

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Rafael Costa de Souza**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMA POLÍTICA:  
LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**Belo Horizonte**

**2017**

**RAFAEL COSTA DE SOUZA**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMA POLÍTICA:  
LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito na área de concentração *Direito e Justiça*.

Linha de pesquisa: *Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito*, na área de estudo *Direito Político*.

Orientadora: Professora Dra. Adriana Campos.

**Belo Horizonte  
2017**

---

S729j Souza, Rafael Costa de  
Jurisdição constitucional e reforma política : limites e possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal / Rafael Costa de Souza – 2017.

Orientadora: Adriana Campos Silva.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional – Teses 2. Jurisdição – Brasil – Teses  
3. Supremo Tribunal Federal – Teses 4. Reforma política – Brasil

I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 342.56(81)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação intitulada “Jurisdição Constitucional e Reforma Política: limites e possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal”, de autoria do mestrando Rafael Costa de Souza, foi considerada \_\_\_\_\_ pela banca examinadora.

---

Professora Doutora Adriana Campos Silva (orientadora)  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Márcio Luís de Oliveira  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2017.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Inteligência Suprema do Universo pela dádiva da existência.

Aos meus pais, Roberto Lúcio e Joana, a minha gratidão eterna pelo amor incondicional e por serem os verdadeiros responsáveis pelos meus méritos. Aos meus irmãos, Saulo, Daniel e Beto, pela paciência e pelo carinho.

À Vó Haydee, pelo amor de vó. Vó Terezinha, Vô Lindolfo e Vô João recebam neste agradecimento simbólico o meu abraço de gratidão e saudade. Aos meus tios, tias, primos e primas, por me ensinarem o verdadeiro valor da família.

À professora Adriana Campos pela orientação carinhosa e pelo afeto durante a jornada árdua das pesquisas.

Aos professores da Universidade Federal de Minas Gerais que desde a graduação têm instigado o amor pela docência. Em especial, aos Professores Bernardo Gonçalves Fernandes, Márcio Luís de Oliveira, Rodolfo Viana Pereira e Thomas Bustamante, que foram extremamente importantes para esta pesquisa.

À Danielle, à Mariana e à Tainá, pela sincera amizade e por terem compartilhado as alegrias e as angústias da vida acadêmica.

Aos colegas de docência do Centro Universitário Newton Paiva pelo companheirismo.

Aos colegas do Cruz, Duarte, Moura e Silva Advogados Associados pela oportunidade de aprendizado diário no escritório. Em especial ao Dr. Fábio Cruz por ser um modelo de profissional e de amigo

Aos amigos da Pós-graduação Tarcísio, João Meira, Raphael, Deivide e Gabriel pela interlocução e conhecimento compartilhado.

Aos amigos do Colégio Santo Antônio (Muzengueiros), pela verdadeira amizade.

"Government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the Earth."

(Abraham Lincoln)

## RESUMO

Com a expansão da jurisdição constitucional e do fenômeno da judicialização da política, o Poder Judiciário tem sido provocado a enfrentar problemas da vida política que historicamente eram solucionados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Na experiência brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente provocado a decidir sobre questões atinentes à reforma política, como o financiamento de campanha, a cláusula de barreira ou a fidelidade partidária. No entanto, sempre que as Cortes Constitucionais se deparam com temas que dizem respeito tipicamente ao processo político majoritário, ressurgem o clássico dilema da “dificuldade contramajoritária” e é retomada a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Após passar por um longo período de entusiasmo, a expansão da jurisdição constitucional tem sido revista pela teoria constitucional contemporânea. As contribuições das novas críticas à supremacia judicial têm demonstrado a necessidade de repensar o modelo teórico de justificação da jurisdição constitucional. A problemática ganha contornos específicos quando se trata do núcleo estruturante do processo democrático, como a reforma eleitoral. Nesse contexto, a dissertação analisa os limites e as possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma política a partir das teorias contemporâneas críticas à supremacia judicial.

**PALAVRAS – CHAVE:** Jurisdição Constitucional; Reforma Política; Supremo Tribunal Federal

## **ABSTRACT**

With the expansion of judicial review and the phenomenon of the judicialization of politics, the Judiciary has faced problems of political life that historically were solved by the Legislative and Executive Powers. In the Brazilian experience, the Federal Supreme Court has adjudicated questions about political reforms, such as campaign funding, barrier clause, or partisan allegiance. Whenever Constitutional Courts are faced with issues that typically concern the majoritarian political process, the classic dilemma of the "countermajoritarian difficulty" resurfaces and the discussion on the democratic legitimacy of judicial review. After going through a long period of enthusiasm, the expansion of constitutional jurisdiction has been reviewed by contemporary constitutional theory. The contributions of the new critics to the judicial supremacy have demonstrated the need to rethink the theoretical model of justification of the constitutional review. The problem becomes more specific when it comes to the structuring nucleus of the democratic process, such as political reform. In this context, the dissertation analyzes the limits and possibilities of action of the Federal Supreme Court in matters of political reform in light of contemporary theories critical of judicial supremacy.

**KEYWORDS:** Judicial review; political reform; Brazilian Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS PRÉVIOS E APRESENTAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA .....</b>	<b>14</b>
1.1 Delimitação de conceitos: jurisdição constitucional, reforma política, judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial .....	14
1.1.1 <i>Jurisdição constitucional</i> .....	14
1.1.2 <i>Reforma política</i> .....	15
1.1.3 <i>Judicialização da política</i> .....	16
1.1.4 <i>Ativismo judicial</i> .....	17
1.1.5 <i>Supremacia judicial</i> .....	19
1.2 Apresentação do objeto de pesquisa .....	20
<b>2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL.....</b>	<b>28</b>
2.1 <i>Marbury v. Madison</i> : a afirmação da jurisdição constitucional e suas circunstâncias políticas .....	34
2.2 Neoconstitucionalismo e consolidação da jurisdição constitucional .....	42
2.3 A defesa da jurisdição constitucional e da legitimidade da supremacia judicial .....	50
2.3.1 <i>Ronald Dworkin e a afirmação da supremacia judicial</i> .....	50
2.3.2 <i>Robert Alexy e a representação argumentativa da jurisdição constitucional</i> .....	53
<b>3 PROPOSTAS TEÓRICAS DE LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS CRÍTICAS A SUPREMACIA JUDICIAL .....</b>	<b>56</b>
3.1. As críticas contemporâneas a supremacia judicial.....	56
3.1.1 <i>O constitucionalismo político e o déficit democrático do judicial review</i> .....	56
3.1.2 <i>O constitucionalismo popular e a reivindicação do protagonismo popular na interpretação da constituição</i> .....	60
3.1.3 <i>A virada institucional e a capacidade interpretativa das instituições</i> .....	62
3.1.4 <i>As análises comportamentais dos juizes: o judicial review para além do Direito</i> ..	64
3.2 Propostas teóricas de limitação da jurisdição constitucional .....	70
3.2.1 <i>Autorrestrrição judicial e a fórmula do erro manifesto</i> .....	70
3.2.2 <i>Alexander Bickel e as virtudes passivas</i> .....	72
3.2.3 <i>O minimalismo de Cass Sunstein</i> .....	74
3.2.4 <i>Diálogos institucionais</i> .....	76
<b>4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E REFORMA POLÍTICA.....</b>	<b>80</b>

4.1. Cláusula de barreira.....	81
4.2 Fidelidade Partidária .....	85
4.3 Financiamento de Campanha .....	89
4.4 Conclusões parciais .....	95
<b>5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMA POLÍTICA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>96</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS .....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>116</b>

## INTRODUÇÃO

Como justificar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade realizado por juízes não eleitos sobre atos normativos de agentes políticos eleitos democraticamente? E mais, como justificar o *judicial review* sobre matérias que dizem respeito tipicamente ao processo político majoritário, como a reforma política? É o Supremo Tribunal Federal a instância adequada para dar a última palavra sobre o financiamento de campanha eleitoral, sobre a fidelidade partidária ou até mesmo sobre a adoção da cláusula de barreira? Estar-se-ia vivendo uma juristocracia?

A presente dissertação nasce destas indagações e, em especial, da análise cotidiana da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre o processo político brasileiro. É certo que não se tratam de novos questionamentos, pelo contrário, o conflito entre a Democracia e a Constituição pode ser encontrado de forma embrionária até mesmo na Grécia de Péricles. Na obra *A República*, já era possível encontrar a desconfiança de Platão em relação às deliberações do povo e proposição de que o governo não deveria ser conduzido pelas assembleias populares e sim por um grupo seletivo de cidadãos virtuosos e racionais, que por sua posição privilegiada estariam muito melhor preparados para identificar as melhores diretrizes para a comunidade.

Na contemporaneidade, por décadas a doutrina constitucional têm se debruçado sobre a denominada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário posta por Alexander Bickel em 1962. Afinal de contas, como justificar a legitimidade de 11 (onze) magistrados não eleitos anularem atos normativos de 594 (quinhentos e noventa e quatro) congressistas eleitos?

No contexto estadunidense, a discussão se tornou uma verdadeira *obsessão acadêmica*<sup>1</sup> dos estudiosos da relação entre Constituição e Democracia. Desde a célebre decisão de John Marshall no caso *Marbury v. Madison* que inaugurou uma nova era na relação entre Direito e Política, inciou-se uma longa tradição de estudos sobre a legitimidade democrática do *judicial review*. Na Europa, a discussão ganhou contornos diferentes com o debate acadêmico de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição e sobre o surgimento do modelo de controle concentrado de constitucionalidade em um Tribunal Constitucional.

---

<sup>1</sup> Expressão de Barry Friedman no artigo “*The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty*”. (falta completar as referências da nota de rodapé)

No Brasil, muito embora a dificuldade contramajoritária não tenha sido, durante muito tempo, um problema real para Teoria Constitucional brasileira em razão da longa tradição de omissões do Poder Judiciário nos regimes ditatoriais, o problema não passou despercebido pelos juristas brasileiros. Em 1893, Ruy Barbosa publicava a obra “A Constituição e os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, na qual fazia uma defesa apaixonada da legitimidade e da função do controle de constitucionalidade. Em 1932, na clássica obra “Os fundamentos actuaes do direito constitucional”, Pontes de Miranda já afirmava que o controle judicial dos atos legislativos era o *punctum dolens* da doutrina constitucional. No entanto, com a promulgação da Constituição da República de 1988 e com o Supremo Tribunal Federal sendo alçado a novo *status* no cenário institucional, o tema passou a ser gradativamente debatido pela doutrina brasileira.

Passados mais de duzentos anos da célebre decisão proferida pela Suprema Corte Norte-americana no *writ of mandamus* impetrado por Willian *Marbury*, a jurisdição constitucional se consolida e se expande cada vez mais em nível mundial. Este fenômeno tem sido acompanhado pela expansão do Poder Judiciário como um todo e o conseqüente processo de judicialização da política.

No contexto brasileiro, o fenômeno ganhou proporções ainda maiores. A doutrina pátria sofreu forte influência das teorias neoconstitucionalistas e passou a predominar o entendimento de que cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido e o alcance da Constituição. O Poder Judiciário, então, se deslocou para o centro do sistema político e se tornou o principal ator do cenário constitucional. As principais questões da vida política passaram a ser decididas em última instância pelo STF.

No entanto, com o protagonismo exarcebado da Corte constitucional brasileira, a doutrina passou a absorver as críticas contemporâneas à supremacia judicial. Assim, as ideias do constitucionalismo político, do constitucionalismo popular e do constitucionalismo democrático começaram a reverberar no Brasil e iniciou-se um movimento para colocar em xeque a supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal.

Feito este introito, percebe-se então que o presente trabalho se encontra numa tradição secular de estudos da teoria constitucional mundial. A dissertação é herdeira de uma longa linhagem acadêmica que tem início com a publicação da obra “O Federalista” de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, passa pelo proficuo debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt e chega até ao debate contemporâneo sobre afirmação da supremacia

judicial, que terá como expoentes autores como, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Cass Sunstein, Mark Tushnet, Lawrence Tribe, Jeremy Waldron, Adrian Vermeule, Barry Friedman, entre outros.

No Brasil, destacam-se as obras de José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Cleve, Eros Roberto Grau, Daniel Sarmento, Gilberto Bercovici, Gustavo Binbenbujm, Cláudio Pereira de Souza Neto, Lênio Luiz Streck, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Rodrigo Brandão e Miguel Gualano de Godoy.

Não seria possível abandonar o registro de que a presente pesquisa se encontra inserida em uma longa tradição de pesquisas da Universidade Federal de Minas Gerais sobre a jurisdição constitucional, na qual identificamos pelo menos três gerações de pesquisadores. Na primeira geração, encontram-se autores clássicos do direito constitucional brasileiro, como Raul Machado Horta<sup>2</sup> e José Alfredo de Oliveira Baracho.<sup>3</sup> A segunda geração é formada por um grupo de estudiosos que, em sua maioria, compõem o atual corpo docente da Vetusta Casa de Afonso Pena, como Fernando Gonzaga Jayme,<sup>4</sup> Marcelo Andrade Cattonide Oliveira,<sup>5</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes, Thomas Bustamante,<sup>6</sup> Maria Fernanda Salcedo Repolês<sup>7</sup> e Emílio Peluso Neder<sup>8</sup>. Destaca-se ainda nessa geração, as obras dos egressos José Adércio Leite Sampaio<sup>9</sup> e Alvaro Ricardo de Souza Cruz.<sup>10</sup> A dissertação se encontra em uma terceira

---

<sup>2</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2010. Revista e atualizada por Juliana Campos Horta; HORTA, Raul Machado. *Jurisdição constitucional e os tribunais constitucionais*. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano, v. 19; HORTA, Raul Machado. **O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar**. 1953. 163 f. Tese (Livro Docência) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1953.

<sup>3</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

<sup>4</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>5</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: del Rey, 2009.

<sup>6</sup> BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. [s.l.]: Springer International Publishing, 2016. (Law and Philosophy Library).

<sup>7</sup> REPOLES, Maria Fernanda Salcedo. **Quem deve ser o guardião da constituição?: do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>8</sup> MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008;

<sup>9</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: del Rey, 2003.

<sup>10</sup> CRUZ, Álvaro Ricaro de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

e mais recente geração, onde destacam-se os trabalhos de Ana Luíza Navarro Moreira<sup>11</sup> e de Lucas Azevedo Paulino.<sup>12</sup>

O presente trabalho também se encontra em plena consonância com a área de estudo “Direito Político” e com os objetivos da linha de pesquisa “Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito” do Programa da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na qual está inserido. Ao tratar da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a pesquisa aborda um dos principais objetos de estudo da citada linha de pesquisa: o papel da democracia e das instituições políticas no estado democrático de direito.

Assim, o presente estudo é uma revisão da literatura sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e das críticas contemporâneas à supremacia judicial. Para atingir o objetivo final, será verticalizada a pesquisa a fim de que se analisem, especificamente, as possibilidades e os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal em matérias que dizem respeito à reforma político-eleitoral.

A dissertação foi estruturada da seguinte forma: no Capítulo 1, serão feitos os esclarecimentos conceituais prévios e apresentado o objeto de investigação e justificada a importância da pesquisa. Ainda, no mesmo capítulo, será delimitado o tema-problema, apresentando as perguntas que motivaram e nortearam a pesquisa.

O Capítulo 2 se destina ao esclarecimento dos pressupostos filosóficos e históricos para o surgimento do controle de constitucionalidade além de tratar da análise do modelo teórico da supremacia judicial no neoconstitucionalismo e os fenômenos da expansão jurisdicional e da judicialização da política. Abordar-se-á ainda os principais argumentos teóricos em favor da afirmação da jurisdição constitucional nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

O Capítulo 3 tratará das críticas contemporâneas à supremacia judicial, que serão divididas em três eixos: as críticas do constitucionalismo político que se refere à legitimidade democrática e à limitação do debate da jurisdição constitucional; a crítica do constitucionalismo popular e sua reivindicação pelo protagonismo popular na interpretação constitucional e, por fim, a crítica da virada institucional que se refere à capacidade

---

<sup>11</sup> MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. **We (believe or distrust) the people:** o controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

<sup>12</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial:** a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

institucional e os efeitos sistêmicos causados pela expansão do Poder Judiciário. Ainda, o mesmo Capítulo 3 se debruçará sobre as propostas teóricas de limitação da jurisdição constitucional que servirão de parâmetro para a análise dos limites e possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal.

No Capítulo 4, foi proposta a análise de três decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma eleitoral, nas quais a sua legitimidade para a tomada de decisão e a postura maximalista assumida pelos Ministros foram amplamente discutidas.

Por fim, o Capítulo 5 irá responder as questões propostas na dissertação ao analisar os limites e as possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma política, buscando oferecer um aporte teórico e definir alguns parâmetros para a atuação dos Ministros.

## 1 ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS PRÉVIOS E APRESENTAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA

Há mais de 2.300 anos, Aristóteles já chamava a atenção para a importância dos esclarecimentos conceituais ao dissertar sobre a ambiguidade e a anfibologia nos argumentos sofisticos.<sup>13</sup> Com objetivo de não provocar confusões terminológicas, o estudo cumpre, neste tópico, delimitar os seguintes conceitos que serão trabalhados na presente dissertação: jurisdição constitucional, reforma política, judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial.

### 1.1 Delimitação de conceitos: jurisdição constitucional, reforma política, judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial

#### *1.1.1 Jurisdição constitucional*

O termo jurisdição constitucional pode ter mais de um sentido a depender do marco teórico adotado. Em regra, as correntes definem a jurisdição constitucional em razão de critérios materiais ou formais.

Para primeira concepção, a jurisdição constitucional abarcaria todos os litígios que envolvem matéria constitucional, ou seja, todos os conflitos decorrentes da atividade das instituições constitucionais e seus processos resolutivos. Nesse sentido, Paolo Biscaretti Di Ruffia entendia que a jurisdição constitucional diz respeito à tutela de direitos que se referem à matéria constitucional e que derivam - quando se trata de constituição rígida - de pretensões fundamentadas em normas formalmente constitucionais.<sup>14</sup>

Já para a segunda, que abarcaria critérios formais, a jurisdição constitucional surge quando a guarda da Constituição é atribuída a um Tribunal com esta competência específica,<sup>15</sup> logo ela seria aquela prestada por um órgão especializado e com competência para a solução de conflitos constitucionais.<sup>16</sup> Nesta concepção processual, a jurisdição

---

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. Tópicos; **Dos argumentos sofisticos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. – São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 231.

<sup>14</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho constitucional**. Madri: Tecnos, 1965, p. 508.

<sup>15</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 67.

<sup>16</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002, p. 23.

constitucional surge sob a inspiração de Hans Kelsen com a Constituição Austríaca de 1920. Kelsen defendia a criação de um tribunal constitucional especializado e independente para a realização da atividade jurisdicional constitucional.<sup>17</sup>

Na busca de conciliar critérios formais e materiais, José Adércio Sampaio concebe a jurisdição constitucional como:

[...] garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Observa-se que esse conceito é muito parecido com o de José Alfredo de Oliveira Baracho. Este, há muito tempo, já entendia a jurisdição constitucional no sentido de atividade jurisdicional com o objetivo de verificar a concordância das normas infraconstitucionais com a Constituição e a consequente declaração de inconstitucionalidade e inaplicabilidade.<sup>19</sup>

Assim, para fins deste trabalho, foi adotado o conceito de Luís Roberto Barroso – que sintetiza bem a questão – segundo o qual o termo jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, sendo que no sistema brasileiro, essa competência é exercida por qualquer juiz ou tribunal e o Supremo Tribunal Federal situa-se no topo de tal estrutura orgânica.<sup>20</sup>

Cumprido destacar, também, que, muito embora haja distinções conceituais entre as expressões jurisdição constitucional, *judicial review* e controle judicial de constitucionalidade, na presente dissertação, serão utilizados tais termos como sinônimos.

### 1.1.2 Reforma política

Há uma notória confusão entre o conceito de reforma política e reforma eleitoral. Em um sentido mais restrito, a expressão reforma política pode ser compreendida como reorganização de regras para o pleito eleitoral. Já no seu sentido *lato*, o termo pode ser entendido como uma reorganização mais ampla do sistema político brasileiro, o que incluiria a reforma das instituições políticas, do comportamento político e dos padrões de interação

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-155.

<sup>18</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002, p. 23.

<sup>19</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 98.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 545.

política.<sup>21</sup> Destaca-se que no sentido restrito é, normalmente, designado como reforma eleitoral.

No entanto, para os fins do presente trabalho, optou-se por utilizar as expressões reforma política e reforma eleitoral como sinônimas, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que é um dos principais objetos da pesquisa – não faz distinção entre os termos nos seus acórdãos.

### *1.1.3 Judicialização da política*

No cotidiano jurídico, muitas vezes, termos como judicialização da política, ativismo judicial e supremacia judicial são utilizados como sinônimos, muito embora, tais conceitos não se confundam.

O termo judicialização da política ganhou notoriedade com a publicação da obra “*The Global Expansion of Judicial Power*” organizada por C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder.<sup>22</sup> Para C. Neal Tate a definição de judicialização da política envolve dois aspectos:

[...] 1. *the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. The process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.*<sup>23 24</sup>

Assim, a partir da obra de Tate e Vallinder, a pesquisa trabalhou conceito de judicialização da política como: processo pelo qual cortes e juízes passam a dominar a tomada de decisão sobre políticas públicas, anteriormente feitas por outras instâncias governamentais e, em especial, pelos os Poderes Legislativo e Executivo, transformando as esferas públicas de decisões em um espaço formalista de procedimentos e regras jurídicas.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2006, p. 11.

<sup>22</sup> TATE, C. Neal et al (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

<sup>23</sup> Ao longo da dissertação, optamos por manter as citações no vocábulo original para que a tradução não prejudique a interpretação do leitor.

<sup>24</sup> TATE, C. Neal et al (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27.

<sup>25</sup> TATE, C. Neal et al (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27.

### 1.1.4 Ativismo judicial

A expressão ativismo judicial como crítica ao comportamento dos juízes apareceu pela primeira vez em um artigo escrito pelo historiador norteamericano Arthur Schlesinger para a revista *Fortune* ao tratar da atuação da célebre Corte Warren<sup>26</sup> nos Estados Unidos.<sup>27</sup> Schlesinger analisou que para o grupo liderado pelos *justices* Hugo Black e William Douglas, o Direito e a Política eram inseparáveis e por isso a Corte deveria adotar uma postura ativa na promoção do bem-estar social. O grupo capitaneado pelo *justices* Felix Frankfurter e Robert Jackson defendiam uma postura de autocontenção judicial e uma deferência aos demais poderes:<sup>28</sup>

*This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system.*<sup>29 30</sup>

<sup>26</sup> Durante dezesseis anos a Supremo Corte Americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), sendo que essa composição ficou conhecida por sua postura ativista em relação à proteção dos direitos fundamentais. Vide: BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, [s.l.], v. 09, p.258-301, 2008.

<sup>27</sup> KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1445. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>28</sup> KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1447. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>29</sup> Trata-se da única citação indireta da dissertação. O artigo original foi publicado na revista americana *Fortune* de 1947. Apesar dos esforços, não foi possível ter acesso ao original. No entanto, foram consultadas várias fontes secundárias a fim de atestar a referência citada.

<sup>30</sup> SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1446-1447. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

Percebe-se então que a postura ativista dos juízes consiste na utilização de métodos flexíveis na interpretação das normas na busca da concretização dos direitos fundamentais. No entanto, conforme a ressalva feita por Rodrigo Brandão, nem sempre o ativismo se refere a uma postura progressista do Judiciário de direitos fundamentais. Muitas vezes, as cortes podem assumir uma postura extremamente conservadora.<sup>31</sup> O clássico exemplo é o caso *Dred Scott v. Sanford*, no qual a Suprema Corte Americana prolatou a decisão em favor do sistema escravocrata ao afirmar que um negro jamais poderia ser cidadão norte-americano.<sup>32</sup>

Na busca de definir mais concretamente o conceito de ativismo judicial, a doutrina tem categorizado o ativismo a partir dos seus resultados.<sup>33</sup> Assim, William Marshall identifica sete hipóteses de ativismo:

*(1) coounter-majoritarian activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-originalist<sup>34</sup> Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.*<sup>35</sup>

<sup>31</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 17.

<sup>32</sup> BERCOVICI, Gilberto. A constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v. 89, p.107-134, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n89/05.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>33</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 18.

<sup>34</sup> O debate norte-americano sobre a interpretação da Constituição é dividido em duas principais correntes: o originalismo e não originalismo. Segundo José Ribas Vieira, para os originalistas é “possível a identificação do sentido original e verdadeiro do texto constitucional, encontrando a vontade fundante que levou o legislador (founding fathers) a construir determinada norma constitucional ao posto que, para os não originalistas, essa norma deve ser entendida de uma maneira contextualizada e, portanto, interpretada de acordo com a contemporaneidade do tempo de sua aplicação, qual seja, com as adaptações cabíveis no momento de sua aplicação” (VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Revista Nej**, [s.l.], v. 18, n. 1, p.51-62, Não é um mês valido! Não é um mês valido! 2013. Trimestral. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4483/2476>>. Acesso em: 09 maio 2017).

<sup>35</sup> MARSCHALL, William P.. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. **University Of Colorado Law Review**, [s.l.], v. 73, p.101-140, 2002. Tradução livre: “(1) ativismo contra-majoritário: a relutância dos tribunais em assumir uma postura deferente as decisões dos poderes democraticamente eleitos; (2) Ativismo não-originalista: o fracasso dos tribunais em se valer de uma postura originalista na resolução dos casos, se esse originalismo se baseia em uma fidelidade estrita ao texto ou em referência à intenção original dos constituintes; (3) Ativismo jurisprudencial: a incapacidade dos tribunais de se submeter aos precedentes judiciais; (4) Ativismo jurisdicional: a incapacidade dos tribunais de se submeter aos limites jurisdicionais do próprio poder; (5) Criatividade Judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) Ativismo repressivo: o

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao adotar a postura ativista, tem utilizado de um conjunto de técnicas e práticas expansivas, como por exemplo: suprimimento de omissões legislativas; expansão do significado e alcance de enunciados normativos constitucionais indeterminados; afirmação de direitos e interesses substantivos vagamente definidos no texto constitucional; alteração do sentido das leis para dar interpretação conforme a Constituição; interferência na formulação e execução de políticas públicas.<sup>36</sup>

Para o trabalho, foi adotado o conceito sintético de Luís Roberto Barroso, segundo o qual ativismo é uma atitude do Poder Judiciário de “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>37</sup>

### *1.1.5 Supremacia judicial*

Sabe-se que o processo de reconstitucionalização da Europa no período pós-guerra é o marco histórico de uma nova etapa do Direito Constitucional – que é denominado como neoconstitucionalismo.<sup>38</sup> No Brasil, o marco histórico do novo constitucionalismo é a redemocratização pós-ditadura militar.<sup>39</sup>

O neoconstitucionalismo inaugura um novo momento teórico que tem como uma das principais características a supremacia da constituição e a expansão da jurisdição. Na experiência brasileira, esse novo paradigma do Direito acabou por assentar o entendimento de que cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Este fenômeno tem sido denominado como supremacia judicial.<sup>40</sup>

Dessa maneira, utilizou-se a definição de supremacia judicial enquanto a ideia de que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a última palavra sobre o sentido da Constituição.<sup>41</sup>

uso do poder judicial para impor obrigações positivas a os outros poderes do governo ou para submeter outras instituições governamentais à sua supervisão como medida judicial necessária; e (7) Ativismo partidário: o uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários”.

