

**Ana Cristina Costa Soares**

**O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

**Tribunal desconhecido ou monarca absoluto?**

Juiz de Fora

2014

**Ana Cristina Costa Soares**

**O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

**Tribunal desconhecido ou monarca absoluto?**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, área de concentração: Cultura, Poder e Instituições da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Rubem Barboza Filho

Juiz de Fora

2014

SOARES, ANA CRISTINA COSTA.

O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL :  
TRIBUNAL DESCONHECIDO OU MONARCA ABSOLUTO? / ANA CRISTINA  
COSTA SOARES. -- 2014.

236 p.

Orientador: RUBEM BARBOZA FILHO

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Juiz de Fora,  
Instituto de Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em  
Ciências Sociais, 2014.

1. DEMOCRACIA. 2. INSTITUIÇÕES. 3. CONSTITUIÇÃO. 4.  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 5. AUTONOMIA INSTITUCIONAL. I.  
BARBOZA

FILHO, RUBEM, orient. II

**Ana Cristina Costa Soares**

**O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
tribunal desconhecido ou monarca absoluto?**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, área de concentração: Cultura, Poder e Instituições da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Aprovada em: 17 de outubro de 2014

Banca examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador: Prof. Dr. Rubem Barboza Filho  
UFJF

\_\_\_\_\_  
Membro UFJF: Prof. Dr. André Moyses Gaio  
UFJF

\_\_\_\_\_  
Membro UFJF: Prof. Dr. Fernando Perlatto Bom Jardim  
UFJF

\_\_\_\_\_  
Membro externo: Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior  
UFRRJ

\_\_\_\_\_  
Membro externo: Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende  
CAEd

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora, na pessoa de seu Coordenador, Prof. Dr. Dmitri Cerboncini Fernandes por sua compreensão e auxílio, aos professores do programa pelo ensino profícuo e aos colegas de curso.

Agradeço ao orientador Prof. Dr. Rubem Barboza Filho pela generosidade e confiança no desenvolvimento da tese.

Agradeço, ainda, aos meus amigos pela torcida e apoio, de modo especial à Raquel, incentivadora em vários momentos difíceis; à Carícia pelo frequente apoio logístico; ao Clayton amigo de jornada acadêmica e à Dani pela motivação e estímulo; enfim, a todos que compreenderam minha ausência e acreditaram em mim.

Meus agradecimentos à minha família por ter partilhado comigo momentos de angústias e por ter me perdoado pela minha reclusão. Agradeço à Gio, minha irmã querida, ao Felipe, Renato e Pedro, amados sobrinhos. Agradeço à minha irmã Iza pelos produtivos debates e pela sua generosidade em dispor de seu “preciosíssimo” tempo.

Agradeço à minha mãe, Therezinha, pelo apoio e amor incondicional, razão de minha existência.

Agradeço ao meu grande e fiel amor, Marcos, que não me deixou desanimar e nem se desanimou.

O que dentre estes melhor soube imitar a raposa, mais proveito tirou. Mas é preciso saber mascarar bem esta índole astuciosa, e ser grande dissimulador. Os homens são tão simplórios e obedecem de tal forma às necessidades presentes, que aquele que engana encontrará sempre quem se deixa enganar.

(...)

Os homens em geral formam as suas opiniões guiando-se antes pela vista do que pelo tato; pois todos sabem ver, mas poucos sentir. Cada qual vê o que parecemos ser; poucos sentem o que realmente somos. E estes poucos não ousam opor-se à opinião dos muitos que, atrás de si, têm a defendê-los a majestade do poder.

