p. 19-31.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos Mais Díficeis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. *Constitutional Courts as “negative Legislators”: The Brazilian Case*. Revista Jurídica Piélagus, Colombia, n. 9, 2010. Disponível em: <<http://www.journalusco.edu.co/index.php/Pielagus/article/view/76/1704>>. Acesso em: 11 de junho de 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro’s Planning Theory of Law*. Australian Journal of Legal Philosophy, v. 37, p. 219-250, 2012b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *L’interprétation juridique et la Cour suprême fédérale du Brésil: considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique*

et sur la révision de la théorie du «législateur négatif». Les Cahiers de Droit, vol. 54, no 1, p. 15-31, 2013a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: Segurança Jurídica. Coordenador: Sacha Calmon Navarro Coêlho. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b. p. 65-106.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H.L.A. Hart?* Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n.1, p. 307-327, jan./abr. 2015a. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>> Acesso em: 05 de Agosto de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Anti-Theoretical Claims About Legal Interpretation: The Argument Behind the Fallacy*. In: Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation. Editado por Thomas Bustamante e Christian Dahlman. Switzerland: Springer, 2015b. p. 95-110.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. *Jurisdição Constitucional na era Cunha: Entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do Supremo Tribunal Federal*. Social Science Research Network, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633948>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?* In: Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism. Law and Philosophy Library, v. 113. Editado por Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves Fernandes. Switzerland: Springer, 2016a. p. 29-69.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Positivismo normativo ou novos desenhos institucionais? Uma análise de duas alternativas para se contestar a supremacia das Cortes Constitucionais*. Manuscrito pendente de publicação nos Cadernos GV-Rio, 2016b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Is Kyritsis' Interpretive Jurisprudence Sufficiently Interpretive? An Observation on "Shared Authority"*. In Jurisprudence: An International Journal on Legal and Political Thought, 2017 (no prelo).

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Apresentação Nelson Jahr Garcia. EbookLibris, 2002. p.191-202.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. STRECK, Lenio Luiz; A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

CHRISTIANO, Thomas. *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its limits*. New York: Oxford University Press, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011.

FABBRINI, Federico. *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*. *German Law Journal*, v. 9, n. 10, p. 1297-1312, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

HAILBRONNER, Michaela. *Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 626–649, 2014. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/12/3/626.full.pdf+html>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.

MANERO, Juan Ruiz. *On the Tacit Alternative Clause*. In: *Cognition and Interpretation of Law*. Editado por Letizia Gianformaggio e Stanley L. Paulson. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. p. 247-255.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 164-165, abr./jun. de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. 1.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Repercussão geral e separação de poderes: uma perspectiva procedimentalmente adequada do instituto ante a relação entre Legislativo e Judiciário no Estado Democrático de Direito*. In: Luiz Fux; Alexandre Freire; Bruno Dantas. (Org.). *Repercussão geral da questão constitucional*. 1 ed. São Paulo: GEN/Forense, 2014, v. 1, p. 1-33.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Mellville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NANNINI, Sandro. *Legal Validity and Conformity to Law*. In: *Cognition and Interpretation of Law*. Editado por Letizia Gianformaggio e Stanley L. Paulson. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. p. 231-246.

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

NOBRE, Marcos. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas*. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n° 9, p. 5-20, nov. 2011.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2011.

PERRY, Michael J. *What is the Constitution? (and other fundamental questions)*. In: *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Editado por Larry Alexander. Cambridge University Press, 1998. p. 99-151.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Volume III, 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10> Acesso em: 22 de abril de 2015.

POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. Harvard Law Review, v. 111, n. 7, p. 1638-1717, 1998.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2003. p. 1-97.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

ROGOFF, Martin A. *A Comparison of Constitutionalism in France and the United States*. *Maine Law Review*, v. 49, p. 22-ss, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Trajetória Constitucional Brasileira*. In: *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95-182.

STRECK, Lenio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2001a.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy. What Constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001b.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, 2003.

TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy*. In: *Great Cases in Constitutional Law*. Editado por Robert P. George. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 17-54.

VERMEULE, Adrian. *Should We Have Lay Justices?* *California: Stanford Law Review*, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *“Despotism in some form”: Marbury v. Madison*. In: *Great Cases in Constitutional Law*. Editado por Robert P. George. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 55-63.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALUCHOW, Wil. *Constitutionalism*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.

WOODHOUSE, Diana. *The Constitutional Reform Act 2005 – defending judicial independence the English Way*. In: *International Journal of constitutional Law*, Vol 5 (1), p. 153-165, 2007.

Legislação

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

BRASIL. Decreto 510 de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>> Acesso em: 11 de abril de 2015.

BRASIL. Decreto 848 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66054&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>> Acesso em: 11 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 27 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 29 de abril de 2015.

BRASIL. Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 30 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

Senado Federal

SENADO FEDERAL. Anais das Sessões de 17 de setembro a 15 de outubro de 1894. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1894/1894%20Livro%204.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2015.

Câmara dos Deputados

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Annaes da Assembléa Nacional Constituinte. Volume V [1933 - 1934]. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8228>>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

Supremo Tribunal Federal

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas vinculantes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_033>. Acesso em 21 de maio de 2015.