<sup>36</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 10.

<sup>38</sup> O Neoconstitucionalismo será abordado especificamente no Capítulo 2 da dissertação.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 02, n. 1, p.1-48, 2006, p. 3.

<sup>40</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012.

## 1.2 Apresentação do objeto de pesquisa

Há mais de vinte anos, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder tornavam notório o termo judicialização da política ao analisar as consequências das ações do Poder Judiciário em processos políticos de diversos países.<sup>42</sup> No Brasil, as pesquisas sobre o tema tiveram como marco a obra “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*” de Luiz Werneck Vianna.<sup>43</sup>

O sistema de controle de constitucionalidade surgiu no Brasil com a República, quando, por influência de Ruy Barbosa, se adotou o modelo norte-americano.<sup>44</sup> Com a promulgação da Constituição da República de 1988, passou a se observar um constante e progressivo avanço da jurisdição constitucional e a expansão do fenômeno da *judicialização da política* no ordenamento jurídico brasileiro. É certo que o Supremo Tribunal Federal tem ganhado destaque no cenário político e, para alguns autores, ele se encontra hoje no centro do sistema político – no fenômeno que Oscar Vilhena Vieira denomina como *supremocracia*.<sup>45</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, a explicação para a expansão do fenômeno da judicialização está na constitucionalização abrangente e analítica do Direito brasileiro e no nosso sistema de controle de constitucionalidade que combina a matriz norte-americana com a europeia, permitindo um amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal através das ações diretas.<sup>46</sup> Para Daniel Sarmiento, outros fatores contribuíram para esse fato, como o aumento da consciência de direitos pela sociedade, o pluralismo político e social, o fortalecimento e a independência do Judiciário, e a mudança da cultura jurídica - que passou a reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais além de adotar instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação.<sup>47</sup>

---

Semestral, p. 4; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

<sup>42</sup> TATE, C. Neal et al (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995..

<sup>43</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 123.

<sup>45</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.441-464, 2008. Semestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017..

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Uerg*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 6.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 124..

Sabe-se que o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade não é tema novo e nem problema exclusivo da realidade brasileira. Sempre que as Cortes Constitucionais enfrentam uma discussão da vida política ressurge o clássico dilema da “dificuldade contramajoritária” posto por Alexandre Bickel na obra “*The Least Deangerous Branch: The Supreme Court at de Bar of Politics*”.<sup>48</sup>

A relação entre Constituição e Democracia sempre foi objeto de reflexão da Teoria Constitucional. Entretanto, a matéria tem sido revisitada pela doutrina, e mais especificamente por alguns autores norte-americanos. Nimer Sultany propõe a seguinte divisão desses estudiosos:

[...] (i) “deniers”—because they deny the tension (e.g., Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and Frederick Schauer); (ii) “reconcilers”—because they reconcile the tension (e.g., John Hart Ely, Cass Sunstein, and Larry Kramer); (iii) “endorsers”—because they recognize the irreconcilability of the tension yet endorse it (e.g., Frank Michelman, Louis Seidman, and Laurence Tribe); or (iv) “dissolvers”—because they dissolve the tension by forgoing judicial review of the validity of legislation (e.g., Jeremy Waldron, Richard Parker, and Mark Tushnet)<sup>49</sup>

Muito embora, nas últimas décadas, a expansão do Poder Judiciário tenha passado por um longo período de admiração doutrinária, a supremacia judicial tem sido criticada e colocada em xeque. Luís Roberto Barroso sistematiza essas críticas em três blocos<sup>50</sup>:

i) *crítica político-ideológica*: que questiona a legitimidade democrática de decisões de agentes públicos não eleitos se sobrepossem às deliberações dos representantes eleitos, conforme já exposto, na teoria constitucional, este problema foi denominado de *dificuldade contramajoritária* por Alexander Bickel.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 16.

<sup>49</sup> SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review**, [s.l.], v. 47, p.371-455, abr. 2012. Disponível em: <<http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/Sultany.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2017. p. 377. Tradução livre: “(i) ”negadores”: pois negam a tensão (ex: Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer); (ii) “reconciliadores”: uma vez que reconciliam a tensão (ex: John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer); (iii) “endossadores”: eles reconhecem que não há como reconciliar a tensão, mas endossam do mesmo jeito (ex: Frank Michelan, Louis Seidman e Laurence Triber); (iv) “dissolvedores”: eles dissolvem a tensão através da renúncia da jurisdição constitucional em favor da validade da legislação (ex: Jeremy Waldron, Richard Parker and Mark Tushnet”.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 10.

<sup>51</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 16.

ii) *crítica quanto à capacidade institucional*: segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em algumas matérias complexas, o Poder Judiciário não é instituição adequada para dar a última palavra por não ter informação e conhecimento específico sobre tema discutido, bem como por não ser capaz de prever os efeitos sistêmicos da sua decisão;<sup>52</sup>

iii) *crítica democrática quanto à limitação do debate*: esta crítica gira em torno da elitização do debate judicial, uma vez que o *judicial review* acaba por gerar um déficit democrático ao transferir a deliberação pública para os tribunais, visto que a discussão sairia de um ambiente onde as razões podem ser expostas de maneira clara e abrangente (Legislativo) para um local técnico e formal (Judiciário).<sup>53</sup>

Daniel Sarmiento explica que a origem das críticas à jurisdição constitucional oscila a partir das inclinações políticas adotadas pelos tribunais, sendo a experiência norte-americana bastante exemplificativa neste ponto:

Nos Estados Unidos, esta dinâmica é facilmente perceptível. Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial. Quando, após a década de 50, o ativismo jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, como os negros e presos, e à tutela de liberdades não econômicas, a crítica passa a ser esboçada a partir da direita, com os originalistas. E nos últimos tempos, em que a Suprema Corte vem caminhando a passos largos para o flanco conservador, foram juristas de esquerda que passaram a contestar a *judicial review*, elaborando a teoria do chamado ‘constitucionalismo popular’. Com esta constatação, não se pretende negar a sinceridade dos críticos, nem tampouco desmerecer os seus argumentos, mas apenas mostrar como este tema, como tanto outros do debate constitucional, nunca é plenamente dissociável da política.<sup>54</sup>

Por mais que os modelos tradicionais busquem separar o Direito da Política, o certo é que a “linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa”.<sup>55</sup> Luís Roberto Barroso explica a dificuldade das correntes tradicionais em separar o Direito da Política:

<sup>52</sup> SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156, 2002.

<sup>53</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Yale Law Journal, n. 115, New Haven, abr. 2006.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.129-130, 2013.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Uerg*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 21.

[...] tanto a criação quanto a aplicação do direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. A legislação, como ato de vontade humana, expressará os interesses dominantes – ou, se se preferir, o interesse público, tal como compreendido pela maioria, em um dado momento e lugar. E a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas. Diante de tais premissas, é possível extrair uma conclusão parcial bastante óbvia, ainda que frequentemente encoberta: o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela. Suas órbitas se cruzam e, nos momentos mais dramáticos, se chocam, produzindo vítimas de um ou dos dois lados: a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política.<sup>56</sup>

Nesse sentido, a relação entre o Direito e a Política e, conseqüentemente, a justificação da jurisdição constitucional, têm sido revistas tanto pelas teorias normativas quanto pelas teorias descritivas que analisam os modelos atitudinais<sup>57</sup> (comportamentais) dos juízes.<sup>58</sup>

No âmbito das teorias normativas, ao contrário do que muitos defendiam, os *hard cases* não são resolvidos a partir meramente de uma aplicação dos princípios constitucionais<sup>59</sup>. A vagueza e abertura de parte das normas constitucionais acabam por conferir ao intérprete um processo também de criação, gerando a crítica de que os juízes detêm um “*poder constituinte permanente*”<sup>60</sup> – o que significaria uma “carta branca” para que eles interpretem a Constituição a partir dos seus valores individuais e das suas ideologias políticas.<sup>61 62</sup> Indo além dos problemas relativos à linguagem, a doutrina tem identificado que existe um desacordo constante, substancial e de boa-fé entre os membros da sociedade sobre o

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Uerg*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 22.

<sup>57</sup> Tradução referente às teorias norte americanas denominadas de *The attitudinal model*. Vide: FRIEDMAN, Barry. *The Politics of judicial review*. New York University Public Law and legal theory working papers. Paper 16. 2006

<sup>58</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF.** [s.l.];, 2017, no Prelo.

<sup>59</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição Constitucional na era cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 07, N. 13, 2016, p. 349.

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.127, 2013.

<sup>61</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF.** [s.l.];, 2017, no Prelo.

<sup>62</sup> Vida a crítica de Marcelo Cattoni: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 129-166.

sentido e o alcance das normas – naquilo que se tem denominado de desacordo moral razoável.<sup>63</sup> Além disso, as Constituições, enquanto documentos pluralistas, muitas vezes, consagram valores diversos e que nos casos concretos entram em rota de colisão.<sup>64</sup> Isto significa dizer que nos *hard cases*, o sentido da norma, em última análise, deverá ser determinado pelo julgador.<sup>65</sup> Tendo em vista que nesses casos difíceis, o Direito não apresenta soluções pré-prontas, o julgamento exigirá uma atuação criativa do intérprete, que não raro, deverá recorrer a elementos externos ao direito posto, como as filosofias moral e política, e utilizar um método de interpretação, sendo que muitas vezes, os juízes não adotam os mesmos métodos de interpretação.<sup>66</sup>

Acrescido a isso, as análises comportamentais dos juízes têm apontado às circunstâncias políticas que influenciam os julgamentos, colocando em xeque vários dogmas, como por exemplo, a independência do Judiciário e vinculação do juiz ao sistema jurídico<sup>67</sup>. As teorias descritivas têm demonstrado que o Direito não é aquele modelo imaginado de um sistema de regras e princípios de onde o juiz apolítico e imparcial extrai as soluções para os conflitos sociais de forma autônoma e independente. Para essas correntes, os julgamentos refletem as ideologias pessoais dos magistrados e são influenciadas por inúmeros fatores políticos, ao ponto de alguns afirmarem que as soluções dos *hard cases* serão, em última análise, àquelas que atendam as preferências pessoais, as ideologias ou a fatores externos ao Direito, como as questões institucionais<sup>68</sup>. Assim, para além das teorias normativas (deve ser) – que se preocupam como os juízes devem julgar -, a justificação do *judicial review* deve

---

<sup>63</sup> Vide: WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999; WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, n. 115, New Haven, abr. 2006.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 24.

<sup>65</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF**. [s.l.]:, 2017, no Prelo.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 25.

<sup>67</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of judicial review*. New York University Public Law and legal theory working papers. Paper 16. 2006

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 27.

levar em conta como de fato os juízes julgam (ser),<sup>69</sup> considerando as circunstâncias políticas que envolvem a jurisdição constitucional.<sup>70</sup>

Por outro lado, alguns teóricos negam até mesmo a existência da dificuldade contramajoritária, afirmando que o Poder Judiciário sequer exerce essa função, ao demonstrar que, muitas vezes, os juízes julgam de acordo com a opinião pública.<sup>71</sup> No Brasil, este argumento ganha força com as pesquisas de opinião<sup>72</sup>, nas quais a população diz não confiar no Poder Legislativo e nos Partidos, mas afirma ter um maior grau de confiança no Poder Judiciário.<sup>73</sup> Outros autores ainda sustentam que, muitas vezes, o Judiciário não decide em favor do interesse das minorias, mas a benefício das forças majoritárias. O argumento é que as instâncias representativas deixam de decidir certos temas polêmicos para evitar o desgaste político e transferir a responsabilidade para o Judiciário.<sup>74</sup>

O fato é que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada e, conseqüentemente, a expansão da judicialização da política e do ativismo judicial, também, têm sido colocadas em xeque pela doutrina brasileira.<sup>75</sup>

Se por um lado, não é adequado idealizar o legislativo como a materialização da vontade do povo, de outro, não se pode pressupor que os tribunais constitucionais são sempre

---

<sup>69</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional**: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF. [s.l.];, 2017, no Prelo.

<sup>70</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of judicial review*. New York University Public Law and legal theory working papers. Paper 16. 2006; FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

<sup>71</sup> FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

<sup>72</sup> Índice de Confiança Social 2015 – Ibope. Disponível em: [http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics\\_brasil.pdf](http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf). Acesso em 24.05.2016.

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 131.

<sup>74</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 132.

<sup>75</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002; BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

compostos por agentes virtuosos e sábios, que não erram, e que estão vinculados aos princípios republicanos, aos valores democráticos e à proteção dos direitos fundamentais.<sup>76</sup>

Nesse sentido, ante a contribuição dessas novas análises, resta demonstrada a necessidade de repensar o modelo teórico de justificação da jurisdição constitucional.

E indo além, a problemática ganha contornos específicos quando se trata do núcleo estruturante do processo democrático, como a reforma política.

Na experiência brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente provocado a decidir sobre questões atinentes às reformas eleitorais. Apenas a título ilustrativo, citamos alguns exemplos recentes, como os casos da verticalização das coligações partidárias<sup>77</sup>, da cláusula de barreira<sup>78</sup>, da fidelidade partidária<sup>79</sup>, da Lei da Ficha Limpa<sup>80</sup>, do financiamento de campanha<sup>81</sup> e da doação eleitoral oculta<sup>82</sup>.

É importante registrar que embora a presente dissertação tenha um viés estritamente teórico com a revisão bibliográfica sobre o objeto analisado, a pesquisa é desdobramento de uma discussão concreta proposta no julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre financiamento privado de campanhas eleitorais. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650-DF, o Ministro Relator Luiz Fux propôs no seu voto um tópico introdutório intitulado “Breves Reflexões sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional em matéria de reforma política”<sup>83</sup>.

Na ocasião, o Ministro Fux, ao enfrentar a discussão sobre o financiamento de campanha eleitoral, afirmou que, para enfrentar o mérito da discussão, era necessário abordar três pontos centrais:

<sup>76</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 134. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>>. Acesso em: 09 maio 2017..

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685, Distrito Federal. Relator: Ministra Elen Gracie. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 ago. 2006.

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602, Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 out. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603, Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 dez. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 out. 2008.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.394, Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 nov. 2016.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 fev. 2016, p.34.

A ação direta ora em análise suscita uma reflexão acerca dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito porquanto conclama que esta Suprema Corte se pronuncie acerca da validade *jurídico-constitucional* das normas relativas ao financiamento de campanhas eleitorais – um dos pontos nucleares do nosso sistema político. Daí que a incursão em seu mérito depende do enfrentamento prévio de três pontos centrais, os dois primeiros expressamente suscitados pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: 1º) saber se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, possui algum *espaço legítimo* para apreciar temas que atingem o núcleo do processo democrático, como é o caso do financiamento de campanhas eleitorais; se houver tal campo de atuação, 2º) delimitar a exata *extensão* desse controle jurisdicional para não restar caracterizada indevida (e, portanto, inconstitucional) interferência judicial no âmbito de atribuições conferidas precipuamente aos poderes políticos; 3º) definir se eventual pronunciamento da Corte é em si *definitivo*, interditando a *rediscussão* da matéria nas instâncias políticas e na sociedade em geral<sup>84</sup>

Assim, com base nas reflexões do Ministro Luiz Fux, os tópicos foram desdobrados para a presente dissertação através das seguintes perguntas: o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal é o espaço legítimo para apreciar temas atinentes à reforma política? Qual seria o limite desta atuação?

Nesse sentido, a dissertação analisa os limites da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal em matéria de reforma político-eleitoral a partir das teorias contemporâneas, críticas à supremacia judicial, buscando responder as questões propostas pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 4.650-DF.

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 fev. 2016, p.34.

## 2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL

Nas últimas décadas, vem se observando uma intensa e paulatina expansão da jurisdição constitucional sobre áreas que eram historicamente ocupadas pelos Poderes majoritários (Executivo e Legislativo).<sup>85</sup> Alguns estudiosos tem se debruçado sobre a questão para demonstrar que as tradicionais esferas de deliberação política têm transferido, ao Poder Judiciário, a tomada de decisões de conteúdo essencialmente político.<sup>86</sup>

Até pouco tempo, as constituições eram vistas apenas como documentos políticos desprovidos de força normativa e o modelo vigente era denominado Estado Legislativo de Direito.<sup>87</sup> Sobretudo, nos países da Europa continental e nos países herdeiros do sistema romano-germânico, a vida política gravitava em torno das leis e do Poder Legislativo – que materializava a vontade geral e era vista como a instância legítima para a criação do Direito.<sup>88</sup> Ao Poder Judiciário cabia apenas a aplicação do Direito na resolução dos casos concretos, sendo que – até a segunda metade do século XX – a maioria dos países não contava com a previsão expressa de um controle judicial de constitucionalidade ou, se contava, este não desempenhava um papel relevante no cenário político.<sup>89</sup>

No entanto, após as barbaridades cometidas pelos estados totalitários – e em especial pelos regimes nazista e fascista – passou-se a debater sobre a importância da implantação de mecanismos de controle e garantia de direitos fundamentais. Desde então, é possível observar que o controle de constitucionalidade se universalizou,<sup>90</sup> sendo que 158 das 191 ordens constitucionais preveem algum mecanismo formal de *judicial review*.<sup>91</sup>

<sup>85</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

<sup>86</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 66.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.

<sup>88</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

<sup>89</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 75.

<sup>90</sup> Vide: TATE, C. Neal et al (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

<sup>91</sup> GINSBURG, Tom. *The global spread of constitutional review*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.81.

Tom Ginsburg classifica o fenômeno de expansão da jurisdição constitucional em três ondas. A primeira tem como marco o caso *Marbury v. Madison*. A segunda se refere ao desenvolvimento na Europa do modelo proposto por Hans Kelsen na Constituição Austríaca de 1920. Já a terceira, se deu com a reconstitucionalização dos países do bloco soviético pós-queda do muro de Berlim<sup>92</sup> e da redemocratização de países latino-americanos e africanos.<sup>93</sup> Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento descrevem detalhadamente a expansão mundial do fenômeno da jurisdição constitucional:

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949, referência central no novo modelo de constitucionalismo, instituiu diversos mecanismos de controle de constitucionalidade e criou um Tribunal Constitucional Federal, que se instalou em 1951 e passou a exercer um papel cada vez mais importante na vida alemã. Na Itália, a Constituição de 1947 também apostou no controle de constitucionalidade, instituindo uma Corte Constitucional, que começou a funcionar em 1956. Na própria França, berço de um modelo de constitucionalismo avesso à jurisdição constitucional, o cenário modificou-se substancialmente sob a égide da atual Constituição de 1958, que criou um modelo de controle de constitucionalidade originalmente apenas preventivo, confiado ao Conselho Constitucional, que tem crescido em importância, sobretudo a partir dos anos de 1970, e hoje envolve também o controle repressivo. Ainda na década de 70 do século passado, países como Portugal e Espanha se redemocratizaram, libertando-se de governos autoritários, e adotaram constituições de caráter mais normativo, garantidas por meio da jurisdição constitucional. Fora de Europa, o fenômeno também se manifestou em muitas regiões. Após a descolonização, diversos Estados asiáticos e africanos adotaram constituições protegidas por mecanismos de jurisdição constitucional, com destaque para a Índia. No Canadá, a adoção de uma Carta de Direitos e Liberdades, em 1982, foi acompanhada pela criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, que têm reforçado a tutela dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais no País. Nos anos 1980 e 1990, na América Latina, diversos países, como o Brasil, superaram regimes militares e implantaram democracias constitucionais, com a adoção ou ampliação das fórmulas de tutela judicial da Constituição. Dinâmica semelhante se passou nos países do Leste Europeu, após a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento do regime soviético, onde a reconstrução constitucional de antigos Estados também foi acompanhada pela adoção desse novo modelo de constitucionalismo. Da mesma forma, a refundação política da África do Sul, após a derrocado do regime do *apartheid*, passou pela elaboração de uma Constituição repleta de direitos fundamentais, que conferiu grande poder à Corte Constitucional”.<sup>94</sup>

Infere-se, então, uma tendência mundial que tornou hegemônico o modelo norte-americano de constitucionalismo, no qual a Constituição é vista como norma jurídica e pode

---

<sup>92</sup> GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.82-88.

<sup>93</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 66.

<sup>94</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 75-76.

ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a anular leis e atos normativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>95</sup>

No Brasil, sabe-se que o controle de constitucionalidade já é previsto desde o advento da República com a edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro 1890 – que criou a Justiça Federal – e foi mantida nas demais Constituições.<sup>96</sup> Sob a influência direta de Ruy Barbosa, o modelo adotado, inicialmente, foi inspirado no norte-americano, no qual qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei.<sup>97</sup>

No entanto, a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato de matriz austríaca e kelseniana, formando um

---

<sup>95</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 76.

<sup>96</sup> BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Coleção das Leis do Império**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>.

<sup>97</sup> Destaca-se, *ipsis litteris*, a defesa a apaixonada de Ruy Barbosa sobre o controle de constitucionalidade na histórica obra “A Constituição e os actos inconstitucionais” de 1893 – escrita num português arcaico: “Ainda espero que os juizes de minha terra não ficarão abaixo de seu papel providencial. Conto que, ao menos no terreno da justiça civil salvaremos os direitos. constitucionaes deste cháos. de vontades prepotentes; porque, "quando o arbitrio fere sem escrupulo os homens, que se lhe tornam suspeitos, não é só um individuo que elle persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por degradar." Si os tribunaes, pela jurisprudencia de seus arestos, não refreiam os maus instinctos de nosso partidismo habituando-o a reconhecer no pacto federal uma lei superior aos legisladores, na soberania do povo um principio que não se confunde com o imperio dos governos e das assembléas, educando-o no sentimento de que as Constituições não se fazem menos para as epochas tempestuosas do que para os, tempos ordinarios, de que não ha emergencia capaz de justificar o uso de poderes. não permittidos, não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo de BURKE sobre a Constituição franceza de 1793: um digesto de anarchia. Si, na phrase de WASHINGTON, ao nomear os primeiros membros da .Suprema Côrte Federal, o poder judiciaria, neste regímen, "é a columna mestra do governo do paiz" ; si, ainda nas expressões de WASHINGTON, annunciando a JAY a sua escolha para a presidencia do grande tribunal da União, essa instituição grandiosa, adoptada por nós, é "a chave de abobada do nosso edificio politico", a magestade incomparavel, a preexcellencia suprema dessa criação, indubitavelmente a mais importante entre todas as dos estadistas que fizeram a Constituiçã'O americana (356), reside, em sua essencia, na facultade, reconhecida aos tribunaes, de manterem a Constituição contra o,s excessos do poder que faz a lei, e do poder, que a executa. Si os juizes brasileiros abdicarem essa auctoridade, Constituição republicana ruira lamentavelmente num esboroamento irreparavel, construcção ma'gnifica, que desaba em momentos, mal lhe retiraram os simples. B' que lhe terá faltado o que não depende da sciencia do architecto: esse cimento que não se substitue, nem se crêa, o elemento, humano, ,a consciencia jurídica e a energia moral. De nada serviria ao povo que suas insti· tuições baixassem do céu, ou fossem directamente, plantadas por mãos divinas, si a terra, onde caem, não fosse capaz de produzir a inteireza de animo e a coragem do dever, para as executar. O espirito do estadista constroe a3 garantias; mas, si não houver homens no meneio da machina, "quem garantirá as garantias?" Não creio que seja chegada a crise extrema de levantarmos esse grito de desespero; porque não posso convencer-me de que este ultimu appello aos tribunaes de minha patria morra no deserto. B' ainda com um resto de fé que hoje os exoro, pae dirigindo-me a paes, senão em nome do interesse de nossa epocha, já no occaso, ao menos no da de nossos filhos, condemnados ao amargor dos fructos de nossas fraquezas. "Recordae-vos, juizes", como dizia d,AGUESSEAU, "que, si sois elevados acima do povo, que vos circumda o tribunal, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgaes a sua causa; mas elle julga a vossa justiça; e tal é a fortuna. ou a desventura, de vossa condição. que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos deffeitos.". Vide: BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionaes**: do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1893, p. 257-259.

complexo sistema misto.<sup>98</sup> Entretanto, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade foi profundamente modificado com a Constituição de 1988 que passou a prever novas ações e ampliou o rol de legitimados para a provocação do controle concentrado.

Observa-se que o processo de expansão da jurisdição constitucional foi acompanhado pela intensa expansão do Poder Judiciário como um todo e a conseqüente da judicialização da política.<sup>99</sup> Como visto alhures, judicialização é entendida como o fenômeno em que questões relevantes da vida política passam a ser decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.<sup>100</sup>

O fenômeno também tem tido um caráter global, alcançando até mesmo países que adotavam o modelo inglês,<sup>101</sup> no qual prevalecia a soberania parlamentar e a ausência de controle de constitucionalidade, como Canadá, Israel, Inglaterra e Nova Zelândia.<sup>102</sup>

Luís Roberto Barroso cita inúmeros precedentes que atestam a judicialização da política no mundo e que exemplificam a fluidez da fronteira entre direito e política na contemporaneidade: nos Estados Unidos da América, as eleições presidenciais de 2000 – *Bush v. Gore* – foram definidas por uma decisão da Suprema Corte; em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade entre a Constituição e a construção do muro na fronteira com a Palestina; na Turquia, o Judiciário foi provocado a decidir sobre o avanço do fundamentalismo islâmico e a preservação do estado laico; na Hungria, a Corte Constitucional tomou uma importante decisão sobre um plano econômico de grande repercussão social; enquanto na Coreia do Sul, a Suprema Corte anulou a decisão de um *impeachment* presidencial, restituindo o presidente ao cargo.<sup>103</sup>

No Brasil, a judicialização da política e a expansão do Poder Judiciário ganharam proporções ainda maiores. Para Luís Werneck Vianna, o processo institucional que levou o

---

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

<sup>99</sup> TATE, C. Neal et al (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 5.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 5.