MAQUIAVEL

## RESUMO

Este trabalho teve por objetivo investigar a atuação do Supremo Tribunal Federal como instituição que exerce um papel indispensável na vida democrática brasileira. A intensidade com que essa instituição se desincumbe de sua importante missão não permaneceu a mesma ao longo dos anos. O protagonismo e autonomia atual não se identificam com o papel secundário exercido pelo Supremo no período anterior ao advento da Constituição de 1988. Com um desenho conformado pelo constituinte de 1987 após o fim do regime militar, a Constituição de 1988, bem como mudanças significativas na organização da sociedade brasileira, possibilitaram a ampliação de uma vida democrática no país. Teóricos que estudam essa mudança confirmam um movimento no sentido de uma judicialização da política no Brasil promovida por essas condições e pelo Supremo, que impõe ao Tribunal uma necessária inserção no jogo político entre os poderes representativos do Estado. Para compreender esse movimento o trabalho realizou estudo comparativo entre os modelos de cortes constitucionais e entre os debates teóricos sobre a atuação das cortes. A judicialização da política e o ativismo judicial serviram como base interpretativa das decisões do Supremo e a sua consequente autonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Instituições. Constituição. Supremo Tribunal Federal. Autonomia Institucional.

## ***ABSTRACT***

This thesis aimed to investigate the acts of the Supreme Court as an institution which plays an essential role in the Brazilian democratic life. The intensity with which this institution performs its important mission has not remained the same over the years. The current role and autonomy do not correspond to the secondary role played by the Supreme Court in the period of time before the Constitution of 1988. With a design composed by the constituent of 1987 after the end of military rule, the 1988 Constitution, as well as significant changes in the organization of the Brazilian society, allowed the expansion of democratic life in the country. Theorists who study such change confirm a movement towards a judicialization of politics in Brazil promoted by these conditions and by the Supreme Court, which impose a necessary inclusion in the political game between the representative branches of government. In order to understand this movement, a comparative study between the models of constitutional courts and between theoretical debates about the role of the courts was performed. The judicialization of politics and judicial activism served as interpretative basis for decisions of the Supreme and its consequent autonomy.

**KEY-WORDS:** Democracy. Institutions. Constitution. Federal Supreme Court. Institutional autonomy.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Comparativo dos três modelos de tribunal.....	111
Quadro 2	Modelo de tribunal constitucional existente no Brasil em comparação com o modelo estadunidense e com o modelo alemão.....	125

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 BREVE HISTÓRICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>15</b>
1.1 A colaboração do Supremo Tribunal Federal com a formação da República..	17
1.2 O Supremo Tribunal Federal e o federalismo.....	39
1.3 A Doutrina Brasileira do <i>Habeas Corpus</i> .....	41
1.4 O Supremo Tribunal Federal no período pós 1930.....	49
1.5 O Supremo Tribunal Federal após o golpe de 1964.....	60
<b>2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.</b>	<b>68</b>
<b>3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CONTRIBUIÇÕES DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE E DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS.....</b>	<b>100</b>
3.1 Teorias explicativas sobre o funcionamento das Cortes constitucionais.....	100
3.2 O modelo explicativo de John Ferejohn e de Pasquale Pasquino – a Corte constitucional como instituição deliberativa.....	101
3.3 Corte constitucional ou Suprema Corte?.....	111
3.4 Formas de controle de constitucionalidade.....	115
3.5 O Supremo Tribunal Federal nesse cenário comparativo.....	122
<b>4 OS ESTADOS UNIDOS E A ALEMANHA ORGANIZANDO O DEBATE SOBRE AS CORTES CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>127</b>
4.1 Ronald Dworkin entre o fórum de princípio e a leitura moral da constituição	128

4.2	John Hart Ely entre democracia e desconfiança.....	157
4.3	John Rawls e a Suprema Corte como modelo de razão pública.....	160
4.4	Habermas e os pressupostos comunicativos e procedimentais.....	164
4.5	Ingeborg Maus e o Tribunal Federal Constitucional alemão – monarca absoluto da constituição.....	170
<b>5</b>	<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA AUTONOMIA.....</b>	<b>177</b>
5.1	A judicialização da política e a democracia.....	179
5.2	O ativismo judicial.....	187
5.3	A judicialização da política e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....	192
5.4	A construção da autonomia do Supremo Tribunal Federal.....	198
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>210</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>220</b>
	ANEXO A – <i>Habeas Corpus</i> n. 410, Acórdão de 12 de agosto de 1893 .....	227
	ANEXO B – <i>Habeas Corpus</i> n. 410, Acórdão de 16 de agosto de 1893.....	228
	ANEXO C – Reclamação n. 4335/AC, Acórdão de 20 de março de 2014.....	232
	ANEXO D – ADI n. 3367/DF, Acórdão de 17 de março de 2006.....	234

## INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa e que nos motivou a empreender este estudo teve início com a exposição constante do Supremo Tribunal Federal na mídia e em artigos científicos. Fatos recentes como a Ação Penal n. 470, comumente chamada de mensalão, contribuíram enormemente para essa projeção do Tribunal na sociedade. Os ministros do Supremo passaram a estar diariamente nos jornais e telejornais, ocupando, muitas vezes, um tempo maior de exposição do que os demais poderes do Estado. Foi possível descobrir que o Supremo Tribunal Federal pode ser analisado por vários ângulos. Precisávamos, então, delimitar o nosso campo de pesquisa.

Através de um levantamento bibliográfico sobre o comportamento do Supremo, autores que pesquisaram a corte, antes de 1968 chegaram a afirmar que o Tribunal era uma instituição desconhecida da maioria dos brasileiros (BALEEIRO, 1968), o que nos mostra que a população não via a instituição como um órgão próximo de suas necessidades e pouco democrático. Identificação muito contrastante com a imagem do Tribunal, hoje, de uma instituição com grande poder e centralidade na vida democrática brasileira. Resolvemos, então, realizar inicialmente um levantamento histórico sobre o Supremo Tribunal, partindo de sua configuração, em 1891, até o advento da Constituição de 1988. Em seguida, considerando a elaboração da Constituição pela constituinte de 1987, pretendemos compreender que fatores influíram no perfil constitucional da instituição. O elemento escolhido para essa investigação é a autonomia do Tribunal que é um dos poderes do Estado. Desse modo, a pesquisa possui um viés teórico quando se investiga o que a literatura tem a dizer a esse respeito e também um viés prático, quando analisaremos algumas decisões do Tribunal, que possam corroborar nosso entendimento.

Nosso método de abordagem pretende ser hipotético-dedutivo, pois desenvolvemos algumas hipóteses para auxiliar nosso raciocínio. Todavia, não podemos dispensar Habermas (2012) quando propõe que a racionalidade deve se dispor a sofrer críticas e ter capacidade de se fundamentar. De forma que Habermas (2012, p.34), via prática comunicativa, parte por meio de recursos reflexivos, para discorrer sobre a racionalidade, assim:

Esse conceito de racionalidade comunicativa traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força

espontaneamente unitiva e geradora de consenso próprio à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital (2012, p. 35).

O caminho apontado por Habermas (2012) propõe uma forma de pesquisa reflexiva pela qual pretendemos desenvolver este trabalho. O método de procedimento que adotamos é o estudo comparativo realizado entre períodos pré-estabelecidos e teóricos alienígenas, que trazem ideias inovadoras para a nossa cultura.

O objetivo básico a ser desenvolvido nesta pesquisa trata-se da autonomia do Supremo Tribunal Federal e a problemática: qual é a autonomia do Supremo? Quem decide sobre ela afinal? O Congresso? O próprio Supremo? Ou o Executivo? Desse modo, essas questões nos remetem à tentativa de compreender e explicar em que essa autonomia implica para a sociedade e a democracia brasileiras.

A nossa hipótese básica é a de que existe uma grande diferença na autonomia do Supremo Tribunal Federal e o marco que estabelece esta diferença é a Constituição da República de 1988, resultado do desejo dos constituintes de 1987.

Objetivamos, especificamente, no desenvolvimento desta pesquisa, que busca compreender a autonomia cada vez mais evidente do Supremo Tribunal Federal, avançar sobre alguns tópicos indispensáveis para o desdobramento do objetivo geral, a saber: primeiramente conhecer a formação do Supremo Tribunal Federal como um dos poderes da República, buscando saber quais influências sofreu a Corte no desenho de seu perfil, como foi seu desempenho diante do regime adotado pela Constituição de 1891 de equilíbrio entre os três poderes do Estado, como as suas decisões podem ter contribuído para salvaguardar os direitos dos indivíduos, a própria Constituição e a democracia brasileira. E, a partir dessas variáveis, identificar a possibilidade de existência de uma corte autônoma. Nessa fase da pesquisa, autores que realizaram um registro histórico sobre as decisões e ações do Supremo Tribunal Federal surgem como indispensáveis.