<sup>102</sup> HIRSCHL, Ran. *The new constitution and the judicialization of pure politics worldwide*. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 75, n. 2, p.721-753, 2006. Disponível em:

<<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 22 jun. 2017.p. 721

<sup>103</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 5.

país a judicialização da política resulta do “modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes”.<sup>104</sup>

Assim – e conforme já exposto no capítulo anterior - a explicação vai desde argumentos institucionais como a constitucionalização abrangente e analítica do Direito brasileiro e o nosso sistema de controle de constitucionalidade que combina a matriz norte-americana com a europeia, permitindo um amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal através das ações diretas,<sup>105</sup> até outros fatores como o aumento da consciência de direitos pela sociedade, além do pluralismo político e social, o fortalecimento e da independência do Judiciário, e a mudança da cultura jurídica - que passou a reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais e adotar instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação.<sup>106</sup>

O certo é que a tendência a normativização da Constituição acrescido aos déficits do sistema representativo político-partidário brasileiro (acentuado por uma atuação autointeressada do Legislativo e desconectada dos interesses das necessidades do povo) acabaram por permitir que o papel político dos partidos e dos representantes fossem assumidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelas discussões em torno do controle de constitucionalidade.<sup>107</sup>

A consequência é que praticamente todas as questões de relevância política, social ou moral já foram discutidas ou estão postas para o debate no Supremo Tribunal Federal. Oscar Vilhena Vieira denomina o fenômeno de *supremocracia*.<sup>108</sup> O ministro Luís Roberto Barroso traz um rol exemplificativo de casos que comprova a judicialização da política brasileira:

- (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv)

<sup>104</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 6. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 08 maio 2017;

<sup>106</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013, p. 124.

<sup>107</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 57.

<sup>108</sup> Para Oscar Vilhena Vieira, o termo tem duplo sentido: “Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. (...) Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 2, n. 4, p.441-464, 2008. Jul-dez, p. 444-445).

liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>109</sup>

José Ribas Vieira cita dois precedentes importantes envolvendo matérias de reforma política: julgamento da cláusula de barreira e da fidelidade partidária. As duas decisões surgiram nem em um conflito acirrado entre os Poderes da República e em um contexto de forte debate sobre a reforma política, sendo que coube a última palavra ao Poder Judiciário, retirando do Legislativo a decisão final sobre os temas.<sup>110</sup>

A ampliação do *judicial review* tem sido acompanhada de inúmeras objeções em razão da sua natureza contramajoritária.<sup>111</sup> É certo que a discussão sobre a possibilidade de magistrados não eleitos anularem as decisões de representantes eleitos é uma verdadeira obsessão da doutrina constitucional norte-americana,<sup>112</sup> sendo que até pouco tempo, o tema não despertava muito interesse no Brasil.<sup>113</sup> Mas, com o protagonismo do Judiciário nos últimos anos, o tema tem tido cada vez mais atenção da academia brasileira.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral, p. 7.

<sup>110</sup> VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FÓRUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, Não use números Romanos ou letras, use somente números Arábicos., 2009, Rio de Janeiro. **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito, 2009. p. 40 – 50, P. 47.

<sup>111</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 16.

<sup>112</sup> Vide: FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the contermajoritarian difficulty. **Yale Law Journal**, New York, v. 112, n. 50, p.153-259, 2002. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=312024>>. Acesso em: 20 jun. 2017..

<sup>113</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.79.

<sup>114</sup> Vide: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002; BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Jurisdição Constitucional, Democracia e**

Neste capítulo, investigaremos o contexto político do surgimento da jurisdição constitucional no caso *Marbury v. Madison*, examinaremos a influência do neoconstitucionalismo e a sua influência afirmação da jurisdição constitucional, sobretudo nas terras brasileiras, e analisaremos a justificação da jurisdição constitucional nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

## 2.1 *Marbury v. Madison*: a afirmação da jurisdição constitucional e suas circunstâncias políticas

Há dois séculos, John Marshall ao proferir a sua histórica decisão no caso *Marbury v. Madison*<sup>115</sup> inaugurava uma nova era nas relações entre o Direito e a Política.

Antes da histórica decisão pela Suprema Corte Americana, já era possível encontrar precedentes do controle de constitucionalidade na Inglaterra do período anterior as Revoluções Burguesas.<sup>116</sup> O *Dr. Bonham's Case*<sup>117</sup> é paradigmático nesse sentido, uma vez que a decisão proferida pelo *Lord Edward Coke* assentou o entendimento da possibilidade de invalidação de ato do legislativo contrário ao Direito e a razão:

*[I] appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void (...).*<sup>118</sup>

Mesmo nos Estados Unidos da América, antes do julgamento de *Marbury*, algumas cortes estaduais já tinham aplicado o *judicial review* para anular leis ao argumento de

---

**Racionalidade Prática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>115</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

<sup>116</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 29.

<sup>117</sup> Vide: BERRGER, Raoul. *Doctor Bonham's case: statutory construction or constitutional theory?*. **University Of Pennsylvania Law Review**, [s.l.], v. 117, n. 4, p.521-545, 1969; II, George P. Smith. *Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence.* **Whashington Law Review**, [s.l.], v. 41, p.297-314, 1966. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1547230>>. Acesso em: 16 maio 2017.

<sup>118</sup> 8 Co. Rep. at 118a, 77 Eng. Rep. at 652 apud BERRGER, Raoul. *Doctor Bonham's case: statutory construction or constitutional theory?*. **University of Pennsylvania Law Review**, [s.l.], v. 117, n. 4, p.521-545, 1969.

que elas eram contrárias às constituições estaduais.<sup>119</sup> No entanto, pode-se afirmar que a decisão de *Marbury v. Madison* foi o primeiro precedente do controle de constitucionalidade do constitucionalismo moderno por ter estabelecido as suas principais premissas teóricas: o princípio da supremacia da Constituição e competência do Judiciário para invalidar atos inconstitucionais.<sup>120</sup>

É certo que o *judicial review* surgiu no contexto americano como a voz da razão e invocando a sua isenção para estabelecer as fronteiras entre os valores básicos da sociedade (limites constitucionais) e a vontade da maioria (as leis e os programas de governo).<sup>121</sup> Entretanto, é importante destacar que a decisão do *Justice Marshall* se encontra inserida no contexto histórico de um intenso debate entre federalistas e antifederalistas em razão da ocasião da ratificação da Constituição dos Estados Unidos.<sup>122</sup>

Em uma série de artigos publicados a partir de 18 de outubro de 1787,<sup>123</sup> um antifederalista nova-iorquino se valendo do pseudônimo *Brutus*<sup>124</sup> propôs uma importante tese contra a possibilidade de juízes invalidarem os atos do Poder Legislativo.<sup>125</sup> *Brutus* defendia que o *judicial review* acrescido da natureza da linguagem da Constituição acabaria por ampliar os poderes dos juízes e a sua importância institucional – causando um reflexo até mesmo nas suas remunerações – o que acabaria por gerar uma atuação autointeressada dos magistrados que passariam a interpretar a Constituição em favor da sua atuação:

---

<sup>119</sup> O Ministro Adhemar Ferreira Maciel cita alguns casos: “Podemos mencionar, a título de mera exemplificação, decisão de 1780, da Suprema Corte do Estado de Nova Jersey (*Holmes v. Walton*), ocasião em que se anulou uma lei “contrary to the constitution of New Jersey”. Um segundo caso ocorreu na Court of Appeals da Virgínia (*Commonwealth v. Caton*). Mais outro, desta vez na Carolina do Norte, julgado pouco antes da promulgação da Constituição da Filadélfia. Refiro-me a *Bayard v. Singleton* (1787). Por questão de justiça, também não se pode deixar de consignar que a própria Suprema Corte, bem antes de John Marshall (1755-1835) assumir a presidência (04.02.1801), já havia aplicado o princípio da *judicial review*. Em 1795, William Paterson (1745-1806), no caso *Van Horne’s Lesse v. Dorrance*, 2. U.S. 304, e Samuel Chase (1741- 1811), no julgamento de James Callender, 16 sustentaram a prevalência da Constituição no tocante a leis infraconstitucionais.<sup>17</sup> Em 1796, em *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 3 Dall. 199, os justices Chase, William Cushing (1732-1810), Paterson e James Wilson (1742-1798) fulminaram de inconstitucionalidade lei do Estado da Virgínia”. MACIEL, Adhemar Ferreira. Nos bastidores da *judicial review*. **Phronesis: Revista do Curso de Direita da FEAD**, [s.l.], v. 8, p.49-58, 2012, p 52.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>121</sup> BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de *Marbury v. Madison*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 28, p.1-17, outubro/dezembro de 2011.

<sup>122</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

<sup>123</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist: with letters of "Brutus"**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Edited by Terence Ball, p. 435.

<sup>124</sup> Referência ao romano Marcus Junius Brutus que assassinou o imperador Júlio César na tentativa de salvar a República.

<sup>125</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

*Every extension of the power of the general legislature, as well as of the judicial powers, will increase the powers of the courts; and the dignity and importance of the judges, will be in proportion to the extent and magnitude of the powers they exercise. I add, it is highly probable the emolument of the judges will be increased, with the increase of the business they will have to transact and its importance. From these considerations the judges will be interested to extend the powers of the courts, and to construe the constitution as much as possible, in such a way as to favour it; and that they will do it, appears probable.<sup>126</sup>*

Em resposta a Brutus e sob o pseudônimo de Publius<sup>127</sup>, Alexander Hamilton publicou a célebre coletânea de artigos que assentaria as bases teóricas do *judicial review*.<sup>128</sup> *The Federalist*.<sup>129</sup>

Para Hamilton, a legitimidade do controle de constitucionalidade não estava fundamentada numa pretensa supremacia judicial, mas na supremacia da própria Constituição, enquanto a vontade constituinte do povo. Ademais, no exercício do *judicial review*, o Poder Judiciário não poderia simplesmente desconsiderar a vontade popular, pelo contrário, as Cortes teriam o dever de reafirmação da vontade popular – entendida em última análise como a própria Constituição.<sup>130</sup> O argumento de Publius para legitimar o Poder Judiciário era de que ele era o menos perigoso dos Poderes, pois não possuía a *espada* do Executivo e nem a *bolsa de dinheiro* do Legislativo – o que o tornava mais fraco. E por, isso, o mais confiável dos Poderes da República para assegurar o cumprimento e supremacia da Constituição –, assim Hamilton entendia que o Judiciário era o mais adequado para realizar a interpretação constitucional, visto o seu afastamento do jogo político e das pressões majoritárias.<sup>131</sup>

*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary on the contrary has no influence over either the sword or the purse, no direction either of the*

<sup>126</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist: with letters of "Brutus"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Edited by Terence Ball, p. 506.

<sup>127</sup> Referência *Públus Valerius Publicola*, um dos quatro líderes da revolução que derribou a monarquia romana.

<sup>128</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

<sup>129</sup> Vide: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist: with letters of "Brutus"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Edited by Terence Ball.

<sup>130</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 63.

<sup>131</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 64.

*strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.*<sup>132</sup>

O fundamento utilizado pelo *Justice Marshall* na célebre decisão segue a trilha de raciocínio de Hamilton e consiste ainda hoje na justificativa do controle de constitucionalidade. Carlos Santiago Nino explica que a estrutura lógica da decisão segue premissas. São elas: é dever do Judiciário aplicar a Lei; quando há duas leis contraditórias, a aplicação de uma exclui a outra; a Constituição é lei suprema e define quais outras leis são normas; a supremacia da constituição implica que quando há um conflito entre ela e a lei, esta última deixa de ser válida; se a premissa nº 4 não fosse válida, o Legislativo poderia modificar a constituição com uma lei ordinária, logo a Constituição não limitaria o Legislativo; o legislativo é limitado pela Constituição e, por fim, se uma norma não é válida, ela não vincula. A conclusão do autor aponta que: se ato legislativo é contrário à Constituição, ele não vincula o Poder Judiciário.<sup>133</sup>

Nesse sentido, é possível sintetizar que Marshall partiu das seguintes premissas para determinar a nulidade de lei inconstitucional:<sup>134</sup> (i) supremacia da Constituição sobre as

<sup>132</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist: with letters of "Brutus"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Edited by Terence Ball, p. 378.

<sup>133</sup> NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven & London: Yale University Press, 1996, p. 190. Tradução livre de: “*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 later 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 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*”.

<sup>134</sup> É possível perceber essa fundamentação do seguinte trecho da decisão: “*Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject. If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration. It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the*

leis; (ii) Estado de Direito; natureza normativa da Constituição; (iii) a maior capacidade institucional do Judiciário para interpretar a Constituição; (iv) a função contramajoritária do Judiciário de defesa das minorias em face de deliberações majoritárias.<sup>135</sup>

Na obra “Supremacia judicial *versus* Diálogos Constitucionais”, Rodrigo Brandão faz uma consistente análise do contexto político de *Marbury v. Madison* para demonstrar que o maior equívoco das leituras tradicionais da decisão é ignorar as disputas institucionais travadas nos Estados Unidos da América no início do século XIX sobre a última palavra na interpretação da Constituição.<sup>136</sup>

Durante os anos de 1790, os magistrados norte-americanos passaram a participar ativamente da política nacional, proferindo decisões consultivas, bem como assumindo cargos em conselho do Executivo e sendo nomeados para funções diplomáticas. Além disso, com a promulgação do *Sedition Act* de 1798, iniciou-se uma perseguição de censura jurídica nas cortes dos republicanos que criticavam os federalistas.<sup>137</sup> A crise institucional acabou por se desenrolar até a histórica nomeação dos juizes da meia-noite, que resultaria na demanda judicial de *Marbury*.<sup>138</sup>

Em 1800, o então Presidente John Adams e seus correligionários federalistas ficaram vencidos pela oposição republicana tanto nas eleições para o Congresso como para a eleição de Presidente – Thomas Jefferson se tornaria o chefe do Executivo. No final do seu mandato, o governo Adams, em conjunto com a maioria federalista do Legislativo, aprovou uma lei de reorganização da justiça federal americana (*The Circuit Court Act*).<sup>139</sup> Em janeiro de 1801, o Presidente Adams conseguiu aprovar o *Judiciary Act* que criava novos cargos judiciais, nomeando novos juizes para os tribunais e eximia a Suprema Corte da atuação concomitante como *Circuit Justice* (Tribunal de apelação).

---

*courts must decide on the operation of each. [5 U.S. 137, 178] So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and he constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply” (Marbury v. Madison. 5 US (1 Cranch), 197, (1803). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>> Acesso em:*

<sup>135</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 31-32.

<sup>136</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

<sup>137</sup> ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 228 e 234.

<sup>138</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19 e 20.

No dia 27 de fevereiro de 1801,<sup>140</sup> uma nova lei (*Judiciary Act*) autorizou o Presidente a criar quarenta e dois novos cargos juizes de paz (midnight judges) para o Distrito de Colúmbia (Distrito Federal), sendo que os nomes foram aprovados na véspera da posse de Thomas Jefferson. Ficou a cargo do então Secretário de Estado, John Marshall, a nomeação dos novos magistrados. Em razão da falta de tempo hábil, o secretário Marshall não concluiu a tarefa e alguns juizes de paz ficaram sem serem nomeados.

Com a posse Jefferson e de seu Secretário de Estado, James Madison, houve a recusa do Poder Executivo em dar posse aos juizes não empossados por Marshall. Dentre os juizes não nomeados, estava William Marbury que, em dezembro de 1801, impetrou o *writ of mandamus* requerendo a investidura no cargo.<sup>141</sup>

A reforma do judiciário feita pelo então Presidente John Adams gerou a judicialização do conflito político em três importantes casos, e não somente no caso *Marbury*:<sup>142</sup>

No primeiro, Joseph Reed, um circuit judge retirado do seu cargo, pediu a manutenção do pagamento de seus salários. No segundo (*Stuart v. Larid*), Stuart, também um *circuit judge* afastado, formulou pedido mais ousado que Reed: que a Suprema Corte declarasse inconstitucional a revogação do *Judiciary Act*, e, conseqüentemente, que os *circuit judges* retornassem às suas funções e a Suprema Corte se mantivesse como ‘Corte de Apelação’. No terceiro (*Marbury v. Madison*), William Marbury e outros, embora nomeados pelo governo passado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, não receberam as suas investiduras, pois Marshall, na condição de Secretário de Estado de Adams, não teve tempo de entregá-las; assim, postulavam a obtenção de ordem judicial que compelsse o novo governo a dar-lhes posse<sup>143</sup>

Muito embora, *Marbury* fosse um caso desinteressante para os republicanos, pois não se tratava de um caso tão importante como os de *Reed* e *Stuart*, que eram *circuit judges*, Reed acabou por desistir da ação e a Suprema Corte – se valendo do seu poder de agenda – optou por julgar *Marbury* primeiro ao invés de *Stuart*.<sup>144</sup>

Na oportunidade do julgamento, o *justice* Marshall subverteu a lógica processual e acabou enfrentando o mérito antes das questões preliminares. A postura de Marshall foi estratégica, pois, ao mesmo tempo em que afirmaria que Marbury teria direito à investidura

<sup>140</sup> Alguns dias antes da posse de Thomas Jefferson que se deu em 04 de março de 1801.

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19 e 20.

<sup>142</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35.

<sup>143</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35.

<sup>144</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35.

no cargo, ele acabou por não conceder a ordem sob o fundamento de que a disposição do *Judiciary Act*, que determinava a competência originária da Suprema Corte para o julgamento do caso, era inconstitucional, se negando a determinar a ordem para o Presidente Jefferson empossar os juízes.<sup>145</sup>

Com a decisão, Marshall conseguiu, ao mesmo tempo, repudiar a ação republicana, defender os seus colegas federalistas e evitar o confronto da Suprema Corte com o Presidente eleito e com o Parlamento, resguardando a independência e o poder da Corte.<sup>146</sup> Analogicamente a um jogo de futebol, a postura de Marshall foi como “uma jogada de mestre”, pois enquanto ele avançava em direção ao gol, o adversário olhava para outra direção. Com apenas um movimento, ele evitou o perigo e acabou com o oponente. Nas palavras de Robert G. McCloskey: “*the Court was in the delightful position so common in its history but so confusing to its critics, of rejecting and assuming power in a single breath*”.<sup>147</sup>

Da análise do próprio contexto histórico de *Marbury v. Madison* é possível depreender que é ilusória a afirmação de que a interpretação constitucional é uma tarefa puramente jurídica.

Indo além, Bruce Ackerman ainda demonstra que o caso *Marbury* deve ser lido em conjunto com o caso *Stuart v. Laird*. Ressalta-se que o caso *Stuart* foi julgado uma semana após *Marbury*, tendo, inclusive, atuado o mesmo advogado (Charles Lee – ex-procurador-geral de John Adams).<sup>148</sup>

No seu pedido, *Stuart* – um *circuit judge* afastado – requereu que a Suprema Corte declarasse a inconstitucionalidade da revogação do *Judiciary Act*, e, conseqüentemente, que os *circuit judges* retornassem às suas funções e que a Suprema Corte se mantivesse como “Corte de Apelação”. Charles Lee – advogado de *Stuart* - fundamentou o seu pedido na lógica da decisão de *Marbury*.<sup>149</sup>

Se, em *Marbury*, a Corte consignara que (i) as investiduras para o cargo de juiz de paz conferem ao seu titular “direito subjetivo” à posse”, e que (ii) as competências da Suprema Corte não podem ser acrescidas por lei, mas apenas por norma constitucional, a aplicação das suas premissas ao caso *Stuart* conduziria à conclusão

<sup>145</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 36.

<sup>146</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 36.

<sup>147</sup> MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. 6. ed. Chicago: The University Of Chicago Press, 2016.

<sup>148</sup> ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 175.

<sup>149</sup> ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 175.

de que (i) um juiz de direito vitalício que, não apenas tinha sido nomeado e empossado, como vinha exercendo as suas funções, com mais razão não poderia ser retirado do seu cargo por lei, e que (ii) lei não poderia acrescentar às atribuições do juiz da Suprema Corte a tarefa de atuar como circuit judge.<sup>150</sup>

Assim, se a Suprema Corte seguisse o entendimento do precedente *Marbury*, necessariamente deveria julgar procedente o pedido de Stuart.

Durante o julgamento de *Stuart*, o *justice Marshall* se julgou impedido sob o fundamento de que já teria atuado como *circuit justice* no caso. É curioso notar que, muito embora fosse diretamente interessado no caso *Marbury* – visto que era o Secretário de Estado responsável pela nomeação dos juízes de paz –, naquela oportunidade, Marshall não se declarou impedido.

Ackerman analisa o silêncio de Marshall para dizer que a sua postura foi estratégica para que o antagonismo das duas decisões ficasse despercebido – ao ponto da decisão de *Stuart* passar completamente despercebida pelos manuais e a de *Marbury* se tornar a referência histórica para os estudos e decisões sobre controle de constitucionalidade.<sup>151 152</sup>

Ainda sob o contexto histórico, é importante ressaltar que houve uma forte resposta do Poder Legislativo em deter o expansionismo judicial com a utilização do *impeachment* como instrumento político de responsabilização dos juízes pelas suas decisões.<sup>153</sup> Bruce Ackerman destaca o caso do *impeachment* John Pickering que foi acusado de senilidade e alcoolismo.<sup>154</sup> Entretanto, o caso mais decisivo foi o *impeachment* do *justice* Samuel Chase por razões político partidárias, que chegou a ser admitido na Câmara, mas foi

<sup>150</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 37.

<sup>151</sup> ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 188-189; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 37.

<sup>152</sup> Bruce Ackerman explica o “som do silêncio” de Marshall: “*Marshall’s decision to hold his tongue in Stuart was one of the wisest in his career. If he and Chase had made a big fuss in a formal dissent, later generations would have framed Marbury’s grand pronouncements against Marshall’s bitter protest at the Court’s failure to live up to them in Stuart. By keeping quiet, Marshall let Paterson’s bland capitulation sink gradually into the sands of time—to the point where Stuart’s significance is entirely ignored in the leading texts on constitutional law. Standard authors present Marshall’s ringing defense of judicial review as if it were the only significant outcome of the Jeffersonian revolution*” (ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 188-189).

<sup>153</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38.

<sup>154</sup> ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 200.

negado no Senado.<sup>155</sup> O julgamento foi importante para afirmar a independência judicial, no entanto Ackerman especula que o resultado poderia ter sido diferente se a Suprema Corte tivesse tido entendimento contrário às decisões do Presidente Jefferson.

A análise do contexto histórico da decisão de *Marbury v. Madison* demonstra a *complexa dança institucional* entre os poderes político,<sup>156</sup> mostrando que não é possível separar a paradigmática decisão das suas circunstâncias políticas. Além disso, é possível constatar o posicionamento estratégico da Corte em ser bastante deferente as forças majoritárias para ir ocupando gradualmente espaços historicamente ocupados pelos outros poderes.<sup>157</sup>

Assim, a devida compreensão histórica do caso *Marbury v. Madison* demonstra que a expansão do *judicial review*: “dependeu mais da presença de uma determinada filosofia política e do desenho institucional do que da sua previsão no direito constitucional positivo”.<sup>158</sup>

## 2.2 Neoconstitucionalismo e consolidação da jurisdição constitucional

Conforme exposto anteriormente, desde *Marbury v. Madison* a jurisdição constitucional tem se expandido gradualmente. Mas, com o surgimento do neoconstitucionalismo, ela se consolidou ainda mais.

Inicialmente, registra-se que o termo “neoconstitucionalismo” não é utilizado no debate constitucional norte-americano ou alemão, sendo empregado, especialmente, no contexto espanhol e italiano, e que ganhou respaldo na doutrina brasileira com a publicação da coletânea “Neoconstitucionalismo”,<sup>159</sup> organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonel e publicada na Espanha em 2003.<sup>160</sup>

<sup>155</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 39.

<sup>156</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 39.

<sup>157</sup> GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 39.

<sup>158</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 40.

<sup>159</sup> CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

<sup>160</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

Vale destacar a crítica a expressão *neoconstitucionalismo* de Roberto Gargarella, segundo o qual não há nada de novo no (neo) constitucionalismo,<sup>161</sup> uma vez que as propostas e características desse paradigma já vinham sendo há muito tempo trabalhadas por inúmeros autores.<sup>162</sup>

Daniel Sarmento ressalta que os *neoconstitucionalistas* embasam as suas ideias nos pensamentos de juristas de linhas heterogêneas e que nunca se definiram como neoconstitucionalistas, como, por exemplo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino.<sup>163</sup>

O neoconstitucionalismo é entendido com uma série de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional nas últimas décadas. O assombroso retrocesso civilizatório experimentado na primeira metade do século – e especificamente durante a Segunda Grande Guerra –, resultou num processo de reconstrução humanística do Direito.<sup>164</sup>

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a dogmática constitucional sofreu grandes transformações: i) em relação ao seu objeto, pois foram promulgadas novas constituições; ii) em relação ao seu papel, pois a constituição é deslocada para o centro do ordenamento jurídico em detrimento da lei; e iii) em relação aos meios e modos de interpretação e aplicação com o surgimento da nova hermenêutica constitucional.<sup>165</sup>

Para Márcio Luís de Oliveira, o “neoconstitucionalismo é uma atualização do secular constitucionalismo de substrato ocidental, e que sintetiza premissas liberais e sociais à luz do humanismo jurídico e de novas concepções democráticas”. Nesse sentido, o novo direito constitucional terá como principais premissas o pluralismo social, a força normativa dos princípios constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais.<sup>166</sup>

Na Europa Continental, o marco histórico do neoconstitucionalismo é o processo de reconstitucionalização no período Pós-guerra, já no Brasil, foi o processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição de 1988. O marco

<sup>161</sup> Vide: <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2011/08/piazzolla-dworkin-y-el.html>.

<sup>162</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

<sup>163</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>164</sup> OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2013, p. 115.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2013, p. 115.

filosófico será o pós-positivismo com resposta ao fracasso político do positivismo e a superação histórica do jusnaturalismo.<sup>167</sup>

No âmbito da dogmática, como no campo empírico, o direito constitucional sofreu grandes transformações: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição;<sup>168</sup> b) a rejeição ao formalismo e adoção de métodos mais abertos de interpretação, como a ponderação e a proporcionalidade; c) a constitucionalização do Direito e irradiação das normas constitucionais para os demais ramos; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) a judicialização da política e das relações sociais.<sup>169</sup>

O novo status normativo das constituições acrescido da interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais deu origem ao já citado fenômeno de constitucionalização.<sup>170</sup> Sabe-se que a linguagem da norma constitucional é aberta e indeterminada, o que acaba por exigir um maior esforço hermenêutico do intérprete ao aplicar a Constituição. A aplicação da norma constitucional à luz do neoconstitucionalismo e seus princípios acabou por gerar a necessidade da solução dos conflitos entre as normas constitucionais que iria além da tradicional subsunção.<sup>171</sup> Nesse contexto, ganharam destaque as técnicas de ponderação da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>172</sup>

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento sintetizam:

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

<sup>168</sup> Rodolfo Viana Pereira chega a afirmar que a afirmação da força normativa dos princípios é um dos movimentos teóricos mais fantásticos da teoria contemporânea: “Um dos movimentos teóricos mais fantásticos ocorridos nas Teorias do Direito e da Constituição contemporânea foi, sem dúvida, afirmação da força normativa dos princípios constitucionais, com a superação da miopia positivista na consideração de um Direito formado apenas por regras estritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade” (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e constituição: a interpretação constitucional após o giro hermenêutico**. 2001. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 119).

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.79.

<sup>170</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.96.

<sup>171</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>172</sup> Vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revistas dos Tribunais**, [s.l.], v. 798, p.23-50, 2002; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. HERMENÊUTICA PRINCIPOLÓGICA E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos estudos jurídicos**, v. 11, n. 1, p. 135-142, 2008; PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e constituição: a interpretação constitucional após o giro hermenêutico**. 2001. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

Assim, por exemplo, em vez da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Hans Kelsen e Herbert Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a busca da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito. Há portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser compreendido de forma experimental, ou deduzido de premissas gerais, de acordo com a lógica formal. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o direito tem de equacionar.<sup>173</sup>

Os novos métodos hermenêuticos fizeram crescer a importância do Poder Judiciário que deixou de ser, nas palavras de Montesquieu, a mera “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>174</sup>, para se tornar o principal protagonista do cenário constitucional. No neoconstitucionalismo, o princípio da separação dos poderes vai ser relativizado, a leitura clássica dos limites rígidos de atuação do Judiciário vai dar espaço para uma maior atuação do poder jurisdicional para a defesa dos valores constitucionais. Assim, nas teorias neoconstitucionalistas, os juízes terão um papel protagonista,<sup>175</sup> sobretudo, para realizar os objetivos emancipatórios da Constituição.<sup>176</sup> Luís Roberto Barroso afirma expressamente “que não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário”<sup>177</sup> e, indo além, propõe que as “supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”.<sup>178</sup>

No Brasil, a doutrina costumava dividir o novo direito constitucional em duas fases: o constitucionalismo de efetividade e o pós-positivismo constitucional. A primeira, sob influência de Luís Roberto Barroso<sup>179</sup> e Clémerson Merlin Cleve,<sup>180</sup> defendia que a Constituição – enquanto norma jurídica e repositório das promessas do constituinte originário

<sup>173</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98.

<sup>174</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. Tradução Roberto Leal Ferreira, p. 175.

<sup>175</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>176</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 57.

<sup>177</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 26.

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 27.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>180</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas**. São Paulo: RT, p. 34-53, 1995.

– não poderia ficar refém da boa vontade do Legislador e dos governantes e, por isso, deveria ser aplicada e efetivada pelos juízes. Segundo Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo da efetividade promoveu três mudanças no Direito Constitucional brasileiro:

No plano jurídico, atribui normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.<sup>181</sup>

Em que pese a constante falta de efetividade das normas, a doutrina do constitucionalismo de efetividade saiu vitoriosa, uma vez que instalou o senso comum de que a norma constitucional deve ser aplicada, independentemente da sua regulamentação pelo legislador, sendo respaldada inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>182</sup>

Já a segunda fase tem como marco a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides<sup>183</sup> e da obra de Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*,<sup>184</sup> que divulgaram as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy para doutrina brasileira e incentivaram a discussão sobre o princípio da proporcionalidade e sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Neste momento, a doutrina passou a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais. Neste período, vários programas de pós-graduação em Direito passaram a voltar os seus estudos para relação entre Direito, Moral e Política, sobretudo a partir de autores como John Rawls e Jürgen Habermas, bem como passou a crescer o interesse pelos direitos fundamentais. A teoria brasileira passou a incorporar categorias, em especial do Direito germânico, como o “mínimo existencial”, a “reserva do possível” e a “proibição do retrocesso”.

Há também uma mudança de enfoque no estudo da jurisdição constitucional. Até o final da década de 90, as maiorias dos trabalhos se limitavam a discutir as questões

---

<sup>181</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224.

<sup>182</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>183</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

<sup>184</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

processuais, sendo que depois desse período as pesquisas nacionais passaram a analisar a complexa problemática da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.<sup>185</sup> Destacam-se aqui os trabalhos de Gustavo Binenbojm,<sup>186</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto,<sup>187</sup> José Adércio Leite Sampaio,<sup>188</sup> Lênio Luiz Streck<sup>189</sup> e Álvaro Ricaro de Souza Cruz.<sup>190</sup>

É importante também registrar a influência da obra de José Joaquim Gomes Canotilho e da sua *Teoria da constituição dirigente* no Direito Constitucional brasileiro.<sup>191</sup> A expressão “constituição dirigente” – empregada pela primeira vez por Peter Lerche em 1961 – diz a respeito a características das constituições modernas de estabelecer diretrizes constitucionais vinculantes ao legislador.<sup>192</sup> Diferentemente de Lerche que entendia que apenas alguns artigos da Constituição estabeleciam as diretrizes, J.J. Canotilho possui uma visão muito mais ampla, pois entende que toda a constituição é dirigente.<sup>193 194</sup> Nesse sentido, a constituição dirigente seria uma forma de racionalizar a política ao incorporar uma proposta de legitimação material da constituição ao estabelecer diretrizes futuras para a atuação política.<sup>195</sup> Dessa maneira, as constituições dirigentes – como a de 1988 – estabelecem um programa futuro, impondo limites e deveres ao Legislador e delegando ao Judiciário a competência de zelar por essas normas programáticas.<sup>196</sup>

---

<sup>185</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>186</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

<sup>187</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>188</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: del Rey, 2003.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

<sup>190</sup> CRUZ, Álvaro Ricaro de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>191</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1982.

<sup>192</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1982, p. 11-14.

<sup>194</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

<sup>195</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

<sup>196</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 136.

Gilberto Bercovici faz uma crítica que - com a consolidação do neoconstitucionalismo, com a tendência a normatização da Constituição e com o surgimento das discussões sobre a efetividade das normas - o debate sobre a interpretação e concretização da Constituição passou a ser uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição. A doutrina constitucional acabou por criar um aparato técnico jurídico a satisfazer o debate e renunciou aos componentes políticos da Teoria. Assim, a política acabou por ser reduzida ao poder constituinte e a jurisdição constitucional foi alçada a principal garantidora da adequada aplicação da constituição, reduzindo a doutrina constitucional à exegese das interpretações do Supremo Tribunal Federal.<sup>197</sup> Nesse contexto, Bercovici afirma que “os autodenominados ‘neoconstitucionalistas’ são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico por a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhorando da Constituição”.<sup>198</sup>

Percebe-se que as ideias neoconstitucionalistas e a arquitetura institucional da Constituição da República de 1988 acabaram por consolidar a ideia que cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição ao Supremo Tribunal Federal.<sup>199</sup>

Destaca-se ainda que essas ideias foram fortemente recepcionadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais tem recorrido aos princípios constitucionais abertos bem como tem recorrido a técnicas hermenêuticas de ponderação como a proporcionalidade.<sup>200 201</sup>

---

<sup>197</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 61, p.19, 2004. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64452004000100002>.

<sup>198</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 61, p.20, 2004. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64452004000100002>.

<sup>199</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83.

<sup>200</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

<sup>201</sup> Daniel Sarmento explica com detalhes a recepção do neoconstitucionalismo pela jurisprudência brasileira, sobretudo, pela do Supremo Tribunal Federal: Estas novas idéias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões. Aliás, é digna de nota a influência da doutrina constitucional na atuação do Supremo Tribunal Federal. O fenômeno é relativamente recente, uma vez que, logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela via judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta - v.g. orientação então adotada pela Corte em relação ao mandado de injunção e ao controle judicial das medidas provisórias. Aquele quadro podia em parte ser debitado à duvidosa opção do constituinte originário de manter no STF os ministros nomeados durante o governo militar, que não tinham sintonia políticoideológica nem boa vontade diante do novo sistema constitucional, e que por isso se apegavam a visões e interpretações assentadas durante o regime pretérito, muitas delas francamente incompatíveis com a nova ordem. Mas hoje, após a completa renovação do STF, constata-se um quadro radicalmente diferente: a maioria dos ministros do STF é composta por professores de Direito Constitucional, de grande reputação acadêmica, que, até pela origem, têm mais contato com a produção

Um caso paradigmático é o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 2.860 e 2.797<sup>202</sup> que discutia o foro por prerrogativa de função. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal não somente declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, como estabeleceu que cabe a Corte a última palavra sobre a Constituição.<sup>203</sup> O Ministro Relator Sepúlveda Pertence, em seu voto e na Ementa, afirmou expressamente da impossibilidade da interpretação constitucional da Corte ser submetida ao referendo do Legislador através da edição de nova lei:

Admitir pudesse a lei ordinári inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.<sup>204</sup>

Percebe-se que, nessa lógica, qualquer ato normativo que afronte o entendimento do Supremo Tribunal Federal deve ser julgado como inconstitucional. Infere-se que a supremacia judicial tem se consolidado formalmente e materialmente no ordenamento

---

intelectual de ponta na área e são mais suscetíveis à influência das novas correntes de pensamento. Como ressaltado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloquentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, 91o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF. Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte. Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Para citar apenas alguns casos, pode-se falar da decisão que assentou que a mudança de partido implica, salvo determinadas exceções, perda de mandato parlamentar; da que estabeleceu critérios rígidos para a fixação do número de vereadores de acordo com a respectiva população, e da intensificação do controle jurisdicional dos atos das CPIs, bem como dos pressupostos de edição das medidas provisórias. (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009).

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 dez. 2006.

<sup>203</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 85.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 dez. 2006, p. 287.

jurídico brasileiro. Afinal de contas, da perspectiva formal e prática, uma decisão do STF só pode ser superada por outra decisão do próprio STF. É importante frisar que o Egrégio Tribunal tem permitido a declaração de inconstitucionalidade até mesmo de emendas constitucionais. E, do ponto de vista material, a decisão do STF delimita a matéria e põe fim à controvérsia. Em outras palavras, têm prevalecido no Brasil o paradigma da supremacia judicial e o entendimento de que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é.<sup>205</sup>

### 2.3 A defesa da jurisdição constitucional e da legitimidade da supremacia judicial

Conforme exposto anteriormente, a afirmação da jurisdição constitucional é produto de uma longa tradição de mais de duzentos anos desde a decisão de John Marshall no histórico caso *Marbury v. Madison*. Nesse período, inúmeros autores buscaram justificar a legitimidade a atuação das Cortes constitucionais.<sup>206</sup> Nesse tópico, pretende-se abordar as ideias de Ronald Dworkin e Robert Alexy que militaram em favor da afirmação da jurisdição constitucional e influenciaram fortemente a doutrina e a jurisprudência brasileira.

#### 2.3.1 Ronald Dworkin e a afirmação da supremacia judicial

Um dos principais defensores do controle de constitucionalidade é o professor norte-americano Ronald Dworkin. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes, o projeto dworkiniano é rico e amplo, “porque se assenta em uma compreensão do direito afeta às conquistas do giro linguístico e intimamente preocupada com a questão da busca por uma justificação da legitimidade do direito e das decisões jurídicas”.<sup>207</sup>

<sup>205</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 85.

<sup>206</sup> Na obra “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Conrado Hubner Mendes elenca e analisa uma série de argumentos em favor da atuação das cortes e dos juízes: i) a corte protege as condições da democracia; ii) a corte assegura o processo de formação da vontade democrática; iii) a corte protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia; iv) a corte protege os direitos das minorias e impe a tirania da maioria; v) a corte é emissária do ‘povo’ genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento; vi) a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o povo; vii) a supremacia judicial é exigência do estado de direito; viii) a corte é um agente externo que julga com imparcialidade, já o legislador não poderia julgar a si mesmo; ix) a corte é um veto inerente à dinâmica da separação dos poderes; x) a corte analisa um caso concreto, submete-o a uma racionalidade incremental e o insere dentro de sua jurisprudência; xi) a corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa; xii) a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa; xiii) a corte é instituição educativa e promove o debate público; xiv) a corte integra um sistema democrático, não está a margem dele; xv) a corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas. (MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62-70)

<sup>207</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 196.

Para o jusfilósofo estadunidense a moralidade política está no âmago do Direito Constitucional e, por isso, propõe uma leitura moral da Constituição, uma vez que a maioria dos textos constitucionais contemporâneos dispõem sobre direitos numa linguagem ampla e aberta que contemplam verdadeiros princípios morais de decência e justiça. No entanto, como a moralidade é altamente controversa e intrinsecamente incerta, “é preciso definir quem terá a autoridade na interpretação da Constituição”.<sup>208</sup>

Na visão de Dworkin - na crítica a de H. L. A. Hart<sup>209</sup> - o positivismo jurídico não faz distinção entre regras e princípios ao raciocinar os casos difíceis. Assim, ele propõe que o ordenamento jurídico é composto também por princípios que também serão exigíveis normativamente.<sup>210</sup> Ele reconhece, então, que as decisões políticas devem respeitar estes princípios de natureza moral<sup>211</sup> e propõe que os juízes têm mais competência para definir o sentido e alcance desses princípios.<sup>212</sup>

A leitura moral da Constituição pelos juízes exige integridade,<sup>213</sup> devendo respeitar a prática social, a história institucional e os princípios morais.<sup>214</sup> Nesse sentido, a Constituição deve ser lida com parte de um empreendimento coletivo de toda a sociedade.<sup>215</sup> Os juízes não podem ler a Constituição a partir das suas próprias convicções pessoais, pois devem levar em consideração o entendimento dominante do passado para que a sua interpretação seja coerente com aquilo que passou para dar continuidade ao futuro – como se a interpretação fosse um *romance em cadeia*, no qual cada juiz escrevesse um capítulo da história.<sup>216</sup> Nesse romance, cada juiz se encontra vinculado ao passado e com compromisso de ler tudo o que já foi feito por seus antecessores para buscar continuar sua tarefa e aperfeiçoá-la dentro da comunidade de princípios existentes e reconhecidos pela sociedade:<sup>217</sup>

<sup>208</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 2.

<sup>209</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>210</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, tradução de Nelson Boeira, p. 35-36.

<sup>211</sup> MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *We (believe or distrust) the people: o controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade*. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 89.

<sup>212</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, tradução Luís Carlos Borges, p. 3-39.

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 176.

<sup>214</sup> MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *We (believe or distrust) the people: o controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade*. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 90.

<sup>215</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 196, p. 197.

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 228.

<sup>217</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 197.

*Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much the judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges. They must regard themselves as partners with other officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take care to see that what they contribute fits with the rest. (I have elsewhere said that judges are like authors jointly creating a chain novel in which each writes a chapter that makes sense as part of the story as a whole).<sup>218</sup>*

A visão de constitucionalismo de Dworkin é estabelecida pela lógica de que uma legislatura não pode limitar ou comprometer os direitos individuais. A Constituição, ao estabelecer uma carta de direitos fundamentais, objetiva resguardar os cidadãos contra as decisões de uma determinada maioria. Estas limitações impostas pela norma constitucional podem ser entendidas como direitos morais que os indivíduos têm contra a tirania da maioria.<sup>219</sup>

É importante ressaltar que na visão dworkiniana, a democracia é assentada na regra majoritária legítima, no entanto, ela deve respeitar os limites constitucionais.<sup>220</sup> Para Dworkin, até mesmo aqueles que defendem que a premissa majoritária é essencialmente a definição e a justificação da democracia, reconhecem que em algumas situações a vontade da maioria não deve prevalecer. Para ilustrar o seu argumento, ele cita o caso *Brown v. Education* (decisão da Suprema Corte Americana que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas).<sup>221</sup>

Nesse contexto, a instituição do *strong judicial review* se justifica pela constatação de que nem sempre os direitos das minorias são respeitados. A premissa teórica é que a fiscalização da autoridade majoritária não pode ficar a cargo dela mesma. Afinal de contas, se couber ao legislador um autocontrole constitucional, ele inevitavelmente decidiria

---

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 10.

<sup>219</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, tradução de Nelson Boeira, p. 208-209.

<sup>220</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 26.

<sup>221</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16.

em causa própria. Nessa lógica, a Corte seria então um agente externo que julgaria com a imparcialidade.<sup>222</sup>

Na justificativa do *judicial review*, Dworkin se vale da ideia de que os tribunais constitucionais devem funcionar como um *fórum de princípios*. Ressalta-se que as decisões jurisdicionais devem se basear nos princípios jurídicos constitucionais ao invés de se basear em fundamentos políticos.<sup>223</sup> Os princípios são normas jurídicas baseadas na justiça e na equidade, já os argumentos políticos são decisões que visam um fim coletivo.<sup>224</sup> Ao basear as suas decisões em princípios, as Cortes forçariam o debate político a levar em consideração os princípios constitucionais.<sup>225</sup>

Em apertada síntese, Bernardo Gonçalves Fernandes elenca as quatro premissas teóricas da teoria de Dworkin para a atividade jurisdicional das Cortes: 1) a negativa da discricionariedade judicial (aqui entendida como o decisionismo ao arbítrio do juiz); 2) a impossibilidade das decisões se assentarem em diretrizes políticas; 3) a relevância do devido processo legal para a integridade do Direito; e 4) a referida noção de integridade do Direito.<sup>226</sup>

### 2.3.2 Robert Alexy e a representação argumentativa da jurisdição constitucional

O jurista alemão Robert Alexy também é um entusiasta da jurisdição constitucional e da sua legitimidade democrática. Inclusive, chega a afirmar que as fórmulas gerais do “*judicial self-restraint*” pouco ajudam na discussão sobre a competência das cortes para realizarem o controle de constitucionalidade.<sup>227</sup>

<sup>222</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, tradução Luís Carlos Borges, p. 101.

<sup>224</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 27.

<sup>225</sup> DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and democracy*. **European Journal Of Philosophy**, Oxford, v. 1, n. 3, p.2-11, 1995, p. 11. Segue a transcrição do argumento de Dworkin: “asking judges to interpret and enforce those rights provides the best available forum for viewing the question of their interpretation as a moral rather than a political one. The public participates in the discussion - as it has in the United States, for example, about abortion, school prayer and many other issues - but it does so not in the ordinary way, by pressuring officials who need their votes or their campaign contributions, but by expressing convictions about matters of principle. In that sense, even the terrible debate in the United States about the Supreme Court’s abortion decision, *Roe v. Wade*, has been beneficial”.

<sup>226</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 197.

<sup>227</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 527.

Com base na premissa de que num Estado Democrático de Direito, todo poder emana do povo, o jurista alemão Robert Alexy afirma que o *constitutional review* só é legítimo se ele for compatível com a democracia. No entanto, ele busca responder a seguinte pergunta: como compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia, se ao contrário dos representantes eleitos, os juízes não sofrem qualquer tipo de *accountability* eleitoral?<sup>228</sup>

Na mesma linha do fórum de princípios de Dworkin e do fórum de razões públicas de John Rawls,<sup>229</sup> o filósofo alemão defende a legitimidade da jurisdição constitucional com base na ideia da sua representação argumentativa.<sup>230</sup> “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”.<sup>231</sup> Assim, a única forma de conciliar o controle de constitucionalidade judicial com a democracia é se esse também exercer uma função representativa.<sup>232</sup>

Robert Alexy explica que, não raro, as leis feitas pelo Parlamento podem violar direitos fundamentais ou ferir o princípio democrático. Nesse caso, teriam-se duas soluções: confiaria na cura espontânea advinda do próprio jogo democrático ou aceitaria o remédio da jurisdição constitucional. Alexy reconhece – assim como Habermas<sup>233</sup> – que a jurisdição constitucional contém o perigo do paternalismo e que não é um remédio universal.<sup>234</sup>

Nesse sentido, esta ideia só pode ser defendida, se o *constitutional review* estiver mais próximo de um ideal discursivo do que o próprio processo político que produziu a lei inconstitucional, e se a decisão do tribunal obtém um reconhecimento pelos cidadãos como se fosse uma discussão e reflexão crítica dos próprios cidadãos.<sup>235</sup> Assim, Alexy estabelece que para a representação argumentativa seja efetiva, ela precisa apresentar argumentos que ecoam

<sup>228</sup>ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal Of Constitutional Law*, [s.l.], v. 3, n. 4, p.572-581, 1 out. 2005. Oxford University Press (OUP).

Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>>. Último acesso em: 11 de agosto de 2017.

<sup>229</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Tradução Dinah de Abreu Azevedo, revisão da tradução Álvaro de Vita, p. 261-306.

<sup>230</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 50.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 3, n. 4, p.572-581, 1 out. 2005. Oxford University Press (OUP).

Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>>. Último acesso em: 11 de agosto de 2017.

<sup>233</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade - volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, p. 344.

<sup>234</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. Tradução Luís Afonso Heck, p. 36.

<sup>235</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Tradução Luís Afonso Heck, p. 36.

no cidadão liberal ideal<sup>236</sup> e que esses argumentos sejam racionais no sentido que um número suficiente de membros da comunidade leve em consideração para exercer a suas capacidades argumentativas:<sup>237</sup>

A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, como resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.<sup>238</sup>

Por fim, Alexy entende que o caráter axiológico diferenciado dos direitos fundamentais impõe limites ao legislador. O raciocínio de Alexy é que se a Constituição assegura direitos fundamentais aos cidadãos em relação ao Poder Legislativo, então a própria Constituição assegura a existência de um tribunal para controlar o legislador, logo o controle constitucionalidade não pode ser antidemocrático, pelo contrário, ele está previsto, autorizado e legitimado pelo estado constitucional democrático.<sup>239</sup>

Por fim, Alexy afirma expressamente que o constitucionalismo discursivo exerce um papel de institucionalização da razão e da justiça na comunidade política, sendo que a democracia é melhor com ele.<sup>240</sup>

<sup>236</sup> Este é um conceito retirado da obra de John Rawls. Vide: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Tradução Dinah de Abreu Azevedo, revisão da tradução Álvaro de Vita, p. 196.

<sup>237</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, [s.l.], v. 3, n. 4, p.572-581, 1 out. 2005. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>>.Último acesso em: 11 de agosto de 2017.

<sup>238</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

<sup>239</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 527.

<sup>240</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: **International Journal of Constitutional Law**, [s.l.], v. 3, n. 4, p.572-581, 1 out. 2005. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>>.Último acesso em: 11 de agosto de 2017.

### **3 PROPOSTAS TEÓRICAS DE LIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS CRÍTICAS A SUPREMACIA JUDICIAL**

No capítulo anterior, buscou-se apresentar o fenômeno da expansão jurisdicional e a sua afirmação histórica a partir do caso *Marbury v. Madison*. Foram trabalhados também os principais argumentos em favor da supremacia judicial e abordamos os autores que buscaram justificar a atuação das cortes e que tiveram forte influência no Brasil.

No entanto, a consolidação da jurisdição constitucional tem sido acompanhada de inúmeras críticas. Neste capítulo, cumpre-se revisar algumas críticas contemporâneas à teoria da supremacia judicial que servirão de parâmetro para o balizamento da atuação do Supremo Tribunal Federal, como também cumpre-se apresentar algumas propostas teóricas que buscaram delimitar a atuação da jurisdição constitucional.

#### **3.1. As críticas contemporâneas a supremacia judicial**

Neste tópico, serão abordadas quatro correntes que tem realizados objeções a atuação expansionista do Poder Judiciário. A primeira é o constitucionalismo político e a sua crítica em relação ao déficit democrático do judicial review. A segunda é o constitucionalismo popular com reinvidicação teórica pelo protagonismo popular na interpretação constitucional e pela retirada da Constituição das Cortes. Já a terceira, denominada de virada institucional, diz respeito à limitação interpretativa das instituições. Por último, serão analisadas algumas pesquisas empíricas sobre o comportamento judicial que demonstram as circunstâncias não jurídicas do controle de constitucionalidade.

##### *3.1.1 O constitucionalismo político e o déficit democrático do judicial review*

Jeremy Waldron, professor neozelandês radicado nos Estados Unidos, é um dos principais nomes do constitucionalismo político e um dos principais expoentes críticos ao controle judicial de constitucionalidade. Em síntese, a sua crítica pode ser resumida em dois tópicos: i) que não há nenhum argumento a priori que justifica que os direitos são melhores protegidos pelo *judicial review* do que seriam por um Parlamento democrático; ii)

independentemente dos resultados do controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais não tem legitimidade democrática.<sup>241</sup>

Waldron explicita um dos principais problemas do *strong judicial review*: os desacordos morais razoáveis sobre os sentidos dos direitos. Ele explica que existe um desacordo razoável e de boa-fé entre as pessoas de uma comunidade política sobre o sentido e a aplicação da norma constitucional.<sup>242</sup> O desacordo seria uma das características mais relevantes das sociedades democráticas. Waldron rejeita a ideia de que o consenso é um processo natural possível.<sup>243</sup> Para ele nunca haverá um argumento triunfal que encerre a discussão.<sup>244</sup>

Vale destacar que a posição filosófica de Waldron é diametralmente oposta de Dworkin. Enquanto Dworkin busca desenvolver uma teoria da decisão substantivista fundamentada numa noção adequada de justiça, Waldron parte da premissa da impossibilidade do consenso sobre o conteúdo dos direitos para a construção de uma teoria da autoridade democrática.<sup>245</sup>

Waldron trabalha com uma ideia adaptada da discussão sobre as *circunstâncias da justiça* de John Rawls<sup>246</sup>: que é o conceito de *circunstâncias da política*<sup>247</sup>. As circunstâncias da política podem ser entendidas como a coexistência entre um amplo desacordo sobre as questões fundamentais da vida política e o consenso da necessidade de ter um processo de tomada de decisão para lidar com os desacordos de forma pacífica e justa.<sup>248</sup>

---

<sup>241</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial**: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 58.