Com o advento da Constituição de 1988, em um segundo momento desta pesquisa, pretendemos analisar os motivos que os constituintes apresentaram para conformar o Supremo ao seu perfil de guardião da Constituição de 1988, examinar as forças que influenciaram nessa arquitetura atual, especificar como a teoria tem tratado a atuação do Supremo, frente aos desafios de uma “constituição cidadã” ou de uma

“constituição dirigente”, verificar o comportamento dos demais poderes do Estado, diante de um Tribunal que se tornou um horizonte necessário da democracia brasileira. E, também, entender de que maneira as decisões do Supremo concretizam os direitos da sociedade, pela ótica jurídica, através de algumas ações que chegam à corte.

No capítulo três, pretendemos desenvolver um estudo comparativo entre os modelos de cortes constitucionais do mundo ocidental, que maior influência exerceram ou têm exercido na criação e no desempenho do Supremo Tribunal Federal. Nosso foco principal será a Suprema Corte dos Estados Unidos, que foi copiada pelo Brasil, na República, em 1891, e o Tribunal Federal Constitucional alemão, que vem exercendo maior influência atualmente. Em razão de a literatura apontar que o Supremo Tribunal possui uma forma híbrida de corte, este estudo nos será relevante para entender a posição do Supremo entre os demais poderes do Estado.

Em seguida, no quarto capítulo, procuraremos sintetizar o pensamento dos principais teóricos estadunidenses sobre o funcionamento da Suprema Corte, revisando essa literatura, tais como: Dworkin (2005/2006), Rawls (2011), Ely (2010), no intuito de verificar como têm sido tratados por esses autores as liberdades e os limites da Suprema Corte, seja diante da demanda pelo reconhecimento e proteção de direitos, seja pela sua inserção no jogo de forças políticas daquele país, que possam servir para configurar a autonomia daquela corte e de paradigma para o Brasil. Do mesmo modo e com os mesmos objetivos, escolhemos Habermas (2003) e Maus (2000) para analisarmos a atuação do Tribunal Federal Constitucional alemão.

No quinto capítulo, o nosso objetivo é entender como se desenvolveu o protagonismo judicial nas nações democráticas, fenômeno que ocorre em várias partes do mundo ocidental, e que vem sendo denominado de judicialização da política. De outro lado, o ativismo judicial, fenômeno muito discutido na literatura em virtude da sua dificuldade semântica. A partir desses dois fenômenos, trataremos de examinar a literatura brasileira sobre o assunto, e no campo prático, a análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal: a Reclamação 4.335/AC e a ADI 3.367, para iluminar o debate.

Estamos cientes de que esses tópicos, cada um de per si, seriam suficientes para desenvolver uma nova pesquisa, todavia, nosso objetivo foi obter somente argumentos que possam servir para demonstrar que o Supremo vem ampliando a sua autonomia e conformando um novo modelo de corte constitucional, quando realizarmos um estudo comparativo com as demais cortes.

Pretendemos demonstrar ainda que o protagonismo do Supremo Tribunal Federal é distinto do conceito de judicialização da política e de ativismo judicial e que ele possui uma conformação própria e peculiar no campo da teoria constitucional.

A nossa tese está vinculada à linha de pesquisa do programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais: cultura, democracia e instituições, no que interessa ao desvelamento da cultura política brasileira, à democracia e, de maneira especial, ao Supremo Tribunal Federal, instituição necessária a uma vida democrática entre nós. Com esse objetivo, a primeira parte da tese, os capítulos primeiro e segundo partem para o levantamento histórico sobre a atuação do Supremo, no intuito de conhecer sua autonomia e a sua colaboração com a República e a democracia brasileira. E, nos capítulos subsequentes, pretendemos realizar uma revisão bibliográfica, que nos permita um embasamento teórico com a finalidade de desvendar a atuação do Supremo Tribunal Federal nos dias atuais. Para percorrer esse caminho foi necessária a utilização de alguns autores vinculados à disciplina jurídica e a apresentação de determinados votos e decisões relevantes, para que pudessem nos auxiliar na demonstração de nossa hipótese.