<sup>242</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 115, p.1348-1406, 2006, p. 1366.

<sup>243</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial**: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 60.

<sup>244</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing Constitutional Law**: Perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. [s.l.]: Springer International Publishing, 2016. p. 151.

<sup>245</sup> MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. **We (believe or distrust) the people: o controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade**. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 107.

<sup>246</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Amiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. – São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 136.

<sup>247</sup> John Rawls define as circunstâncias da justiça “como as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Amiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. – São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 136).

<sup>248</sup> BUSTAMANTE, Thomas, On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified? (May 25, 2015). Bustamante, T. et alli, “**Democratizing Constitutional Law**” (Heidelberg: Springer, 2016).. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2617111>, p. 19.

Para Waldron, a teoria jurídica contemporânea acabou por idealizar as Cortes, ao mesmo tempo em que marginalizava o Legislativo.<sup>249</sup> Nesta visão, enquanto os magistrados seriam virtuosos e racionais, os legisladores vivem de negociatas, barganhas e concessões.<sup>250</sup> Mangabeira Unger afirma que este é o “segredinho sujo” (*dirty little secret*) da teoria jurídica contemporânea: o seu desconforto com a democracia.<sup>251</sup> Segundo Unger, a desconfiança com a democracia se apresenta em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea.<sup>252</sup>

*in the ceaseless identification of restraints upon majority rule, rather than of restraints upon the power of dominant minorities, as the overriding responsibility of judges and jurists; in the consequent hypertrophy of countermajoritarian practices and arrangements; in the opposition to all institutional reforms, particularly those designed to heighten the level of popular political engagement, as threats to a regime of rights; in the equation of the rights of property with the rights of dissent; in the effort to obtain from judges, under the cover of improving interpretation, the advances popular politics fail to deliver; in the abandonment of institutional reconstruction to rare and magical moments of national reformation; in the single-minded focus upon the higher judges and their selection as the most important part of democratic politics; in an ideal of deliberative democracy as most acceptable when closest in style to a polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room; and, occasionally, in the explicit treatment of party government as a subsidiary, last-ditch source of legal evolution, to be tolerated when none of the more refined modes of legal resolution applies.*<sup>253</sup>

Para Waldron, tanto o Parlamento como as Cortes podem errar ao determinar o sentido dos direitos, não havendo qualquer garantia *a priori* de que um erre menos que o outro.<sup>254</sup> O problema da deliberação estaria presente tanto em um, como em outro. Entretanto, ele entende que os tribunais focam nos precedentes, no texto, na doutrina e em *jargões jurídicos* numa linguagem pouco acessível ao leigo.<sup>255</sup> Nesse sentido, uma consequência da

<sup>249</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 8.

<sup>250</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial**: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 58.

<sup>251</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis become?* London: Verso, 1996. P. 72

<sup>252</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional**: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF. [s.l.];, 2017, no Prelo.

<sup>253</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis become?* London: Verso, 1996, p. 73

<sup>254</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

<sup>255</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 115, p.1348-1406, 2006, p. 1386.

expansão da jurisdição constitucional é a elitização do debate público e exclusão daqueles que não dominam a linguagem técnica formal do direito.<sup>256</sup>

Já a prática parlamentar nos países em que há um compromisso com os direitos individuais não é tão segregacionista e elitista. Percebe-se, então, que a crítica de Waldron é que o controle de constitucionalidade acaba por transferir a deliberação pública para os tribunais, o que causaria um déficit no debate democrático, visto que a discussão sairia de um ambiente onde as razões podem ser expostas de maneira clara e abrangente para um local formalista e tecnicista.<sup>257</sup>

Para Waldron, pensar na legitimidade do Direito é antes de tudo buscar responder como que as decisões coletivas são tomadas.<sup>258</sup> Ao defender que o Parlamento é esfera pública adequada para solucionar os desacordos, ele se vale do conceito da “sabedoria da multidão”<sup>259</sup> de Aristóteles.<sup>260</sup> A ideia é que as assembleias são esferas políticas virtuosas que permitem uma maior interação e complementariedade de pontos de vistas distintos, permitindo que as escolhas tomadas tenha mais qualidade do que aquelas deliberadas em espaços reduzidos de pequenas elites.<sup>261</sup>

Neste contexto, pelo *judicial review* ser eivado de um déficit democrático,<sup>262</sup> o processo legislativo democrático teria muito mais legitimidade para resolver os desacordos.<sup>263</sup> Logo, o único acordo possível seria determinar um processo isonômico de tomada de decisão, e, por isso, o processo legislativo se torna essencial.<sup>264</sup> O argumento de Waldron pode ser resumido no seguinte trecho:

*Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt*

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerg**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012, p. 13.

<sup>257</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. **The Yale Law Journal**, [s.l.], v. 115, p.1348-1406, 2006, p. 1386.

<sup>258</sup> ANDRADA, Bonifácio. **Controle judicial de constitucionalidade**: constitucionalismo entre o direito e a política. Curitiba: Juruá, 2016, p. 27.

<sup>259</sup> ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Roberto Leal Ferreira.

<sup>260</sup> WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.92-123.

<sup>261</sup> ANDRADA, Bonifácio. **Controle judicial de constitucionalidade**: constitucionalismo entre o direito e a política. Curitiba: Juruá, 2016, p. 28.

<sup>262</sup> CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional**: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF. [s.l.]; 2017, no Prelo.

<sup>263</sup> BELLAMY, RICHARD. **Political Constitutionalism**: a republican defence of the constitutionality of democracy. Cambridge University Press, 2007; WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999; WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, n. 115, New Haven, abr. 2006.

<sup>264</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **Jurisdição Constitucional na era cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 07, N. 13, 2016, p. 352.

*procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons—in their millions—whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights.*<sup>265</sup>

### 3.1.2 O constitucionalismo popular e a reivindicação do protagonismo popular na interpretação da constituição

O constitucionalismo popular defende que a concretização constitucional deve ser protagonizada pelo povo e não pelas Cortes. Nesse sentido, a principal função da Constituição seria inspirar a atuação dos cidadãos e políticos, e não para juízes limitá-la.<sup>266</sup>

Mark Tushnet propõe um “Direito Constitucional Popular” (*populist constitutional law*),<sup>267</sup> no qual as discussões constitucionais devem ser tomadas das cortes e restituídas ao povo:<sup>268</sup>

*What is populist constitutional law? Throughout this book I have described it as a law oriented to realizing the principles of the Declaration of Independence and the Constitution’s Preamble.<sup>8</sup> More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government. —Universal, because all men are created equal. As we will see, honoring the Declaration’s principles does not require us to overlook the racism and sexism that characterized the Founding generation. Indeed, acknowledging those flaws deepens the argument for populist constitutional law. —Human rights, because people are endowed with inalienable rights. —Justifiable by reason, because the Declaration’s authors thought an explanation was required by a decent respect for the opinions of mankind. Similarly, the Federalist Papers, written as a political tract but transformed by history into a fundamental constitutional document, begin by noting that the prospect of adopting the Constitution opens the possibility of creating a government ‘by reflection and choice.’ —And in the service of self-government, because governments derive their just powers from the consent of the governed.*<sup>269</sup>

Para Tushnet, o judicial review distorce a atuação dos legisladores de diversas maneiras: 1) promovendo a irresponsabilidade deles – que acabam por transferir a

<sup>265</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 115, p.1348-1406, 2006, p. 1406.

<sup>266</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.

<sup>267</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 177.

<sup>268</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87

<sup>269</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 181.

responsabilidade para as cortes se eximindo de solucionar o problema; 2) distorcendo a produção normativa – uma vez que os legisladores acabam se preocupando mais com que as cortes vão dizer sobre as, ao invés de tomar a medida constitucionalmente adequada; 3) distorcendo a discussão legislativa; 4) e iludindo o próprio legislador.<sup>270</sup>

Tushnet entende que a jurisdição constitucional não é pré-condição da democracia. A ausência de *judicial review* não significa necessariamente o desrespeito a direitos fundamentais, sendo que os exemplos da Inglaterra e da Holanda demonstram que é possível o desenvolvimento de um sistema de limitação de poder e de garantia de direitos individuais sem a presença de um controle de constitucionalidade forte.<sup>271</sup> Ele chega a dizer que em casos de opressão extrema, como no Holocausto, não é sequer possível esperar que o Judiciário fosse resistir à tirania da maioria.<sup>272</sup>

Destaca-se que, na obra “Weak courts, Strong rights”, Tushnet defende a adoção de um modelo fraco de judicial review que promova um diálogo entre Cortes e Parlamentos<sup>273</sup> e seja mais deferente as deliberações majoritárias.<sup>274</sup>

Outro importante autor do Constitucionalismo popular é Larry Kramer que tem defendido o protagonismo do povo a partir da própria história norte-americana. Para Kramer, na época da promulgação da constituição norte-americana, o ambiente político era de resistência da supremacia judicial e de valorização do poder popular, sendo que os *founding fathers* jamais desejaram atribuir o poder da última palavra sobre a Constituição ao Judiciário:<sup>275</sup>

No similar devices are found in the U.S. Constitution because when our Founding Fathers wrote no one had yet imagined anything even remotely like modern judicial supremacy. Judicial independence was thought of primarily in connection with the courts' ordinary law functions, and life tenure and salary protection were valued chiefly as devices to eliminate executive and legislative influence over ordinary litigation.<sup>5</sup> It was only as the judicial power expanded and its potential and political importance became clear that we discovered a need to compensate for this gap in our

<sup>270</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 181, p. 57-63.

<sup>271</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 181, p. 163.

<sup>272</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 181, p. 162.

<sup>273</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 43.

<sup>274</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

<sup>275</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 88.

Constitution, so we scrambled to create a degree of control and accountability by turning to blunter political tools like those mentioned above and described in earlier chapters.<sup>276</sup>

A supremacia judicial estaria assentada no preconceito das elites contra o povo.<sup>277</sup> Na visão de Kramer, a discussão seria uma “questão de sensibilidade” dos juristas, sendo que a desconfiança não seria tanto sobre os representantes, mas sobre a suposição de que as pessoas comuns são emocionais, ignorantes, confusas e simples, enquanto as elites seriam bem informadas, reflexivas e claras.<sup>278</sup> Indo mais além, ele afirma que foi o próprio Poder Judiciário que tornou o Direito Constitucional complexo, sendo que a participação popular não deve ficar restrita a constituinte, devendo se dar também na definição final do significado do texto constitucional.<sup>279</sup>

Para a superação da supremacia judicial, Kramer propõe a adoção de alguns institutos de pressão sobre as Cortes, como: impeachment de juízes, cortes no orçamento do Judiciário ou adotar procedimentos legislativos de revisão das decisões constitucionais.<sup>280</sup>

### 3.1.3 A virada institucional e a capacidade interpretativa das instituições

No artigo “*Interpretation e Institutions*”, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule propõem uma “virada institucional” (*institutional turn*) nos problemas da interpretação jurídica.<sup>281</sup> A premissa dos autores é de que as teorias tradicionais propõem posturas interpretativas a partir de conceitos abstratos,<sup>282</sup> como, por exemplo, o pressuposto ao

<sup>276</sup> KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 250.

<sup>277</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 88.

<sup>278</sup> KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 242.

<sup>279</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 88.

<sup>280</sup> KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 249.

<sup>281</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 156, p.1-55, 2002, p. 2.

<sup>282</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 183.

tratamento dos indivíduos como igual respeito e consideração na teoria de Ronald Dworkin,<sup>283</sup> ou a proteção das condições da democracia na teoria procedimentalista de John Hart Ely.<sup>284</sup>

Para Sunstein e Vermeule, o problema básico das teorias tradicionais da interpretação jurídica decorre do fato dos teóricos formularem a pergunta errada: “how, in principle, should a text be interpreted?”.<sup>285</sup> A verdadeira pergunta a ser respondida é: “como, uma determinada instituição, com as suas habilidades e limitações, deve interpretar aquele texto normativo?”.<sup>286</sup>

Há uma visão romantizada do juiz por parte da hermenêutica jurídica, como se os intérpretes fossem deuses infalíveis – como a metáfora do juiz Hércules de Ronald Dworkin<sup>287</sup> - ou os reis-filósofos da filosofia platônica.<sup>288</sup> O fato é que devem ser levados em consideração que os magistrados são seres humanos concretos com suas virtudes e deficiências que atuam no interior de instituições que também tem seus méritos e limitações.<sup>289</sup> Nesse sentido, a teoria constitucional não pode ignorar as capacidades e limitações técnicas, de conhecimento, de tempo e de informação do intérprete, e, sobretudo, a possibilidade de erro, conforme explica Frederick Schauer:

*The design of a decision-making environment must thus take into account not only the possibility of error of under- and over-inclusion emanating out of a faithful application of rules in the face of an unpredictable reality, but also the errors likely to be made by less than Solomonic decision-makers when, released from rules, they are empowered to apply background justifications directly to the cases they have to decide. When fear of this later type of error predominates, rules are employed to lessen decision-maker error by limiting the ability of decision-makers to take into account a full range of potentially difficult and complex considerations”.*<sup>290</sup>

<sup>283</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>284</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2010. Tradução Juliana Lemos.

<sup>285</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 156, p.1-55, 2002, p. 2.

<sup>286</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 156, p.1-55, 2002, p. 2.

<sup>287</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 239.

<sup>288</sup> PLATÃO. **A República**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira.

<sup>289</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 616.

<sup>290</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 151.

O exemplo do Supremo Tribunal Federal em relação à sobrecarga de trabalho é paradigmático.<sup>291</sup> A quantidade de demandas impede – por mais esforçado que o juiz seja – que ele tenha as condições necessárias para se engajar na busca detalhada da solução de procedimentos extremamente complexos.<sup>292</sup>

Nesse sentido, a virada institucional propõem que sejam levadas em consideração a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos da decisão,<sup>293</sup> pois muitas vezes, em casos complexos, as decisões apresentam um enorme potencial para produzir consequências não antecipadas pelo julgador.<sup>294</sup>

Sunstein e Vermeule demonstram que em matérias de alta complexidade, os juízes podem se deparar com circunstâncias mutáveis e com desacordos morais razoáveis – fatores que aumentar exacerbadamente o cálculo dos custos da decisão e dos erros decorrentes dela – que exigem uma postura cautelosa e humilde – denominada de minimalista.<sup>295</sup>

### *3.1.4 As análises comportamentais dos juízes: o judicial review para além do Direito*

As Cortes sempre foram vistas como um conjunto de indivíduos sábios e imparciais que se valem de regras claras e pré-definidas para proferir a decisão mais correta para a solução do caso concreto. Sob a perspectiva dos modelos normativos do Direito, as decisões são fundamentadas em critérios objetivos e neutros baseado no sistema jurídico e não em atos de vontade do magistrado lastreados em juízos subjetivos ou ideológicos.<sup>296</sup> É possível perceber essa visão idealizada da função jurisdicional nos teóricos que visam justificar a supremacia judicial na interpretação e aplicação da Constituição.

<sup>291</sup> O Supremo Tribunal Federal chegar a julgar mais de 60 mil casos por ano, sendo que do período de 1988 até 2009 foram levados ao Supremo 1.222.102 processos. Vide: FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números-o Múltiplo Supremo. 2011.

<sup>292</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 616.

<sup>293</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 156, p.1-55, 2002, p. 2.

<sup>294</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 184.

<sup>295</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 184.

<sup>296</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 473 del1129.

No entanto, nos casos difíceis e de grande repercussão república, o Direito pode ser muito pouco determinante nas escolhas das Cortes. Muitas vezes, a argumentação jurídica funciona apenas como mera justificativa – construída quase sempre *a posteriori* da tomada decisória do magistrado – para legitimar decisões tomadas com base em outros motivos.<sup>297</sup>

No artigo “*The politics of judicial review*”, Barry Friedman, ao analisar as circunstâncias política da Suprema Corte Americana, demonstra a insuficiência dos modelos normativos tradicionais para explicação do comportamento dos juízes e a necessidade de se levar em consideração as análises descritivistas.<sup>298</sup> Friedman afirma que as análises legalistas ignoram fatores não jurídicos que influenciam a tomada de decisões dos juízes, como por exemplo a opinião pública e as interações institucionais internas/externas das Cortes.<sup>299</sup>

No debate constitucional norte-americano, é possível encontrar um farto material de exame dos comportamentos dos juízes e das circunstâncias não jurídicas que influenciam o processo de tomada de decisão dos magistrados.<sup>300</sup> Essas análises são fundamentais para a aferição da legitimidade do Tribunal e, conseqüentemente, da própria jurisdição constitucional. No Brasil, ainda são pouquíssimos os trabalhos desta ordem, mas destaca-se a pioneira tese “Nos bastidores do STF” de Patrícia Perrone Campos Mello.<sup>301</sup>

A partir da literatura norte-americana, Patrícia Perrone propõe três modelos para explicar o comportamento dos juízes: o modelo normativista ou legalista; o modelo ideológico e o modelo institucional.

O modelo legalista (ou normativista) é aquele que busca explicar o comportamento e as decisões judiciais com base na aceção formalista do Direito, ou seja, na compreensão de que o juiz se limita a norma posta pelo legislador, decidindo casos concretos a partir de métodos objetivos de interpretação da norma constitucional, sem fazer qualquer

---

<sup>297</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 368 de 111129.

<sup>298</sup> FRIEDMAN, Barry. **The Politics of judicial review**. New York University Public Law and legal theory working papers. Paper 16. 2006.

<sup>299</sup> FRIEDMAN, Barry. **The Politics of judicial review**. New York University Public Law and legal theory working papers. Paper 16. 2006.

<sup>300</sup> SUNSTEIN, Cass R. et al. **Are judges political?: an empirical anlysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of US Supreme Court justices. **American Political Science Review**, v. 83, n. 2, p. 557-565, 1989; BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2006; EPSTEIN, Lee et al. Do political preferences change? A longitudinal study of US Supreme Court justices. **The Journal of Politics**, v. 60, n. 3, p. 801-818, 1998; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the US Supreme Court. In: **annual meeting of the American Political Science Association, Chicago, IL**. 1995.

<sup>301</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

juízo de valor ou ideológico.<sup>302</sup> Para esse modelo, o Direito é um conjunto de normas “passíveis de reconhecimento através de operações lógicas e racionais, com base em critérios de interpretação aceitos pela dogmática jurídica”. Assim, a decisão seria produto de um mero “raciocínio silogista pelo qual a regra de direito funciona como a premissa maior, os fatos do caso concreto como a premissa menor e a decisão como conclusão”.<sup>303</sup>

Por sua vez, o modelo ideológico propõe a relação direta entre a ideologia<sup>304</sup> dos juízes e as suas decisões. No contexto polarizado norte-americano entre democratas e republicanos é facilmente perceptível o comportamento ideológico dos juízes. As circunstâncias brasileiras peculiares e a falta de pesquisas tornam essa análise mais difícil no Brasil. No entanto, ainda assim é possível identificar alguns posicionamentos ideológicos dos ministros.<sup>305</sup> Para esta corrente, a argumentação jurídica da decisão é elaborada a posteriori apenas para legitimar a decisão já foi tomada pelo magistrado. Patrícia Perroni explica que para o modelo ideológico a convicções pessoais são as chaves de compreensão e previsão das decisões:

[...] em breves linhas, se um juiz for progressista, independentemente da dogmática jurídica, ele tenderá, ilustrativamente, a julgar a favor do direito de minorias, quando confrontado com o direito à igualdade formal invocado pelas majorias; ou a favor da proteção ao meio ambiente, em situações de conflito deste valor com a livre iniciativa e com o desenvolvimento econômico. Se for conservador, apresentará o comportamento inverso.<sup>306</sup>

Em uma pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos por Jeffrey Segal e Harold Spaeth que objetivou analisar a influência ideológica sobre as decisões dos ministros da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 1999, verificou-se que a relação entre os valores dos magistrados e seus votos é na proporção de 76% (setenta e seis por cento).<sup>307</sup> <sup>308</sup> Em outro estudo, os pesquisadores foram capazes de prever 88% dos votos (92 de 105) da Corte.<sup>309</sup>

<sup>302</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 393 de 11129.

<sup>303</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 473 de 11129.

<sup>304</sup> O conceito de ideologia trabalhado por Patrícia Perrone Campos Mello é no sentido do conjunto de ideias e valores determinantes das convicções individuais dos julgadores.

<sup>305</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 393 de 11129.

<sup>306</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 1975 de 11129.

<sup>307</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 323.

<sup>308</sup> Sobre os critérios metodológicos da pesquisa, ver: SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 312-356; e

É certo que as pesquisas empíricas sobre a influência ideológica têm muitas limitações metodológicas. No entanto, não podem ser desconsideradas. Os magistrados são seres humanos como quaisquer outros e, por isso, têm as suas convicções, as suas identificações com determinados grupos e por isso também o seu comportamento, de forma consciente ou até mesmo inconsciente, é influenciado por inúmeros fatores.

Já o modelo institucional pretende explicar as decisões dos juízes a partir das interações institucionais. Na sua obra, Patrícia Perrone define as instituições como "as regras, formais ou informais, os esquemas cognitivos, os símbolos e aos padrões que definem significados sociais atribuídos às ações humanas e aos eventos", além disso, as instituições também corresponderiam "às organizações ou à estrutura sociais permanentes, identificáveis por seus códigos de valores e por suas normas".<sup>310</sup>

As instituições interferem na conduta humana tanto do prisma cultural como do prisma estratégico. Do ponto de vista cultural, Patrícia Perrone explica que os membros do Poder Judiciário estão inseridos num ambiente cheio de regras formais e informais que influenciam a sua conduta:

Os juízes e a sociedade compartilham convicções, valores e símbolos sobre a missão atribuída aos magistrados, sobre a forma mais adequada de desempenhá-la e sobre o ideal de profissional virtuoso. O próprio Judiciário pode ser considerado uma instituição, no sentido de expressar um conjunto de regras e de valores compartilhados sobre a função de julgar, que incentiva e limita as condutas e expectativas de seus membros ou daqueles com quem tais membros interagem. Os juízes submetem-se a regras de competência, as normas funcionais e disciplinares e são influenciados pela forma pela qual o próprio Judiciário e seus colegas avaliam os magistrados, porque, como já observado, estabelecem com eles um vínculo de identificação e buscam seu reconhecimento. As instituições influenciam as identidades sociais de seus membros e esses membros buscam ajustar-se às condutas que são mais valorizadas por elas. Como já foi mencionado, as instituições também são influenciadas por outras instituições com que interagem e pelo ambiente cultural mais amplo no qual se inserem.<sup>311</sup>

Um exemplo extremamente ilustrativo do argumento da influência da instituição no comportamento dos Juízes é o próprio Código de Ética da Magistratura que busca regular

---

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 2008 até 2153 de 11129.

<sup>309</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 324.

<sup>310</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4437 de 11129.

<sup>311</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4503 de 11129.

até mesmo a vida social e privada de seus membros, determinando que o “magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômico de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral”.<sup>312</sup>

Da perspectiva estratégica, as instituições influenciam a conduta humana ao permitir que os indivíduos antecipem a reação do outro às suas pretensões. Nesse sentido, elas fornecem informações aos agentes que podem influenciar na sua estratégia para consecução dos seus objetivos, fazendo que os agentes optem por atitudes pragmáticas que possibilitem atingir o melhor resultado pretendido:

“Sob o prisma estratégico, o conhecimento das instituições permite que os juízes que desejam influenciar ideologicamente o conteúdo do direito definam a forma como atuarão ou como julgarão um caso, a partir da avaliação de como agirão os demais agentes envolvidos. De acordo com esta visão, ao julgar uma causa, um magistrado que integra determinado órgão colegiado só manifestará sinceramente suas preferências ideológicas se acreditar que será seguido pelos demais membros do referido colegiado, bem como se confiar que tal julgado não será rejeitado pela ação dos demais poderes. Caso contrário, o juiz produzirá a decisão que for mais próxima de suas preferências originais e que não desperte a rejeição dos demais agentes, porque essa será a melhor forma de atingir seu objetivo, ainda que parcialmente. A atuação estratégica em tais moldes é produto das normas que estruturam o processo de decisão dentro do judiciário e a interação deste com os demais poderes”.<sup>313</sup>

Em resumo, as interações institucionais podem gerar dois tipos de comportamento nos juízes. Primeiro, podem causar um comportamento sincero, que estaria em plena harmonia com os valores culturais internalizados e a sua visão ideológica sobre a forma mais adequada de decidir o caso concreto. Segundo, as instituições podem gerar um comportamento estratégico do magistrado, que acabará por orientar a sua conduta não da forma que considera ideal, mas de forma pragmática para atingir seus objetivos “na medida possível” levando em consideração o comportamento dos demais atores institucionais envolvidos.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Aprovado na 68ª Sessão ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 2008200000073337, p. 3.

<sup>313</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4503 de 11129.

<sup>314</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4503 de 11129.

Diversos elementos institucionais interferem no comportamento dos magistrados, sendo que eles são classificados em internos e externos. Os elementos institucionais internos dizem respeito “as normas formais e informais que regem a conduta dos juízes, dos órgãos judicantes e a relação entre eles”.<sup>315</sup> Já os externos se referem a “interação entre os juízes os agentes ou instituições não integrantes do Judiciário”, como os Poderes Executivo e Legislativo, bem como a opinião pública.<sup>316</sup>

Patrícia Perrone identifica alguns elementos institucionais internos que influenciam nas decisões do Supremo Tribunal Federal:

[...] o gosto por citações científicas e acadêmicas (academicismo) e por referências literárias e filosóficas (beletrismo), que demonstram o conhecimento técnico e a cultura geral dos ministros; a tendência a produzir decisões muito abrangentes, calcadas em argumentos principiológicos e expressas em longos votos (maximalismo); o recurso ao direito estrangeiro e ao direito internacional na fundamentação das suas decisões (cosmopolitismo); a resistência dos ministros a se engajarem, efetivamente, em um processo deliberativo de decisão ou a alterarem seus pontos de vista pessoais.<sup>317</sup>

No tocante aos aspectos externos, é sabido que o processo decisório das Cortes é influenciado por agentes externos. Conforme demonstra no capítulo anterior, a própria análise do caso *Marbury v. Madison* demonstra que o surgimento do *judicial review* dependeu muito mais das relações institucionais entre os poderes políticos do que da sua previsão no sistema jurídico.

De fato, o cotidiano demonstra que as Cortes Constitucionais – e, em especial, o Supremo Tribunal Federal – são bem sensíveis a influências dos outros Poderes. Numa análise empírica, Patrícia Perrone demonstra que o STF tende a ser bem deferente ao Poder Executivo, sobretudo em questões que envolvem questões econômicas ou de governabilidade. Por outro lado, o Supremo tende a interferir bastante no Congresso Nacional, buscando muitas vezes preencher o vácuo deixado pelo Legislador.<sup>318</sup>

---

<sup>315</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4806 de 11129.

<sup>316</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 4806 de 11129.

<sup>317</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 5758 de 11129.

<sup>318</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 7710 de 11129.

Além disso, alguns estudos tem demonstrado que as Cortes são bem sensíveis à opinião pública.<sup>319</sup> Num julgamento, apesar de ser raramente mencionada em pronunciamentos oficiais, a opinião pública influencia não somente o resultado do julgamento, mas também outros aspectos importantes como tempo de tramitação processual ou até a mesmo o deferimento de liminar.<sup>320</sup>

Dessa maneira, conclui-se que as Cortes também são sensíveis a elementos externos, como a opinião pública e a imprensa, e a interação estratégica com os outros poderes. Assim, é possível perceber que, sobretudo, nos *hard cases* e naqueles de grande repercussão, o sistema jurídico pode ser pouco determinantes para explicarem o comportamento judicial, funcionando muitas vezes, como mera justificativa construída a posteriori. Nesse sentido, fatores diversos tem que ser levados em consideração pela teoria constitucional para a construção de um modelo de justificação teórica da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.<sup>321</sup>

### 3.2 Propostas teóricas de limitação da jurisdição constitucional

Desde o século XIX, alguns estudiosos do Direito Constitucional têm sugerido propostas teóricas que visam limitar a jurisdição constitucional e minimizar a participação judicial nas decisões políticas e morais complexas, buscando promover a democracia e as relações institucionais por meio de mecanismo procedimentais e substantivos.<sup>322</sup> Neste tópico, será abordado o conteúdo dessas propostas.

#### 3.2.1 Autorrestrrição judicial e a fórmula do erro manifesto

Já fora visto anteriormente que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” foi feito pelo historiador estadunidense, Arthur Schelesinger Jr., ao analisar a

---

<sup>319</sup> Sobre a influência da opinião pública no STF, vide: MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016; NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>320</sup> NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 244.

<sup>321</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 354 de 11129.

<sup>322</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 203.

atuação da Corte Warren.<sup>323</sup> Na análise, o autor classificou os juízes em: ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; campeões da autorrestrrição; e representantes do equilíbrio de forças.<sup>324</sup>

Percebe-se que Schlesinger propôs o termo ativismo judicial em contraposição a autorrestrrição judicial. Enquanto, os ativistas buscavam substituir a vontade do legislador pelo seu próprio entendimento na busca de assegurar os direitos individuais e corrigir os erros do legislador, os juízes da autorrestrrição afirmavam que a Corte não deveria intervir no campo da política e deveria ser deferente à vontade do legislador.<sup>325</sup>

A partir daí, também, surgiu concomitantemente com os teóricos do ativismo judicial, os seus adversários históricos que basearam os seus fundamentos em dois principais pontos: “a deferência em favor dos outros poderes e a prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial”.<sup>326</sup>

A doutrina costuma classificar as dimensões de autorrestrrição judicial a partir da natureza da restrição em procedimentais e substantivas. Na categoria procedimental, encontra medidas como o controle da agenda, a rigidez e os formalismos nos requisitos de acesso às cortes (como, por exemplo, a previsão do instituto da repercussão geral). No tocante às técnicas substantivas, as cortes costumam se prenderem ao sentido literal do texto constitucional e a serem mais deferentes aos outros Poderes.<sup>327</sup>

A obra “*The origin and scope of the american doctrine of constitutional Law*” de James Bradley Thayer (1893)<sup>328</sup> é um marco doutrinário na sistematização teórica da

---

<sup>323</sup> SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D.. *The origin and current meanings of judicial activism. California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1446-1447. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>324</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 183.

<sup>325</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 183.

<sup>326</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 184.

<sup>327</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 186.

<sup>328</sup> THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown, And Company., 1893.

autorrestricção judicial.<sup>329</sup> A proposta de Thayer – denominada por Alexander Bickel como a “regra do erro manifesto” (*the rule of the clear mistake*)<sup>330</sup> - é que uma lei só pode ser declarada inconstitucional se a violação for manifesta e não deixar espaço para nenhuma dúvida:

*It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, -so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts ; that is the test which they apply, -not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it.*<sup>331</sup>

Logo, a proposta de Thayer era de modéstia judicial, sendo que o *judicial review* somente se justificaria se houvesse uma violação manifesta e inequívoca do texto constitucional. Caso contrário, os juízes deveriam se conter e autorrestringir a sua atuação.

### 3.2.2 Alexander Bickel e as virtudes passivas

Na década de 1960, Alexander Bickel escreveu sua obra num momento turbulento da sociedade americana na qual a Suprema Corte assumia um papel protagonista na condução das transformações sociais, especialmente, nos casos de segregação racial.<sup>332</sup> Naquela época, Bickel já chamava a atenção para a dificuldade contramajoritária do *judicial review*<sup>333</sup> e demonstrava que no exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis devem-se levar em consideração outras circunstâncias que não apenas a interpretação e aplicação do Direito.<sup>334</sup> Se por um lado, esta visão não era nenhuma novidade, visto que o realismo jurídico

<sup>329</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 188.

<sup>330</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 35.

<sup>331</sup> THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown, And Company., 1893, p. 18.

<sup>332</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

<sup>333</sup> BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 16.

<sup>334</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 114.

já vinha criticando esta premissa, a proposta de Bickel é inovadora ao defender as virtudes políticas da Corte no contexto de uma teoria normativa.<sup>335</sup>

Para Bickel, a atuação política das Cortes é tanto uma realidade como também uma necessidade, e o autor ilustra o argumento com o exemplo do instituto do certiorari<sup>336</sup> e do poder de agenda das Cortes – que tem ampla discricionariedade para selecionar ou para pautar os casos que serão analisados.<sup>337</sup> Nesse sentido, o Direito não estaria afastado da política,<sup>338</sup> pelo contrário, as Cortes Constitucionais também seriam um animal político.<sup>339</sup>

Diante dessa realidade política da Corte, Bickel sugere que ela deva agir com prudência política.<sup>340</sup> Bickel reconhece que em qualquer sociedade, existem decisões baseadas em questões políticas de conveniência e oportunidade que tornam as decisões possíveis e outras que afetam o campo dos princípios que expressam um valor moral.<sup>341</sup> A jurisdição constitucional, ao ter como função a defesa dos princípios, deve adotar uma postura prudente entre as dimensões políticas e jurídicas.<sup>342</sup> Assim, ao invalidar uma lei ou declarar a sua constitucionalidade, a Corte deve atuar de forma a assegurar os princípios, mas sem impor um novo compromisso político<sup>343</sup> baseado num princípio político que não tenha passado por um processo de amadurecimento e discussão na sociedade.<sup>344</sup>

Nesse sentido, Bickel propõe que as Cortes devem ter algumas virtudes passivas (passive virtues)<sup>345</sup> e sugere uma terceira alternativa ao binômio de confirmar ou negar a validade da lei: que seria decidir não decidir através do uso de técnicas procedimentais que

---

<sup>335</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

<sup>336</sup> Certiorari é competência discricionária da Suprema Corte America para escolha dos casos que serão julgados pelo Tribunal.

<sup>337</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 132.

<sup>338</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115.

<sup>339</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 132.

<sup>340</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 189.

<sup>341</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 64.

<sup>342</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 115.

<sup>343</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116.

<sup>344</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 189.

<sup>345</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 111-198.

visam evitar o julgamento do mérito do caso. As virtudes passivas preservariam o processo político, permitindo que o amadurecimento da discussão na sociedade.<sup>346</sup>

Assim, ao se valer de uma postura prudente, as Cortes somente deveriam decidir, quando esgotados todos os canais de deliberação e diálogo político e quando extremamente necessário, e atuando como instituição que promova o debate contínuo sobre a questão.<sup>347</sup>

### 3.2.3 O minimalismo de Cass Sunstein

Ao se preocupar com o espaço de deliberação democrática e reconhecer a falibilidade judicial, Cass Sunstein propõe um modelo no qual prevaleça a modéstia judicial: o minimalismo.<sup>348</sup>

Na recente obra “*Constitutional Personae*”, o Professor da *Harvard Law School* identifica quatro modelos de juízes: heróis, soldados, mudos e minimalistas.<sup>349</sup> A proposta de Sunstein não é relacionar diretamente os modelos com algum ministro específico, e sim delimitar arquétipos judiciais. Assim as *personas* são conceitos abstratos e estilizados que buscam explicar o comportamento dos magistrados. Os juízes heróis são aqueles que adotam posturas maximalistas e que pretendem decidir a questão com alto grau de ambição teórica que buscam exercer um papel transformador da sociedade, impulsionando e promovendo avanços constitucionas e democráticos. Assim, os heróis seriam os ativistas. Os soldados são categorizados por sua maior deferência ao processo político, logo são como soldados que buscam apenas dar cumprimento a ordens superiores sem redefinir os valores já estabelecidos pelos poderes majoritários. Já os mudos – que seriam uma categoria híbrida entre heróis e soldados – caracterizam-se por adotar o silêncio diante dos casos de grande complexidade e controvérsias, evitando que as discussões sejam decididas pelos tribunais e permitindo a atuação

---

<sup>346</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 189.

<sup>347</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117.

<sup>348</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 192.

<sup>349</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

do processo político. Por sua vez, os minimalistas seriam aqueles que adotam uma postura cautelosa imbuída de determinada modéstia e humildade.<sup>350</sup>

Sunstein não esconde sua preferência pelo modelo minimalista e por isso pode ser inserido no movimento teórico autodenominado Minimalismo Judicial.<sup>351</sup> Para Sunstein, o minimalismo judicial deve ser adotado por boas razões, sobretudo, nas matérias que tratam de reforma político-eleitoral.<sup>352</sup> A primeira é que os magistrados não são eleitos democraticamente. A segunda é que eles não possuem *expertise* em teoria política ou ética, bem como não possuem conhecimento técnico para prever os efeitos sistêmicos das duas decisões, especialmente no plano político.<sup>353</sup>

Para o minimalismo, os juízes das Supremas Cortes devem tomar decisões estreitas (*narrowness*) e superficiais (*shallowness*). Estreitas no sentido que não se deve dizer mais do que o necessário para fundamentar o resultado final do julgamento. Além disso, os juízes devem optar por escolher um caso de cada vez, prestigiando o espaço de deliberação democrática. Para Sunstein, as decisões estreitas reduzem o risco de erro judicial.<sup>354</sup>

Já as decisões superficiais são aquelas que se expressam por acordos incompletamente teorizados (*incompletely theorized agréments*).<sup>355</sup> Segundo Sunstein, as pessoas podem concordar com as práticas constitucionais e até mesmo com os direitos, mas o que não concordam é sobre as teorias constitucionais.<sup>356</sup> Assim, as ordens constitucionais devem buscar solucionar os problemas através de acordos teóricos incompletos.<sup>357</sup>

O recurso a acordos teóricos incompletos tem a vantagem de fazer um uso construtivo do silêncio – sobre algo que seja incerto, que possa resultar falso ou gere muitos conflitos – possibilitando aprendizados e correções futuras, ajudando a otimizar o tempo e os custos, minimizando os conflitos. Os acordos teóricos incompletos promovem ainda dois importantes fundamentos da democracia: tornam

<sup>350</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 204-207.

<sup>351</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.200.

<sup>352</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>353</sup> SUNSTEIN, Cass R.. **Radical in robes: Why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Book, 2005, p. 35.

<sup>354</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 192.

<sup>355</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Incompletely theorized agreements in constitutional law*. **University Of Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper**, Chicago, v. 147, p.1-27, 2007.

<sup>356</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Incompletely theorized agreements in constitutional law*. **University Of Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper**, Chicago, v. 147, p.1-2, 2007.

<sup>357</sup> Sunstein exemplifica que as pessoas podem concordar com certos princípios sem concordar com a aplicação deles no caso concreto. Por exemplo, as pessoas podem discordar sobre o discurso de ódio, mas podem concordar sobre o princípio da liberdade de expressão.

possível a vida coletiva e permitem que cada cidadão mostre aos demais respeito e reciprocidade mútuos. Os juízes não precisam escolher um único princípio ou dotá-lo de máximo conteúdo, mas podem recorrer a uma definição minimamente compartilhada, evitando antagonismo desnecessários. Acordos incompletos também reduzem o custo político de desacordos duradouros ou permanentes. Se em uma discussão ou decisão deixa-se de se levar em conta certas teorias abrangentes, os discordantes ou perdedores não saem tão prejudicados. Eles apenas perdem menos. Dessa forma, as partes vencidas podem aceitar as obrigações legais decorrentes da decisão, ainda que discordem dela, sem ter que renunciar às suas convicções ou ideais. Por fim, os acordos incompletos privilegiam a busca por progresso e evolução moral em uma sociedade. Ao invés de definir de forma terminativa o conteúdo de princípios fundantes da sociedade, eles permitem que esses princípios sejam sempre redifinidos e ressignificados.<sup>358</sup>

A proposta de Sunstein é a utilização construtiva do silêncio, evitando o erro judicial no enfrentamento dos desacordos morais razoáveis e estimulado a deliberação democrática.<sup>359</sup> Nesse sentido, as decisões minimalistas devem deixar as questões em aberto, deixando um espaço para futuras reflexões sobre os desacordos.

Destaca-se, por fim, que, para Sunstein o minimalismo se opõe ao maximalismo, que seria exatamente a proposta ambiciosa dos magistrados de estabelecerem regras gerais para o futuro e assentar fundamentações teóricas ambiciosas.<sup>360</sup>

### 3.2.4 Diálogos institucionais

A constatação da falibilidade e da limitação dos juízes e dos legisladores permitiu o surgimento da teoria dos diálogos institucionais. É certo que a palavra diálogo tem aparecido como uma metáfora ubíqua na teoria constitucional.<sup>361</sup> Para essa corrente, a interpretação constitucional é produto de uma complexa dinâmica interacional entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil.<sup>362</sup>

<sup>358</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116.

<sup>359</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 193.

<sup>360</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 204-207.

<sup>361</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1109, 2006.

<sup>362</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 208.

É possível identificar duas abordagens das teorias dos diálogos: uma empírica e outra normativa.<sup>363</sup> A primeira que demonstra que o Judiciário não tem, de fato, a última palavra sobre a interpretação constitucional, sendo que na realidade o sentido das constituições é construído através de um embate, fluxo e refluxo de ideias entre diversos atores. Já a segunda busca construir um modelo normativo no qual o não deve prevalecer a supremacia judicial, prevalecendo os diálogos entre as instituições.<sup>364</sup>

Segundo Catherine Bateup, as teorias dos diálogos podem ser divididas em teoria do método judicial (*theories of judicial method*) e teorias estruturais (*structural theories of dialogue*).<sup>365</sup> A primeira diz respeito uma atitude deliberada e consciente dos juízes em fomentar o debate com os outros poderes. Esse comportamento pode se manifestar de três formas: pelo aconselhamento judicial – no qual o juiz se vale de técnicas decisória que estimule os poderes a sanar os vícios constitucionais; por mecanismos processuais – nos quais os juízes atuem como fiscais a fim de garantir que as deliberações legislativas ocorram de forma satisfatória e suficiente; e a terceira seria o minimalismo – que, conforme já abordado anteriormente, seria uma forma de atuação judicial discreta e contida, que visaria decidir caso a caso as controversas, fomentando a deliberação democrática.<sup>366</sup> Já as teorias estruturais visam estabelecer mecanismos institucionais que possibilitem que os outros poderes respondam as decisões judiciais, permitindo um diálogo genuíno entre as instituições.<sup>367</sup>

A proposta dos diálogos não se assenta num pretensa superioridade interpretativa de alguns dos Poderes, pelo contrário, ao reconhecer as diferentes capacidades e limitações de cada instituição no processo de interpretação da constituição para prever

---

<sup>363</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1109, 2006.

<sup>364</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 224; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 151.

<sup>365</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1123-1174, 2006.

<sup>366</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1123-1135, 2006; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 152-153.

<sup>367</sup> Sobre as teorias estruturais: vide BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1123-1174, 2006; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 153-157.

mecanismo de diálogos entre as instituições.<sup>368</sup> Para essa corrente, a melhor interpretação constitucional decorre da interação deliberativa entre as instituições e da busca pelas melhores razões públicas para justificar as tomadas de decisões, sejam elas políticas ou jurídicas.<sup>369</sup>

Dessa maneira, é preciso reconhecer a capacidade do Poder Judiciário para interpretar a Constituição e seus princípios por meio do controle constitucionalidade, mas esse reconhecimento não significaria impor a interpretação judicial, e sim para que ela seja mais uma voz na definição da constituição.<sup>370</sup> Nesse contexto, Conrado Hubner Mendes introduz as ideias de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”:

Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente.<sup>371</sup>

Nesse sentido, assim como a lei aprovada pelo devido processo legislativo, poderia ser derrubada pelo *judicial review*, a decisão judicial também poderia ser revogada por uma nova rodada procedimental do Legislativo. Miguel Gualana de Godoy sintetiza a questão:

Nessa dinâmica dialógica e deliberativamente interativa não há o que Conrado Hunber Mendes chamou de um guardião intricheirado ou um legislador acanhado e deferente, mas dois Poderes engajados no exercício da persuasão. Dessa forma, o Poder Judiciário não atua como um ente meramente reativo e impositivo por meio de suas decisões judiciais. Tampouco o Poder Legislativo se mostra complacente e submisso. Ao contrário, ambos se empenham em maximizar seus desempenhos deliberativos e, assim, persuadir o outro por meio do melhor argumento. A comparação entre a qualidade deliberativa e a legitimidade democrática da decisão de cada um dos Poderes torna-se, assim, mais aferível. Esse jogo não acontece sem conflitos, riscos ou erros. No entanto, ele se mostra não apenas mais genuíno e transparente, mas também mais democrático ao encarar os conflitos e as contradições desse processo, em vez de se esconder sob retóricas justificativas de supremacia e última palavra. Diante disso, o controle judicial de constitucionalidade das leis e as decisões judiciais ganham não apenas um novo potencial (democrático-

<sup>368</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116.

<sup>369</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 163.

<sup>370</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 158.

<sup>371</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

deliberativo), mas também uma nova função (deliberativo-legitimadora). Assim, a guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal não consiste mais em competência de dizer, em definitivo, o que é a Constituição. Ao contrário, a guarda da Constituição consiste em competência para decidir e, assim, expressar a sua compreensão sobre o significado da Constituição. A diferença é sutil, mas ampla e profunda. Ou seja, em vez de o Supremo Tribunal Federal estabelecer a última palavra sobre a interpretação da Constituição, ele exerce sua competência decisória para dizer como compreende a Constituição. A legitimidade da sua decisão se funda, assim, não no mero exercício formal de sua competência de guarda da Constituição, mas na legitimidade democrático-deliberativa de suas razões.<sup>372</sup>

Assim, o *judicial review* deixaria de ser encarado como limitação ao processo de debate do Poder Legislativo para se tornar um instrumento de promoção do processo deliberativo democrático.

---

<sup>372</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 165-166.

#### 4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E REFORMA POLÍTICA

Ao longo dos dois últimos capítulos, apontou-se que o Judiciário tem desempenhado um papel de destaque na solução de controvérsias políticas e tem se deslocado cada vez mais para o centro do sistema político. Há uma tendência mundial de expansão da jurisdição constitucional que é acompanhada do fenômeno de transferência de competências deliberativa típicas dos Poderes majoritários das Supremas Cortes. Além disso, também atentou-se para a análise de que, hodiernamente, tem prevalecido a noção da supremacia judicial na interpretação da aplicação da Constituição. Entretanto, esse entendimento é acompanhado de inúmeras críticas contundentes a sua legitimidade democrática e ao seu desempenho institucional.

No presente capítulo, será abordada a discussão proposta ao longo da dissertação com foco na atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma político-eleitoral. A Corte Constitucional brasileira tem sido constantemente provocada a decidir sobre matérias que dizem respeito à reforma eleitoral.<sup>373</sup> A título ilustrativo, cita-se, por exemplo: a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias nos pleitos federais e estaduais;<sup>374</sup> a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa<sup>375</sup> e a discussão da sua aplicação ante o princípio da anterioridade eleitoral;<sup>376</sup> a constitucionalidade de emendas constitucionais;<sup>377</sup> a constitucionalidade da reforma constitucional que adotou a reeleição par ao cargo do chefe executivo;<sup>378</sup> o direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário;<sup>379</sup> a constitucionalidade da Lei 13.107/2015 que criava novas condições legais para criação, fusão

<sup>373</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>374</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2628, Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 18 de abril de 2002. **Diário de Justiça**. Brasília, 05 mar. 2004.

<sup>375</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012.

<sup>376</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633.703, Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2011.

<sup>377</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 mar. 1994.

<sup>378</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805, Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília de 1998. **Diário da Justiça**. Brasília, 14 nov. 2003.

<sup>379</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 mar. 2016.

e incorporação de partidos políticos;<sup>380</sup> a discussão sobre o conceito de processo eleitoral no artigo 16 da Constituição Federal e a natureza de cláusula pétrea do princípio da anterioridade eleitoral.<sup>381</sup>

Neste capítulo, analisar-se-á, de forma crítica, três decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais a sua legitimidade democrática para a tomada de decisão foi amplamente discutida, bem como foi assumida um postura extremamente ativista e maximalista pela maioria dos ministros: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351-3<sup>382</sup> e nº 1.354-8<sup>383</sup> que analisaram a constitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.906/1995 que previu a cláusula de barreira; os Mandados de Segurança nº 26.602, 22.603 e 26.604 que avaliaram a discussão sobre a troca voluntária de partido por parlamentares (infidelidade partidária); e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 que discutiu o regime jurídico de financiamento de campanhas.

#### 4.1. Cláusula de barreira<sup>384</sup>

O exame do caso da Cláusula de barreira demonstra um exemplo típico de interação estratégica entre os Poderes Judiciário e Legislativo, sobretudo, em razão da omissão parlamentar. E ainda demonstra a postura maximalista adota pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma política.

No dia 07 de dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 1351 e 1354 propostas, respectivamente pelos partidos PC do B (Partido Comunista do Brasil), PDT (Partido Democrático Trabalhista) e o PSC (Partido Social Cristão).

<sup>380</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 fev. 2016.

<sup>381</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, Distrito Federal. Relator: Ministro Octávio Galloti. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 jun. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741, Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**. Brasília, 23 fev. 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685, Distrito Federal. Relator: Ministra Elen Gracie. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 ago. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.307, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 set. 2013.

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007.

<sup>383</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354, Distrito Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**. Brasília, 25 mai. 2001.

<sup>384</sup> Muito embora haja uma discussão na doutrina eleitoral sobre as diferenças entre cláusula de barreira e cláusula de desempenho, no presente trabalho, trataremos as expressões como sinônimas, adotando o conceito normativo do artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos. Assim, entendemos a cláusula de barreira como a determinação legal que condiciona o funcionamento parlamentar ao desempenho eleitoral dos partidos políticos nas eleições.

O cerne da discussão travada nos autos era a constitucionalidade do artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos, sendo que os demais dispositivos atacados (art. 41, II, 56, II, 48, 49 e 57) remetiam ao referido artigo. Em apertada síntese, a cláusula de barreira pretendia restringir o direito ao funcionamento parlamentar, à distribuição e acesso a horário gratuito de rádio e televisão, bem como aos recursos provenientes do fundo partidário.<sup>385</sup> Assim, o art. 13 da Lei 9.096/95 previu que o partido deveria preencher os seguintes requisitos cumulativos para o funcionamento parlamentar: i) eleger representante para a respectiva Casa Legislativa; ii) obter, em cada eleição, 5% dos votos válidos apurados (não computados os brancos e nulos); e ter os votos distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.<sup>386</sup>

O não cumprimento dos requisitos da “cláusula de barreira” ensejaria o não funcionamento parlamentar do partido e todas as suas consequências, como a não formação de bancadas e lideranças, a não participação em comissões parlamentares e a não investidura de cargos e funções nas Casas.

Na época, a aplicação da norma ensejaria que dos 29 partidos então registrados no Tribunal Superior Eleitoral, apenas sete possuíam o funcionamento parlamentar: PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB e PDT. Destaca-se que em relação ao acesso ao fundo partidário, os partidos que batessem a meta da cláusula de barreira iriam compartilhar 99% dos recursos.<sup>387</sup> Percebe-se então que o tema era extramente sensível ao Poder Legislativo e implicaria em profundas mudanças na prática parlamentar brasileira.

As referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tramitavam no Supremo Tribunal Federal desde 1995 – quando a Lei dos Partidos Políticos entrou em vigor –, ou seja, o julgamento demorou mais de onze anos. As ADI pretendiam a nulidade dos artigos, sob o argumento de que eles confrontariam os princípios da isonomia, da igualdade de chances, do pluralismo político, bem como o direito de manifestação livre e igualitária das minorias políticas.<sup>388</sup>

---

<sup>385</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>386</sup> BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 1995. Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

<sup>387</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 7740 de 11129.