Esperamos que o nosso trabalho possa contribuir com o aprofundamento da discussão teórica sobre o Supremo na democracia brasileira.

## 1 BREVE HISTÓRICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 1968, no Brasil, Aliomar Baleeiro publicou o livro *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*, no qual não deixa de enaltecer o respeito e a veneração por este Tribunal. Observou, ainda, que: “há espaço vazio e imenso entre acatamento e conhecimento. Conhecerá o povo seu Tribunal mais elevado, supremo por nome e definição?” (1968, p. 10). Dúvidas assombravam o autor, o qual reconhece que naqueles tempos, com exceção dos que lidam com o dia a dia da justiça e dos políticos, “o homem da rua, ainda quando relativamente educado, não forma nítida compreensão do papel que desempenha, no quadro de nossas instituições, uma Corte de Justiça, cujos contornos políticos, no mais nobre e grego sentido da palavra, a distinguem dos outros Tribunais” (1968, p. 11). Baleeiro salientou que também contribuía para esse desconhecimento “a escassa literatura sobre o Supremo Tribunal Federal, em contraste com a caudalosa bibliografia americana a respeito da Corte Suprema, dos Estados Unidos, sua história, seus juízes, seus dias de glória e suas horas de amargura” (1968, p. 11).

Será que o Supremo Tribunal, na contemporaneidade, ainda poderia ser chamado de “esse outro desconhecido?” (BALEEIRO, 1968). Seria o Supremo uma instituição ainda ignorada, vista com estranheza e distância pela população brasileira? Ou estaria o Tribunal sujeito a mudanças, sob o dinamismo impulsionante da História? Estaria o Supremo, ainda, modelando o Direito numa ação silenciosa e serena, sem fricções com o Congresso Nacional? Existe alguma teoria político-constitucional que poderia explicar a atual atuação do Supremo Tribunal Federal?

Não tendo a pretensão de exaurir o tema relativo ao desempenho das cortes constitucionais, interessa-nos o papel do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, intenciona-se, em um momento inicial, levantar a história sobre o papel político do Supremo, a independência de suas decisões, a sua vinculação aos ditames constitucionais, bem como os limites de sua competência. Inclui-se, ainda, neste estudo, um breve relato sobre o período pré-existente à sua criação, de maneira a permitir a compreensão sobre possíveis rupturas ou continuidades com as teorias explicativas sobre seu modelo de atuação no passado e a que ocorre no presente.

Para iniciar esta pesquisa, citamos, a seguir, registros sobre recentes argumentos proferidos por ministros da Corte e destacamos que não se trata de argumentos contidos em decisões processuais, mas apenas manifestações de suas opiniões feitas de forma

livre na imprensa. Este posicionamento dos ministros da corte, seja perante à mídia, à opinião pública ou aos demais poderes de Estado é denominado de “ativismo extrajudicial” (FERNANDES, 2012, p. 121-122), forma de qualificar as manifestações públicas de juízes para além de sua função típica, estimulando ou não, aprovando ou não, os comportamentos dos membros dos outros poderes do Estado, de cidadãos, ou ainda, quando realiza contatos políticos no intuito de influir na aprovação de textos normativos emanados pelos demais Poderes.

Em recentes entrevistas à mídia nacional, dois ministros que compõem a Corte comentaram sobre a forma contemporânea da atuação do Supremo Tribunal Federal em casos emblemáticos. O primeiro, Gilmar Mendes, no jornal Folha de São Paulo, em 13 de junho de 2013, em que faz a seguinte afirmação com relação ao projeto de lei no Senado, que inibe a criação de partidos políticos no Brasil, rebatendo críticas de que o Supremo teria interferido na atribuição de outros poderes, afirma:

A decisão da fidelidade partidária [...] foi uma *resposta ao mensalão*, porque havia troca de partidos mediante paga, como esta corte teve a oportunidade de verificar. Dizer que esta decisão é um exemplo de ativismo, diante do troca-troca que se colocava? Benfazejo ativismo esse. [...] Se há uma decisão digna deste tribunal é esta decisão (FOLHA, 2013, grifo nosso).