<sup>388</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

Em decisão unânime, os Ministros acompanharam o entendimento do Relator Marco Aurélio de que a cláusula de desempenho eleitoral é desproporcional e debilita as representações das minorias, e por isso, é inconstitucional por afrontar o modelo proporcional do sistema eleitoral brasileiro, o pluralismo político-partidário e o próprio princípio democrático.<sup>389</sup>

Na fundamentação, os Ministros entenderam que o pluralismo político é um dos principais fundamentos do Estado Constitucional de Direito, sendo que no pluripartidarismo as agremiações tem liberdade de criação e direito de igualdade de chances políticas. Indo adiante, os Ministros assentaram o entendimento que o sistema democrático deve assegurar a representação das minorias e que a cláusula de barreira – ao restringir o financiamento partidário e o acesso a tempo de rádio e de televisão – acabaria por extinguir os partidos menores e impossibilitar a criação de novos. Por fim, o Supremo entendeu que a expressão “na forma da lei” e “de acordo com a lei” do artigo 17 da Constituição Federal não concede ao legislador ordinário uma liberdade absoluta para regulamentação dos partidos políticos.<sup>390</sup>

No seu voto, o Ministro Marco Aurélio demonstrou que o tema não havia passado despercebido pelo constituinte originário e pelo legislador ordinário, uma vez que tinha previsão nas constituições anteriores e que tinha sido rejeitada nos trabalhos de revisão da Constituição de 1988. Ainda assim, mesmo reconhecendo a importância do tema para o Legislativo, os Ministros optaram por superar a decisão do Congresso Nacional e declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos.<sup>391</sup>

Observa-se que para declarar a inconstitucionalidade da norma, o STF se valeu de conceitos abstratos como o princípio democrático e o pluripartidarismo, assumindo uma postura extremamente ativista e passando por cima até mesmo da vontade expressa do constituinte originário.

Merece destaque o voto maximalista e ambicioso do Ministro Gilmar Mendes. Na sua fundamentação, o Ministro propôs uma verdadeira reforma eleitoral a ser realizada através da jurisprudência do STF. No julgamento, ele não só se propôs a realizar o diagnóstico do sistema eleitoral brasileiro, como a estabelecer os parâmetros para a atuação do Legislador e a dissertar sobre o melhor modelo de cláusula de barreira a ser adotado. E mais, o Ministro

---

<sup>389</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 203

<sup>390</sup> SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>391</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, posição 7740 de 11129.

chegou a enfrentar discussões que sequer estavam postas naquele momento para julgamento, como a fidelidade partidária.<sup>392</sup> Destacam-se alguns trechos do acórdão:

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes).<sup>393</sup>

Estou certo de que o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.<sup>394</sup>

A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!<sup>395</sup> Dessa forma, proponho ao Tribunal que o artigo 57 da Lei nº 9.096/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.<sup>396</sup>

Assim, em síntese, percebe-se a postura não minimalista do Ministro Gilmar Mendes a partir das seguintes questões: abordagem de questões políticas controversas, dando um amplo e profundo sentido às normas constitucionais a partir de conceitos jurídicos indeterminados; enfrentamento de discussões correlatas que transcendiam o caso concreto; a propositura de um projeto de uma ampla reforma política a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>397</sup>

<sup>392</sup> SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>393</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007, p. 127.

<sup>394</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007, p. 128.

<sup>395</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007, p. 152.

<sup>396</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007, p. 161.

<sup>397</sup> SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

## 4.2 Fidelidade Partidária

Após a edição da Resolução 22.526 pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Partido da Frente Liberal (PFL) formulou a consulta nº 1.398 com o seguinte questionamento a Corte Eleitoral: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”<sup>398</sup>

Por maioria,<sup>399</sup> os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral entenderam que a troca injustificada de partido político enseja a perda do mandato do parlamentar eleito. A decisão foi fundamentada numa interpretação extensiva – e menos usual – do sentido do princípio da moralidade:<sup>400</sup>

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si – e exercer como coisa sua – um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado.

O princípio da moralidade, inserido solenemente no art. 37, da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

(...)

Não tenho dificuldades em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágio populares para o preenchimento daquela vaga”.<sup>401</sup>

<sup>398</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário da Justiça**. Brasília, 08 maio 2007.

<sup>399</sup> Restou vencido apenas o Ministro Marcelo Ribeiro.

<sup>400</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>401</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário da Justiça**. Brasília, 08 maio 2007, p. 5-6.

Percebe-se do julgamento do TSE e do STF que os ministros pretenderam de um modo perfeccionista e maximalista dar extensas e profundas interpretações a conceitos constitucionais indeterminados, como democracia e moralidade.

Na Corte Eleitoral, a exceção foi o Ministro Marcelo Ribeiro que adotou uma postura minimalista. Apesar de constatar a triste situação da prática partidária brasileira e de prestigiar a ideia de fidelidade partidária, o Ministro foi cauteloso em apontar a ausência de previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional,<sup>402</sup> ressaltando a falta de interesse do constituinte originário em prevê-la.<sup>403</sup>

Em primeiro lugar, concordo, em tese, com tudo o que ora foi dito sobre o verdadeiro absurdo que é, hoje, essa falta de fidelidade aos partidos. Realmente, a situação é triste. Nós vemos os deputados mudando de partidos e costuma haver uma coincidência – que não posso afirmar que esteja na mente dos deputados que o fizeram, nem digo que ocorra em todos os casos, mas em muitos deles –: deputados de oposição passam para partidos de situação. Essa é uma prática que acontece há tempos em nosso país. (...) Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta. (...) Assim, embora louve toda a argumentação no sentido de se prestigiar a fidelidade partidária, não encontro razões no direito posto que autorizem a conclusão a que chegaram os doutos votos vencedores.<sup>404</sup>

Vale destacar o debate entre os ministros Marcelo Ribeiro e Marco Aurélio que exemplifica muito bem as diferenças entre as posturas minimalistas e maximalistas:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): E precisaria de uma norma diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal? Seria acaciano. (...)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: (...) Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição. Parece-me, com a devida vênia, que o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido pelo parlamentar eleito acarretasse a perda do mandato. (...) Nesse diapasão, concordo inteiramente com o já citado voto do

<sup>402</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

<sup>403</sup> Infere-se dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, em especial das atas da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, que a fidelidade partidária foi amplamente discutida na Constituinte. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/4a%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DO%20SISTEMA%20ELEITORAL%20E%20PARTIDOS%20POL%C3%84DTICOS.pdf>

<sup>404</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. *Diário da Justiça*. Brasília, 08 maio 2007, p. 54-55 e 62.

Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito à mudança de partido, me parece, *data vênia*, eloquente.<sup>405</sup>

A discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal com impetração dos Mandados de Segurança nº. 26.602, 26.603 e 26.604. A questão se apresentou complexa em razão da ausência de previsão constitucional expressa da infidelidade partidária. Os artigos 55 e 56 da Constituição da República de 1988 que disciplinaram a perda do mandato eletivo de Deputado ou Senado não se aproximaram em nenhum momento de qualquer menção à fidelidade partidária. E mais, novamente, esta previsão estava até prevista no artigo 152, parágrafo único, da Constituição de 1967<sup>406</sup> – incluída pela Emenda Constitucional nº 1/1969 – até que foi revogada pela Emenda Constitucional nº 24 de 1985, sendo que o constituinte originário optou deliberadamente por não fazer menção a ela.<sup>407</sup>

Igualmente ao caso da cláusula de barreira, apesar da ausência de previsão constitucional clara e inequívoca, a maioria do Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral para legitimar a regra da perda do mandato parlamentar pela prática de infidelidade partidária.<sup>408</sup>

---

<sup>405</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário da Justiça**. Brasília, 08 maio 2007, p. 60-61

<sup>406</sup> “Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais;

VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e

VIII - proibição de coligações partidárias.

*Parágrafo único.* Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. “A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm).

<sup>407</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 203.

<sup>408</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207, p. 203.

O Ministro Eros Roberto Grau - assim como o Ministro Marcelo Ribeiro – adotou uma postura minimalista. No seu voto, Eros Grau se limitou à taxatividade do art. 55 da Constituição Federal e afirmou expressamente que não poderia ir além do texto constitucional. De acordo com Grau: “meu compromisso é com Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto”.<sup>409</sup>

De outro lado, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowsky adotaram posturas maximalistas, aproximando das ideias do neoconstitucionalismo, conforme demonstra Alexandre Garrido:

Por outro lado, apesar das decisões em sentidos contrários, os votos dos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski aproximaram-se do modelo perfeccionista e, conseqüentemente, também do neoconstitucionalismo como uma espécie de maximalismo nas decisões judiciais. Neste sentido, o Min. Ricardo Lewandowski teceu considerações extensas sobre os partidos políticos, a democracia participativa, a segurança em sua versão político-institucional e a importância da fidelidade partidária. Apesar de não citar expressamente o neoconstitucionalismo, é possível vislumbrar a adoção de suas principais teses na justificação de seu voto. Semelhante estratégia perfeccionista de justificação foi adotada pelo Min. Celso de Mello em seu voto. Certamente, o principal representante do modelo perfeccionista de decisão judicial no STF é o Min. Celso de Mello. Neste sentido, constituem características centrais em seus votos em casos difíceis a interpretação do texto constitucional a partir de questões amplas e profundas, as longas considerações teóricas sobre questões altamente controversas e complexas, o desejo de “deixar tudo decidido” por intermédio da fixação de regras gerais com amplos efeitos prospectivos, além das pretensões claramente doutrinárias manifestadas em seus votos e decisões monocráticas. Não foi diferente o posicionamento no caso da fidelidade partidária. Em seu extenso voto (com 61 páginas) foram acolhidas as teses fundamentais do neoconstitucionalismo, tais como a força normativa da Constituição e a centralidade dos princípios jurídicos na estrutura normativa constitucional. Foram abordadas, também, questões constitucionais profundas, tais como ‘a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder (...), a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência o eleitor, o partido político e o representante eleito’. No discurso do Min. Celso de Mello, excessivamente normativo, a centralidade e a importância dos partidos políticos aparecem como pontos inquestionáveis, divergindo, assim, da análise de inúmeros cientistas políticos que argumentam justamente o contrário, ou seja, a enorme importância do candidato e de suas características e aptidões pessoais em comparação à efetiva contribuição do partido político para a sua eleição.<sup>410</sup>

---

<sup>409</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602, Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 out. 2008, p.229.

<sup>410</sup> SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

Assim, na decisão da fidelidade partidária, também é possível observar uma postura ambiciosa e maximalista do Supremo Tribunal Federal ao se valer de princípios abstratos e indefinidos para declarar a nulidade da atuação do legislador ordinário, e indo expressamente, contra a vontade do próprio constituinte originário.

### 4.3 Financiamento de Campanha

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.650,<sup>411</sup> o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requereu a declaração da inconstitucionalidade do regime jurídico de financiamento de campanha.<sup>412</sup> No dia 17 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por maioria,<sup>413</sup> julgou procedente em parte o pedido para “declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.”<sup>414</sup> Seguindo o entendimento do ministro relator Luiz Fux, a Corte entendeu que o financiamento de campanha ofendia a isonomia e os princípios democráticos e republicano.<sup>415</sup>

<sup>411</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016.

<sup>412</sup> Na petição inicial, o CFOAB propôs os seguintes pedidos: “(a) seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, *contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e § 1º do referido diploma legal, atribuindo-se, em todos os casos, eficácia ex nunc à decisão; (b) seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos; e a inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e “e jurídicas”, inserida no art. 39, caput e § 5º do citado diploma legal, atribuindo-se, em todos os casos, eficácia ex nunc à decisão; (c) seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, autorizando-se que tais preceitos mantenham a eficácia por mais 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma “lacuna jurídica ameaçadora” na disciplina do limite às doações de campanha realizadas por pessoas naturais e ao uso de recursos próprios pelos candidatos nessas campanhas; (d) seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei 9.096/95 - com exceção da expressão “e jurídicas”, contemplada no pedido “b”, supra - autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma “lacuna jurídica ameaçadora” na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais; (e) seja instado o Congresso Nacional a editar legislação que estabeleça (1) limite per capita uniforme para doações a campanha eleitoral 3 ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, no prazo de 18 meses, sob pena de, em não o fazendo, atribuir-se ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para regular provisoriamente tal questão”. Petição inicial disponível no site do Supremo Tribunal Federal.

<sup>413</sup> Ficaram vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Melo e Gilmar Mendes.

<sup>414</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 7.

<sup>415</sup> FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o Direito e a Política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35-72.

No julgamento da referida Ação, o Ministro Luiz Fux propôs uma discussão sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional em matéria de reforma política.<sup>416</sup> Nos tópicos sobre o limite da atuação do Supremo, o Ministro Fux afirmou que a discussão do mérito da ação exigia o prévio enfrentamento de três pontos centrais:

1º) saber se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, possui algum espaço legítimo para apreciar temas que atingem o núcleo do processo democrático, como é o caso do financiamento de campanhas eleitorais; se houver tal campo de atuação, 2º) delimitar a exata extensão desse controle jurisdicional para não restar caracterizada indevida (e, portanto, inconstitucional) interferência judicial no âmbito de atribuições conferidas precipuamente aos poderes políticos; 3º) definir se eventual pronunciamento da Corte é em si definitivo, interditando a rediscussão da matéria nas instâncias políticas e na sociedade em geral.<sup>417</sup>

Observa-se do voto do Ministro Relator Luiz Fux que apesar de reconhecer que o “debate acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma política, deva ser travado nas instâncias políticas majoritárias”<sup>418</sup> e que o Parlamento é o *locus* por excelência em que deve ocorrer as deliberações políticas fundamentais, o Ministro justifica a intervenção da Corte com objetivo de salvaguardar os pressupostos do regime democrático nos moldes propostos por John Hart Ely na obra *Democracia e Desconfiança*.<sup>419</sup>

Ao longo da sua fundamentação, o Ministro Fux conduz o seu voto para demonstrar que não se pode confiar unicamente no Poder Legislativo a reforma política, pois o legislador tende a atuar em benefício próprio e por isso justificaria a atuação imparcial do Supremo Tribunal Federal:

Inicialmente, repiso que me parece indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário. Sucede que não se pode olvidar que o produto final deste debate interessa, em alguma medida, aos próprios agentes decisórios que estão no exercício do poder e foram eleitos segundo as regras vigentes. Esse cenário coloca uma questão de sinceridade e realidade institucional, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato

<sup>416</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 34.

<sup>417</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 34.

<sup>418</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 35.

<sup>419</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2010. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla.

sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam? A resposta é, a meu juízo, negativa.

(...)

É preciso, pois, cautela para com arranjos institucionais que outorguem a competência para reformá-los exclusivamente àqueles diretamente interessados no resultado dessa reforma. As chances de surgirem disfuncionalidades são autoevidentes. A rigor, tais desenhos não oferecem os incentivos corretos e necessários para que os agentes abandonem o status quo e, conseqüentemente, implementem as mudanças essenciais ao aprimoramento das instituições democráticas.

No caso em comento, confiar a uma só instituição, ainda que legitimada democraticamente como o Poder Legislativo, a prerrogativa de reformular a disciplina do financiamento de campanhas pode comprometer a própria higidez do regime democrático. Não é preciso ir tão longe para perceber a veracidade desta constatação. Exemplo recente da história política brasileira foi a fidelidade partidária, que, conquanto salutar ao bom funcionamento das instâncias representativas, só veio a ser, de fato, uma realidade no país após a intervenção deste Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-197 de 16/10/2008; MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-241 de 18/12/2008; STF, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-187 de 02/10/2008).

Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.<sup>420</sup>

Sob o clássico argumento de Alexander Hamilton de que o Poder Judiciário se encontra num posição de maior insulamento em relação à influência política, o Ministro Fux busca legitimar democraticamente a atuação da jurisdição constitucional.<sup>421</sup>

É possível identificar no voto do Ministro Fux o argumento Dworkiniano e neoconstitucionalista de que o legislador se encontra limitado pela Constituição, não podendo adotar qualquer regime de financiamento eleitoral.<sup>422</sup>

Novamente, apesar de reconhecer, o silêncio intencional do constituinte originário sobre o tema, busca fundamentar em princípios abstratos (como o princípio democrático, o pluralismo político ou isonomia política) que a Constituição teria estabelecido uma *moldura*

<sup>420</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 38-39.

<sup>421</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 40.

<sup>422</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 41.

que limita a discricionariedade legislativa.<sup>423</sup> Nesse sentido, a atuação da Corte se justificaria para definir se o legislador atuou ou não dentro desses limites.

Observa-se que apesar de conduzir argumentação em sentido à importância das virtudes passivas do julgador e dos diálogos constitucionais, o resultado do julgamento vai em direção completamente contrária a essas teorias.

Vale destacar também o voto expansionista do Ministro Luís Roberto Barroso que chega a afirmar expressamente que “cabe ao Supremo Tribunal Federal empurrar a história”.<sup>424</sup> Nesse contexto, Luís Roberto Barroso invoca o argumento da função representativa da Corte Constitucional de Robert Alexy para dizer que também cabe ao Supremo a “função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário”.<sup>425</sup> Assim, no final do seu voto, o Ministro Barroso - de forma parecida com a postura do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da cláusula de barreira - propõe uma verdadeira pauta da reforma política, indicando inclusive o sistema eleitoral ideal:

Mas a conclusão a que quero chegar é que não basta acabar com a derrama de dinheiro, é preciso conceber um modelo mais barato. E existem, no debate público, ideias já postas, já levadas ao Congresso, algumas já quase aprovadas. Portanto, eu gostaria de retomar, nesse diálogo, ao propor o barateamento das eleições, algumas dessas ideias. Há duas propostas na mesa, ainda em discussão no Congresso, duas fórmulas clássicas de barateamento das eleições: a votação em lista e o voto distrital misto. O voto em lista, também chamado voto em lista fechada ou pré-ordenada, enfrenta uma dificuldade causada pelo preconceito. As pessoas acham que, quando votam na lista aberta, estão escolhendo o seu candidato, e, portanto, são infensas à lista fechada. Na verdade, nós sabemos que menos de dez por cento dos candidatos são eleitos com votação própria. Na verdade, o eleitor não sabe em quem está votando. A lista aberta é muito menos democrática do que a lista preordenada, na qual sabemos em quem estamos votando.

Mas, para superar esse problema, há uma proposta da Ordem dos Advogados do Brasil em tramitação no Congresso, que tem o número 6.316/2013 e o apoio de mais de uma centena de parlamentares, Presidente, que procura superar essa dificuldade, ou esse preconceito, fazendo a eleição para a Câmara dos Deputados em dois turnos. No primeiro turno, o eleitor vota no partido e, depois, no segundo turno, ele vota na lista do partido, no candidato que melhor lhe aprouver.

Essa é uma fórmula com muitos detalhes, que não vou aprofundar aqui, que avança o debate sobre um mecanismo democrático de barateamento da eleição com perspectiva de respaldo popular. E existe a outra, do voto distrital, que tem sido atenuada por uma combinação, que é o voto distrital misto, em que se mantém o sistema proporcional para o voto ideológico e o sistema distrital para o voto mais personalizado no candidato da região, no candidato do distrito.

---

<sup>423</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 42.

<sup>424</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 127.

<sup>425</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 130.

Portanto, a conclusão a que quero chegar, ao declarar a inconstitucionalidade do financiamento por empresas, é que nós precisamos criar um sistema eleitoral mais barato e, conseqüentemente, mais autêntico, mais democrático, mais republicano e mais capaz de atender as demandas por moralidade pública da sociedade brasileira.<sup>426</sup>

Ressalta-se a postura minimalista adotada inicialmente pelo ministro Teori Zavascki.<sup>427</sup> No seu voto inicial, o Ministro Zavascki parte da premissa de que a Constituição não disciplina a matéria e que, por isso, caberia ao legislador infraconstitucional a regulamentação da matéria. O Ministro Zavascki aponta que a complexidade exige do Supremo Tribunal Federal o cuidado de não extrair um significado daquilo que ela fez questão em não disciplinar:

Considerando o já referido caráter flutuante e conjuntural dessa problemática, a exigir continuada atenção reformadora para aperfeiçoamento do sistema, é importante que o Supremo Tribunal Federal tenha o cuidado de não extrair das raras disposições da Constituição sobre abuso do poder econômico ou, o que seria mais grave, da amplitude semântica e da plurissignificação dos princípios democrático, republicano e da igualdade, interpretações voluntaristas que imponham gessos artificiais e permanentes às alternativas que ela, Constituição, oferece ao legislador encarregado de promover ajustes normativos ao sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. Refiro-me, com essa observação, ao financiamento privado e, mais especificamente, às contribuições de pessoas jurídicas, que, conforme procurarei demonstrar, não podem ser considerados como absoluta e manifestamente incompatíveis com a Constituição, a ponto de impedir,

---

<sup>426</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 132-133.

<sup>427</sup> Registra-se que o ministro Teori Zavascki aditou o seu voto abrاندando a sua postura minimalista e assumindo uma posição mais expansionista para estabelecer limites para as doações de campanha eleitorais: Consideradas essas circunstâncias e visando à consecução de um ambiente mais sadio de prática política, mostra-se importante reduzir as possibilidades de surgimento de conflitos entre interesses públicos e privados, e a maneira mais segura de fazê-lo - com o menor número de consequências imprevistas - talvez seja pelo acréscimo de novas vedações às hipóteses legais previstas no art. 24, da Lei 9.504/97; e 31, da Lei 9.096/95. Frise-se que este exercício ampliativo só é permitido, no caso, porque é a própria Constituição que oferece padrões normativos inteligíveis que, por si sós, impedem que a política seja praticada em benefício de clientes preferenciais da Administração Pública. Nesse sentido, complementando o voto, proponho sejam reconhecidas como decorrentes de princípios constitucionais as seguintes vedações de contribuição a partidos políticos e a campanhas eleitorais: (i) de pessoas jurídicas ou de suas controladas e coligadas que mantenham contratos onerosos celebrados com a Administração Pública, independente de sua forma e objeto; (ii) a pessoas jurídicas a partidos (ou seus candidatos) diferentes, que competem entre si. Fica igualmente reconhecida a vedação a pessoas jurídicas que efetuaram contribuições a partidos ou campanhas, de, desde então e até o término da gestão subsequente, celebrar qualquer contrato oneroso com entidades da Administração Pública. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 291)

agora e para sempre (enquanto mantido o atual regime constitucional), possam elas ser autorizadas, ainda que limitadamente, pelo legislador ordinário.<sup>428</sup>

Ministro Zavascki conclui o voto que o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade do modelo normativa de doação de campanha eleitoral resolveria o complexo problema do abuso do poder econômico nas eleições é uma forma de messianismo judicial e que essa ilusão acabaria por gerar o desgaste da própria imagem do Poder Judiciário. Assim, ele afirma que não competiria ao Judiciário a substituição do modelo normativo proposto pelo legislador e sim através da fiscalização do modelo vigente.<sup>429</sup>

Destaca-se que a maioria dos ministros acompanhou o voto do Relator, ficando vencidos apenas os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Novamente, percebe-se uma postura extremamente ambiciosa e maximalista do Supremo Tribunal Federal. De fato, o que ocorreu na prática é que os Ministros criaram um novo modelo normativo de financiamento eleitoral, atuando como verdadeiro legislador positivo.<sup>430</sup>

O julgamento do financiamento de campanha também é ilustrativo para demonstrar de forma clara a interação estratégica entre os Poderes da República que teve como o principal player o Ministro Gilmar Mendes.

No dia 02 de abril de 2014, quando a maioria a favor da proibição do financiamanente empresarial já estava formada em 6 a 1, o ministro Gilmar Mendes requereu o pedido de vista e suspendeu o julgamento.<sup>431</sup> No dia 09 de setembro de 2015, o Congresso Nacional aprovou a minirreforma eleitoral que passava a prever expressamente a possibilidade de doação eleitorais de pessoas jurídicas.<sup>432</sup>

Em 10 de setembro de 2015, um dia depois da aprovação do financiamento de campanha e após ter ficado com os autos conclusos durante um ano e cino meses, o Ministro Gilmar Mendes devolveu os autos para o julgamento.<sup>433</sup> Com a atuação estratégica, Gilmar

---

<sup>428</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 142-143.

<sup>429</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016, p. 156-157.

<sup>430</sup> TRAMONTINI, Daiane Sandra. **Financiamento eleitoral: uma análise acerca da ação direta de inconstitucionalidade N. 4650/DF frente às garantias e princípios constitucionais partidários**. 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 149.

<sup>431</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263981&caixaBusca=N>

<sup>432</sup> <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/495798-CAMARA-CONCLUI-VOTACAO-DA-MINIRREFORMA-ELEITORAL-E-MANTEM-DOACAO-DE-EMPRESAS-A-PARTIDOS.html>

<sup>433</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>

Mendes possibilitou que o Congresso deliberasse sobre o financiamento antes da decisão final do Supremo Tribunal Federal.

O jogo de xadrez institucional não parou com a jogada de Gilmar Mendes. Após a aprovação da reforma política pelo Congresso Nacional<sup>434</sup>, a Minirreforma eleitoral foi para a sanção da Presidente da República, Dilma Roussef, que vetou o financiamento de campanha com a justificativa na decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>435</sup> Por fim, o Congresso Nacional acabou por acatar o veto da Presidente e a o financiamento empresarial de campanha eleitoral não foi aprovado.

O relato do caso do financiamento de campanha demonstra muito bem as circunstâncias políticas e os fatores para além do Direito que interferem no exercício do Controle de Constitucionalidade.

#### **4.4 Conclusões parciais**

Da análise dos três casos, observa-se a tendência maximalista do Supremo Tribunal Federal ao tratar de matérias que envolve o núcleo democrático da República.

Nos três referidos julgamentos, os Ministros se colocaram na posição de uma suposta imparcialidade política para definir os melhores contornos da reforma política brasileira, ignorando a vontade do legislador ordinário e buscando definir em última instância o sentido e o alcance da norma constitucional.

Percebe-se também que para atingir os seus objetivos, os Ministros tem fundamentado o seu entendimento em princípios constitucionais abstratos e vagos, assumindo a postura juriscêntrica de querer associar a decisão judicial com a suposta vontade da Constituição e passando por cima até mesmo da vontade do constituinte originário.

Observa-se ainda que apesar do argumento do insulamento político da Corte, ambos os casos foram circundados por complexas interações políticas entre os Poderes da República.

Dessa maneira, é possível concluir que tem prevalecido a supremacia judicial do Supremo Tribunal Federal nas discussões envolvendo matéria de reforma política.

---

<sup>434</sup> Destaca-se que o financiamento foi aprovado na Câmara, mas recusado no Senado. No entanto, a Câmara acabou por rejeitar as emendas do Senado e aprovar o texto final com a previsão expressa do financiamento de campanha no Código Eleitoral.

<sup>435</sup> <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/29/dilma-veta-doacao-de-empresas-a-politicos-e-impressao-de-votos>

## 5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMA POLÍTICA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo da apresentação do objeto de pesquisa no primeiro capítulo foram propostas duas perguntas: 1) O Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, é o espaço legítimo para apreciar temas atinentes à reforma política? 2) Qual seria o limite desta atuação?

Pretende-se, neste capítulo final, responder a esses questionamentos a partir das considerações feitas ao longo do trabalho com o objetivo de analisar os limites e possibilidades da jurisdição constitucional brasileira em matéria de reforma política.