Luiz Roberto Barroso foi o segundo ministro que, em entrevista ao site UOL, publicada na Folha de São Paulo, em 22 dez. 2013, assumiu uma série de posicionamentos sobre vários assuntos que, de forma correlata, se aproximam da argumentação apresentada por Gilmar Mendes, antes referida. Destacamos os seguintes pontos: “decisão política tem que tomar quem tem voto. Agora, a inércia do Congresso traz riscos para a democracia. E proteger as regras da democracia é um papel do Supremo”. Em relação às manifestações de rua ocorridas em maio de 2013:

Nós perdemos aquela energia. Mas, a gente pra fazer andar a história, não precisa estar com o povo gritando, atrás. É preciso interpretar isso e fazê-la andar. De modo que isso foi o que disse no meu voto. Está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar (FOLHA/UOL, 2013).

Em matéria divulgada no *site* ConJur – Consultor Jurídico, o articulista Elton Bezerra (2013), em 13 dezembro de 2013, apresenta duas citações de Luiz Roberto Barroso referentes à ADI 4.650, cujo objeto é o sistema de financiamento de campanhas

políticas por pessoa jurídica; ao prolatar seu voto, o ministro confirma seu posicionamento sobre o papel do Supremo: “O modelo em si precisa ser transformado e cabe ao STF empurrar a história nesse sentido” e, ainda, “às vezes é preciso uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague desta possibilidade, pois as vanguardas são perigosas quando se tornam pretensiosas” (BARROSO, 2013).

O papel do Supremo Tribunal Federal exercido, desde o seu início com a promulgação da Primeira Constituição da República brasileira em 1891, passando pelo rótulo a ele atribuído por Aliomar Baleeiro – esse outro desconhecido, até os dias atuais, pós Constituição de 1988 – qualificado como ativista, nos indica que o Tribunal sofreu uma profunda mudança. O que ocorreu na história do Supremo que pode ter provocado essa alteração no comportamento da corte? Quais as influências políticas sofridas pelo STF durante seu percurso institucional? Como a corte reagiu às pressões externas impostas pelos governos autoritários? Ficou submetida aos desígnios de seus ministros, permaneceu fiel às suas Constituições, viu-se submetida às influências de teorias externas?

Em virtude deste trabalho se voltar para a investigação sobre o comportamento autônomo do Supremo brasileiro na atualidade, é indispensável buscarmos o seu passado, realizando, para tanto, uma ligeira revisão bibliográfica sobre o seu *modus operandi* em estudos que se destinam ao retrato sobre seus vários momentos mais marcantes.

### **1.1 A Colaboração do STF com a formação da República**

No ano de 1808, foi criada por D. João VI, a Casa da Suplicação do Brasil, o primeiro Tribunal de cúpula do país que exerceu o papel de “disciplina e revisão sobre os Tribunais locais das Capitanias, unificando a interpretação do Direito”; seus magistrados eram de origem portuguesa e em terras lusitanas tinham se formado (BALEIRO, p. 1968, p. 17). A Casa de Suplicação do Brasil foi criada pelo Príncipe Regente D. João, por Alvará Régio, de 10/05/1808, sediada no Rio de Janeiro e com competência semelhante à Casa da Suplicação de Lisboa (MELLO, 2012). Celso de Mello (2012) discorre sobre o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, localizando-o no percurso de dois séculos necessários para a instalação da justiça brasileira:

**Os órgãos de cúpula** da Justiça no Brasil, **em ordem sucessiva**, considerada a sua precedência histórica, foram **(1) a Casa da Suplicação do Brasil** (instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10/5/1808), **(2) o Supremo Tribunal de Justiça** (Império) e **(3) o Supremo Tribunal Federal** (República). **Esses órgãos de cúpula**, ao longo de nosso processo histórico, **desde** a fase colonial (Casa de Suplicação do Brasil), **passando** pelo regime monárquico (Supremo Tribunal de Justiça) **e chegando** à República (Supremo Tribunal Federal), **abrangem** um período de 203 anos (10/5/1808 **até o presente ano** de 2011) (MELLO, 2012, p. 9-10, grifos do autor).