Nas últimas décadas, o mundo assiste o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional sobre áreas historicamente reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Em boa parte dos sistemas constitucionais, e em especial no Brasil, o Poder Judiciário deixou de ser a mera boca da lei para se tornar o protagonista do cenário político.

Desde o seu advento no histórico caso *Marbury v. Madison*, a consolidação da jurisdição constitucional vem acompanhada de um intenso debate acadêmico sobre a sua legitimidade democrática. Nos Estados Unidos da América, a ausência de previsão normativa expressa do controle de constitucionalidade exigiu dos estudiosos a construção de um modelo teórico que justificasse a possibilidade de juízes não eleitos anularem decisões de representante eleitos democraticamente pelo povo.

Se, inicialmente, a justificativa teórica do *judicial review* se assentava na ideia da superioridade da Constituição, vimos que – sobretudo com o advento do neoconstitucionalismo – acabou por consolidar a proposta da supremacia judicial, segunda a qual o Poder judiciário deteria uma maior capacidade institucional para a interpretação da Constituição e por isso caberia, exclusivamente, a ele a última palavra sobre o sentido e a alcance da norma constitucional.

Diversos argumentos em favor da supremacia judicial foram sendo propostos na Teoria Constitucional, dentre os quais destacamos:

[...] a maior propensão de o Judiciário (i) proteger ‘minorias insulares’ do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de

Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento; (vi) promover um processo deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo.<sup>436</sup>

Estes argumentos acrescidos da ideia do insulamento político dos magistrados - que estariam protegidos por suas garantias funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e institucionais (autonomia financeira e administrativa) - acabariam por levar a conclusão de que o Poder Judiciário deveria ser o tornar o principal e último intérprete da Constituição.

No entanto, ao se deslocar para o centro do sistema político, o Poder Judiciário acabou por atrair o foco do debate e da investigação acadêmica. E após passar por um longo período de entusiasmo teórico, a jurisdição constitucional passou a ser investigada mais afundo pela doutrina contemporânea e as suas pretensas virtudes passaram a ser colocadas em xeque.

A ideia platônica de uma Corte de sábios virtuosos que se prendem unicamente a razão e ao Direito para a tomada de decisões em favor da coletividade passou a ser fortemente criticada. Longe de ser o modelo ideal proposto pelas teorias normativas, o Judiciário passou a demonstrar as suas fragilidades e limitações.

O próprio dogma da imparcialidade política e jurídica dos magistrados passou a ser questionado. A análise do surgimento histórico da jurisdição constitucional e as circunstâncias políticas do caso *Marbury v. Madison* demonstrou que a decisão de John Marschall dependeu muito mais de um complexo jogo político em torno da Suprema Corte do que da sua fundamentação no sistema jurídico.

Concomitantemente, ao surgimento das teorias defensoras da supremacia judicial, se desenrolou toda uma tradição de estudos que buscavam limitar a atuação da jurisdição constitucional e minimizar a participação judicial nas decisões políticas. Da ideia de autorrestrição judicial, passando pelas virtudes passivas de Alexander Bickel e pelo minimalismo de Cass Sunstein, chegando até a teoria dos diálogos institucionais, a teoria constitucional tem buscado delimitar parâmetros de atuação para a Suprema Corte.

No Brasil, a discussão ganhou contornos ainda mais problemáticos. A expansão da jurisdição constitucional e o amplo fenômeno da judicialização da política acabaram por

---

<sup>436</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 203.

alçar o Supremo Tribunal Federal a um status político de superioridade em relação aos demais poderes. E a problemática é ainda maior quando tratamos de discussões que dizem respeito ao núcleo estruturante do sistema político e afeitas tipicamente aos Poderes majoritários, como a reforma eleitoral. E como restou demonstrado, o Supremo Tribunal Federal tem decidido como nunca sobre a matéria.

A análise jurisprudencial demonstrou que a Corte Constitucional Brasileira tem adotado uma postura extremamente ambiciosa e maximalista ao decidir sobre questões complexas da reforma política, como no caso da cláusula de barreira, da fidelidade partidária e do financiamento de campanha. Percebe-se que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se demonstrado extremamente ativista, buscando assentar a sua legitimidade numa visão juriscêntrica que busca associar (idealisticamente) as decisões judiciais com o sentido da Constituição, como se as vozes dos Ministros devessem ser entendidas como revelações da vontade do poder constituinte originário. Assim, percebemos que a reforma eleitoral no Brasil tem sido feita às avessas pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se trata de defender uma postura absenteísta da Corte, mas se entende que o messianismo judicial também não é o caminho adequado. É necessário ressaltar a importância do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, especialmente no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais e dos pressupostos democráticos.

Mas é preciso reconhecer que realisticamente “os tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às articulações e compromissos políticos”.<sup>437</sup> E, sobretudo, no campo das discussões sobre reforma política, o STF não é e nem deve ser o intérprete protagonista da Constituição.

O Poder Judiciário não pode ser o único e exclusivo ator da interpretação constitucional, e, tampouco, cabe a ele a última palavra sobre a Reforma Política. Assumir cegamente as premissas da supremacia judicial é correr o risco de se atribuir ao judiciário o papel de *motor* da política na posição de um *superpoder* quase constituinte e permanente, desconsiderando o pluralismo político, cultural e social do Estado Democrático de Direito, violando princípios constitucionais basilares, como o republicano e o democrático.<sup>438</sup>

---

<sup>437</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 113.

<sup>438</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do STF e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: del Rey, 2009. p. 39-53.

O conteúdo, o alcance e sentido da norma constitucional devem ser definidos e redefinidos diariamente por diversos atores: pelos representantes na elaboração de leis e políticas públicas, pelo Judiciário ao proferir as suas decisões e, também, pelo povo, pelos movimentos sociais e demais instituições.<sup>439</sup>

Por se tratar de matéria afeita ao núcleo democrático e atinente aos Poderes majoritários, é necessária a defesa de uma postura da Corte que não se assente na pretensa autoridade de dar a última palavra e nem se arvore em decisões expansionistas e ambiciosas. É preciso a construção coletiva de uma teoria normativa que seja sensível às circunstâncias institucionais e políticas da Corte e flexível ao diálogo e interação com os outros atores constitucionais.<sup>440</sup>

As mudanças no sistema eleitoral envolvem circunstâncias complexas de outras áreas do conhecimento, como a ciência política e a sociologia, sobre as quais os magistrados não detêm total domínio técnico.

Além disso, as decisões em matéria de reforma política podem causar impactos e gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis aos magistrados. Afinal de contas, será que o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade da cláusula de barreira poderia prever a proliferação de partidos que tornaria o Congresso Nacional uma verdadeira *bagunça* partidária? Será que os Ministros poderiam prever que passados vinte anos da decisão sobre a cláusula de barreira, o Congresso Nacional contariam com mais de 35 partidos representados, tornando o processo legislativo um objeto de barganhas e troca de favores? Será que a fidelidade partidária realmente conseguiria moralizar a atuação política no país ou ela apenas serviria para fortalecer as elites partidárias? Será que os ministros conseguiriam prever que a fidelidade partidária não somente moralizaria a atuação política no país como acabaria por aprofundar a crise ética ao influenciar a criação de novos partidos de aluguel? Será que a recente declaração de inconstitucionalidade do financiamento empresarial vai acabar que a influência perniciosa do poder econômico nas eleições? Ou apenas vai fazer com que o fluxo de dinheiro seja direcionado para esquemas fraudulentos?

A reforma política envolve temas complexos que contam com inúmeras variáveis impossíveis de serem previstas. O Supremo Tribunal Federal não é instância adequada para

---

<sup>439</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 113.

<sup>440</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 114.

decidir de forma definitiva sobre Reforma política, cabendo aos poderes majoritários e a sociedade civil o protagonismo na condução das mudanças do sistema eleitoral brasileiro.

Nesse sentido, em matéria de reforma política, o Supremo Tribunal Federal deve prestigiar uma postura mais cautelosa e minimalista a fim de permitir que as suas decisões promovam o processo deliberativo democrático realizado pelos poderes majoritários. A função principal da Constituição e, conseqüentemente, do Poder Judiciário é inspirar a atuação de cidadãos e seus representantes, e não limitá-la.

Não resta dúvida que a relação entre a constituição e a democracia envolve uma tensão sinérgica. Se por um lado, a jurisdição constitucional pode servir a democracia, o seu excesso pode limitá-la. É necessário o fomento ao diálogo institucional e social entre o Supremo Tribunal Federal e as instâncias representativas e a sociedade civil.<sup>441</sup>

Ademais, é imprescindível estabelecer alguns parâmetros de atuação para os Ministros adotarem uma postura mais cautelosa e prudente ao decidirem sobre a reforma política. Nesse sentido, Daniel Sarmento propõe alguns parâmetros objetivos que podem nortear a decisão judicial em matéria de reforma política.<sup>442</sup>

O primeiro é o grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado: aqui o aspecto a ser considerado é o grau de legitimidade democrática da lei. Nota-se que o objetivo não é analisar a substância normativa, e sim se o processo legislativo foi devidamente respeitado. Assim, deve-se ser levada em consideração, por exemplo, o grau de consenso que a norma obteve durante o processo deliberativo. Afinal de contas, as normas aprovadas por quase unanimidade merecem uma maior deferência.<sup>443</sup> É preciso também levar em consideração a efetiva participação popular no processo deliberativo. Nas palavras de Peter Haberle, “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional”, logo “a intensidade do controle há de variar segundo as possíveis formas de participação”.<sup>444</sup> Certamente que uma norma como a Lei Complementar

---

<sup>441</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>442</sup> Se por um lado, Daniel Sarmento propõe os *standars* a fim de balizar a atuação da jurisdição constitucional em toda e qualquer matéria, algumas de suas propostas servem como parâmetro para atuação específica em matéria de reforma política. Assim, será desdobrado para o presente os parâmetros pertinentes a relação entre Judiciário e Legislativo no que diz respeito a apreciação da reforma política.

<sup>443</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

<sup>444</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, p. 46.

135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que se originou de um movimento popular com a obtenção de milhares de assinatura, tendo sido aprovada em razão da intensa mobilização da sociedade civil, não pode ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal da mesma forma que se aprecia um ato normativo editado na calada da noite a toque de caixa aprovada com o quórum mínimo e sem qualquer debate ou envolvimento popular.<sup>445</sup>

O segundo parâmetro é a comparação das capacidades institucionais, segundo o qual deve ser considerada a capacidade do Poder Judiciário para apreciação de temas que exigem a *expertise* em temas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do Direito. Reitera-se que a jurisdição constitucional não pode adotar a visão idealizada do magistrado, devendo-se levar em consideração as limitações técnicas e as restrições decorrentes de fatores como a sobrecarga de trabalho e a ausência do tempo ideal para apreciação e deliberação da matéria.<sup>446</sup> Muitas vezes, temas de reforma política envolvem questões complexas da ciência políticas, da sociologia, das ciências econômicas e até mesmo do complexo contexto histórico cultural brasileiro. Por exemplo, a simples vedação normativa ao financiamento empresarial de campanha não enseja necessariamente o fim da interferência abusiva do poder econômico nas eleições. Da mesma maneira, a inconstitucionalidade da cláusula de barreira ou da fidelidade partidária não resultou na moralização e na racionalização da atuação político-partidária brasileira. Certamente, nos referidos julgamento, inúmeros fatores políticos e sociológicos foram ignorados pelos Ministros em razão da própria limitação institucional do Poder Judiciário.

O terceiro parâmetro é análise temporal do ato normativo. O magistrado ao analisar a discussão deve levar em conta à época de edição do ato normativo. Leis editadas antes da promulgação da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equivalente às normas elaboradas posteriormente.<sup>447</sup> No âmbito da reforma política, este parâmetro é extremamente importante, sobretudo em razão de o Código Eleitoral ser uma Lei aprovada em 1965 sob o regime militar. Certamente, que a norma edita à época carece de um déficit de legitimidade intrínseca em relação a normas sancionadas no período pós-88.

---

<sup>445</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

<sup>446</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 108.

<sup>447</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 108.

É importante ressaltar que a doutrina constitucional elenca inúmeros outros os parâmetros para a atuação da jurisdição constitucional. No entanto, foi destacado aqueles que têm uma característica objetiva e que podem ser facilmente identificados pelo magistrado. Alguns *standards* acabam por se assentar em conceitos abstratos e acabam por permitir novamente uma ampla discricionariedade judicial, como por exemplo, o parâmetro de proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia que foi invocado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da A.D.I. nº 4.650/DF.

Os parâmetros não servem para limitar a atuação do magistrado a uma atitude mecânica e sim para inspirar de forma objetiva uma atuação moderada do Poder Judiciário ao tratar da reforma política.

Nesse sentido, mediante a compreensão das suas capacidades institucionais e através do exercício das suas virtudes passivas e minimalistas, bem como levando em consideração os parâmetros de atuação, os Juízes e as Cortes podem atuar a fim de tornar as suas decisões em matéria de reforma política mais democráticas.

Assim, encerra-se a presente dissertação buscando responder definitivamente as perguntas propostas no início do trabalho. O Supremo Tribunal Federal não é o *locus* adequado para executar a necessária reforma política brasileira e a sua atuação deve ser pauta por uma postura minimalista que busque prestigiar os diálogos institucionais e fomentar as deliberações democráticas. Em se tratando de reforma política, o Supremo Tribunal Federal não deve buscar se arvorar na posição de uma pretensa vanguarda iluminista, sob pena da reforma política nascer eivada de um déficit democrático intrínseco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por objetivo analisar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para apreciação de temas atinentes a Reforma Política e apresentar um aporte teórico a fim de delimitar os limites e possibilidade de atuação da Corte. Para isso, inicialmente, foi feito um retrospecto histórico para demonstrar que o mundo tem assistido um processo global de expansão da jurisdição constitucional com destaque para o fenômeno da judicialização da política. A justificativa da pesquisa está na análise da experiência do Supremo Tribunal Federal ante as reformas políticas propostas pelo Poder Legislativo. Constantemente, a Corte tem sido provocada a decidir sobre temas sensíveis, como o financiamento de campanhas eleitorais, a fidelidade partidária e a cláusula de barreira.

Para persecução do objetivo inicial, no segundo capítulo, foi analisado o surgimento histórico do controle judicial de constitucionalidade e as circunstâncias políticas do caso *Marbury v. Madison*. A análise histórica demonstrou que desde o início o judicial review dependeu muito mais das interações institucionais entre os Poderes e do agir estratégicos dos ministros, sendo que a visão teórica dos modelos normativos foi pouco determinante nas tomadas de decisões.

Seguindo em frente, restou demonstrado como que, especialmente no Brasil, as teses neoconstitucionalistas foram importantes para a consolidação da noção de supremacia judicial na interpretação da Constituição, assentando a ideia de que cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição. O neoconstitucionalismo acabou por gerar uma crença exagerada na transformação da sociedade brasileira por meio do Poder Judiciário e, especificamente, por meio do Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy foram amplamente recepcionadas pela doutrina brasileira e tiveram um grande impacto na jurisprudência pátria, influenciando fortemente na consolidação da jurisdição constitucional brasileira.

No entanto, demonstrou-se que o fenômeno de expansão da jurisdição constitucional foi acompanhado de contundentes críticas sobre a sua legitimidade democrática. Assim, no terceiro capítulo, foram apresentadas as principais críticas contemporâneas ao judicial review a fim de justificar a necessidade de revisão do modelo teórico normativo do controle judicial de constitucionalidade sobre matérias que dizem respeito à reforma política.

O constitucionalismo político – que tem em Jeremy Waldron o seu principal expoente contemporâneo – tem demonstrado que o *judicial review* tem um déficit

democrático intrínseco. Para o constitucionalismo político, a teoria jurídica acabou por idealizar o Judiciário e marginalizar o Legislativo. Ao se valer do conceito dos desacordos morais razoáveis e a impossibilidade do consenso sobre o sentido e o alcance dos direitos, Waldron propõe que o problema de deliberação está presente tanto nas Cortes como no Parlamento, não havendo nenhum argumento *a priori* que justifique o protagonismo de um em relação ao outro. Assim, os autores do constitucionalismo político defendem que a transferência da deliberação democrática para espaço formalista e técnico do Judiciário acaba por elitizar o debate político, segregando a participação popular e gerando um déficit democrático.

Por sua vez, o constitucionalismo popular tem buscado desafiar a supremacia judicial e reivindicar a participação popular na interpretação constitucional. Para autores como Larry Kramer e Mark Tushnet, o controle de constitucionalidade se funda no forte sentimento antipopular e por isso propõe o enfraquecimento do *judicial review* a fim de valorizar a participação da sociedade civil, dos movimentos sociais e da população em geral.

A virada institucional proposta por Cass Sunstein e Adrian Vermeule destaca um dos principais problemas da interpretação jurídica que é a idealização do Poder Judiciário ao ignorar as limitações técnicas e as capacidades da instituição. Dessa maneira, eles propõem que muitas vezes, a depender da complexidade de matérias e das circunstâncias do caso, o Poder Judiciário não é a instituição adequada para tomada de decisões, devendo os Juízes adotarem uma postura minimalista ante as questões de alta complexidade moral e política.

Ainda no terceiro capítulo foram apresentadas teorias que buscaram limitar a atuação da jurisdição constitucional e minimizar a participação judicial nas decisões políticas. Da ideia de autorrestrrição judicial, passando pelas virtudes passivas de Alexander Bickel e pelo minimalismo de Cass Sunstein, chegando até a teoria dos diálogos institucionais, foi apresentando um aporte teórico a fim de justificar que em matéria de reforma política a postura da Corte Constitucional deve ser de cautela e prudência ao prestigiar a deliberação democrática dos poderes majoritários e fomentar os diálogos institucionais.

No quarto capítulo, após a apresentação das críticas a supremacia judicial e a apresentação das teorias limitadoras da atuação jurisdição constitucional foram feitas as análises críticas de três casos paradigmáticos sobre reforma política julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Os casos da cláusula de barreira, da fidelidade partidária e do financiamento de campanha demonstram como a supremacia judicial tem reverberado no STF e como a Corte tem ido à contramão das críticas contemporâneas apresentadas no capítulo anterior.

Apesar de se tratarem de temas complexos da vida política brasileira, restou demonstrado que nos três casos o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura extremamente ambiciosa e maximalista ao determinar o sentido da Constituição e dirimir o conflito, assentando ainda a mais a ideia da superioridade institucional e técnica do Judiciário perante os outros Poderes da República.

Já no quinto capítulo, foram estabelecidos alguns limites que servem de parâmetro para atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de reforma política a fim de que a jurisdição constitucional sirva como instrumento de promoção da deliberação democrática e evite a postura de querer um papel de messianismo judicial. Assim, conclui-se que em se tratando de reforma política, o Supremo Tribunal Federal não é o *locus* adequado para definir as mudanças necessárias e por isso a sua atuação deve ser limitada por postura minimalista de cautela que vise fomentar os diálogos institucionais e incentivar a participação popular no processo decisório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

ANDRADA, Bonifácio. **Controle judicial de constitucionalidade: constitucionalismo entre o direito e a política**. Curitiba: Juruá, 2016.

ARISTOTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Roberto Leal Ferreira.

ARISTÓTELES. **Dos argumentos sofisticos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. – São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *International Journal Of Constitutional Law*, [s.l.], v. 3, n. 4, p.572-581, 1 out. 2005. Oxford University Press (OUP). <<http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>>.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Tradução Luís Afonso Heck.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2006. 271 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2001. p. 93-158.

BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconsituacionaes: do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, [s.l.], v. 09, p.258-301, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 08 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio da Janeiro: Renovar, 2001

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, [s.l.], v. 71, n. 3, p.1109-1180, 2006.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: a republican defence o the constitutioanlity of democracy**. Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 61, p.5-24, 2004. FapUNIFESP (SciELO). <<http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64452004000100002>>.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v. 89, p.107-134, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n89/05.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

BERRGER, Raoul. *Doctor Bonham's case: statutory construction or constitutional theory?*. **University Of Pennsylvania Law Review**, [s.l.], v. 117, n. 4, p.521-545, 1969.

BICKEL, Alexander M.. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at de Bar of Politics**. Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 28, p.1-17, outubro/dezembro de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos institucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing Constitutional Law**: Perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. [s.l.]: Springer International Publishing, 2016. (Law and Philosophy Library).

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição Constitucional na era cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 07, N. 13, 2016, p. 349.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?* (May 25, 2015). Bustamante, T. et alli, “**Democratizing Constitutional Law**” (Heidelberg: Springer, 2016).. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2617111>>.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos estudos jurídicos**, v. 11, n. 1, p. 135-142, 2008.

CAMPOS, Adriana. **Poder e representação política na democracia participativa**: estudo sobre seu significado no Brasil. 2001. 109 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

CAMPOS, Adriana; ANDRADE NETO, João. Liberdade e segurança: o impacto de um conflito (aparente) entre princípios na hermenêutica dos direitos fundamentais. **Justiça em Revista**, Belo Horizonte, v. 1, p.86-102, out. 2004.

CAMPOS, Adriana; SANTOS, Polianna Pereira dos. O princípio da fidelidade partidária e a possibilidade de perda de mandato por sua violação: uma análise segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica–RIHJ, Belo Horizonte, ano**, v. 11, p. 13-34, 2013.

CAMPOS, Adriana; SOUZA, Rafael Costa de. **O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional**: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.503/DF. [s.l.]:, 2017, no Prelo.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-207.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1982.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do STF e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 39-53.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas**. São Paulo: RT, p. 34-53, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricaro de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, tradução de Nelson Boeira.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, tradução Luís Carlos Borges, p. 3-39.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2010. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla.

EPSTEIN, Lee et al. *Do political preferences change? A longitudinal study of US Supreme Court justices.* **The Journal of Politics**, v. 60, n. 3, p. 801-818, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Documenting strategic interaction on the US Supreme Court. In: **Annual meeting of the American Political Science Association**, Chicago, IL. 1995.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números-o Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on legal theory and the legitimacy of consitucionalism**. [s.l.]: Springer International Publishing, 2016. p. 147-164.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Acesso à justiça no estado democrático de direito e à qualidade das decisões judiciais. **Direito Izabela Hendrix**, v. 3, n. 3, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Considerações sobre recentes decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo self restraint ou pelo ativismo: reflexões críticas à luz da "Teoria do Direito como integridade" de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito da UFMD**, Belo Horizonte, v. 57, p.69-84, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. **A eticidade do Direito**. 2003. 301 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1962.

FRIEDMAN, Barry. *The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty.* **Yale Law Journal**, New York, v. 112, n. 50, p.153-259, 2002. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=312024>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

FRIEDMAN, Barry. **The Politics of judicial review**. *New York University Public Law and legal theory working papers*. Paper 16. 2006.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

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

GINSBURG, Tom. *The global spread of constitutional review*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade - volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist: with letters of "Brutus"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Edited by Terence Ball.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRSCHL, Ran. *The new constitution and the judicialization of pure politics worldwide*. *Fordham Law Review*, [s.l.], v. 75, n. 2, p.721-753, 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2010. Revista e atualizada por Juliana Campos Horta.

HORTA, Raul Machado. Jurisdição constitucional e os tribunais constitucionais. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, ano**, v. 19.

HORTA, Raul Machado. **O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar**. 1953. 163 f. Tese (Livre Docência) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1953.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial activism*. *California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Nos bastidores da judicial review. **Phronesis: Revista do Curso de Direita da FEAD**, [s.l.], v. 8, p.49-58, 2012. Anual.

MARSCHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University Of Colorado Law Review*, [s.l.], v. 73, p.101-140, 2002.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. 6. ed. Chicago: The University Of Chicago Press, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, [s.l.], v. 14, n. 1, p.403-423, 15 maio 2017. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v14i1.4427>>.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. Tradução Roberto Leal Ferreira.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. **We (believe or distrust) the people: o controle de constitucionalidade das Emendas à Constituição e o problema da autoridade**. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243-271.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada:** transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2013.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem supremacia judicial:** a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e constituição:** a interpretação constitucional após o giro hermenêutico. 2001. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PLATÃO. **A República**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Tradução Dinah de Abreu Azevedo, revisão da tradução Álvaro de Vita.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Amiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. – São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 136.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Quem deve ser o guardião da constituição?** Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho constitucional**. Madri: Tecnos, 1965, p. 508.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>>. Acesso em: 09 maio 2017.

SILVA, Alexandre Garrida da. Minimalismo, democracia e expertise. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 12, p.107-142, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revistas dos Tribunais**, [s.l.], v. 798, p.23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHLESINGER, Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial activism*. **California Law Review**, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1446-1447. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 09 maio 2017.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: del Rey, 2007.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of US Supreme Court justices. **American Political Science Review**, v. 83, n. 2, p. 557-565, 1989.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SMITH II, George P. *Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence*. **Whashington Law Review**, [s.l.], v. 41, p.297-314, 1966. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1547230>>. Acesso em: 16 maio 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SULTANY, Nimer. *The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification*. **Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review**, [s.l.], v. 47, p.371-455, abr. 2012. Disponível em: <<http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/Sultany.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2017.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political?: an empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.. *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.. *Incompletely theorized agreements in constitutional law*. *University Of Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper*, Chicago, v. 147, p.1-27, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. *Radical in robes: Why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Book, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, v. 156, p.1-55, 2002.

TATE, C. Neal et al (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Boston: Little, Brown, And Company., 1893.

THOMAS, E. W.. *The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TRAMONTINI, Daiane Sandra. *Financiamento eleitoral: uma análise acerca da ação direta de inconstitucionalidade N. 4650/DF frente às garantias e princípios constitucionais partidários*. 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. *Revista Nej*, [s.l.], v. 18, n. 1, p.51-62, 2013. Trimestral. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4483/2476>>. Acesso em: 09 maio 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p.441-464, 2008. Semestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2017.

VINX, Lars. *The guardia of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. Yale Law Journal, n. 115, New Haven, abr. 2006.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Coleção das Leis do Império**.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 dez. 2002.

BRASIL. Constituição (1967). **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura Nacional. Diário da Justiça, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2009.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, Distrito Federal. Relator: Ministro Octávio Galloti. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 mar. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805, Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília de 1998. **Diário da Justiça**. Brasília, 14 nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685, Distrito Federal. Relator: Ministra Elen Gracie. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.741, Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**. Brasília, 23 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.307, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.311, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.394, Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 315, Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602, Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603, Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604, Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633.703, Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. **Diário da Justiça**. Brasília, 08 maio 2007.