Com a criação desse mais elevado Tribunal de Justiça, o reino português instalado no Brasil passou a contar com dois Tribunais de última e superior instância, porém com jurisdições distintas; um estabelecido em Lisboa, cidade ocupada pelos ingleses e o outro na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro. Em 16 de dezembro de 1815, com uma Carta de Lei, o Estado do Brasil se elevou a Reino do Brasil – Reino Unido de Portugal, e do Brasil e Algarves, afetando diretamente a organização judiciária da antiga colônia, de modo que passou a “Casa da Suplicação do Brasil, a ser de fato e de direito a Casa da Suplicação do novo reino do Brasil” (MATHIAS, 2009, p. 95).

A Constituição outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, dá origem ao órgão máximo da Justiça no Brasil, instituindo-o em seu art. 163:

Na Capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas mais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça, - composto de juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o Título do Conselho [...] (BRASIL, 1824).

O art. 164 estabelecia as competências desse Tribunal Supremo, órgão de cúpula da Justiça brasileira: revisão de causas, revisão dos erros dos agentes públicos (foro especial) e decisão de conflitos de jurisdição. Os Tribunais de Relação, por sua vez, se distribuía por quatro Províncias: Bahia, Maranhão, Pernambuco e Rio de Janeiro, e seriam correspondentes aos atuais Tribunais dos Estados.

A Constituição do Império procurou dar independência à Justiça, tendo o art. 151, disposto que “o Poder Judicial é independente, e será composto por Juizes, e jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime, nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem” (BRASIL, 1824). Pimenta Bueno (1978), analisando a

Constituição de 1824 (apud MATHIAS, 2009, p. 135) desenha os limites de atuação desses magistrados:

a independência da autoridade judiciária do magistrado assiste na faculdade que este tem, e que necessariamente deve ter, de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscienciosamente entende, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça, a inspiração do seu dever sagrado. Sem o desejo de agradar, de desagradar, sem esperanças, sem temor algum (apud MATHIAS, 2009, p. 135).

Em relação à atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário no Império, deve ser ressaltado que a Casa da Suplicação do Brasil manteve sua existência, mesmo após a outorga da Constituição de 1824; pois apesar da previsão de instituição do Supremo Tribunal de Justiça na Carta outorgada, esse, na realidade, só foi criado em 1828, por Lei Imperial, tendo sua instalação de pleno direito ocorrido em 09 de janeiro de 1829. Entretanto, funcionou apenas quatro anos, até 1833, quando se restabeleceu o antigo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (MELLO, 2012).

Narra Baleeiro (1968) que com o estabelecimento da República, o Supremo Tribunal Federal, em sua primeira fase, teve seu espírito obstruído pela sua composição feita com magistrados da velha Corte Judiciária do Império, em virtude de aproveitamento e de economia. Todavia, esse aproveitamento teve efeitos negativos em razão da idade avançada e do conservadorismo daqueles magistrados. Baleeiro (1968) afirma que a estes pareceria “revolucionário [...] a ideia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes eficácia no caso concreto trazido ao seu julgamento ou anulando atos do Legislativo e do Executivo” (BALEEIRO, 1968, p. 19).

A *intelligentzia* brasileira já recebia nesse momento influências indiretas das instituições norte-americanas, inclusive através de estudos franceses. A obra estadunidense, o Federalista, já havia sido traduzida no Brasil, desde 1840. Baleeiro (1968) destaca a incumbência de Salvador de Mendonça e de Lafayette Rodrigues Pereira, que partiram em viagem oficial aos Estados Unidos, a fim de realizarem um minucioso estudo sobre a organização da Corte Suprema, sob orientação de Pedro II, já antecipando a crise que o levaria a ser deposto quatro meses após (1968, p. 19-20).

Lêda Boechat Rodrigues (1965) salienta a mesma importância concedida àquela missão, reafirmando que, no nascimento do Supremo Tribunal Federal, a gênese de seu funcionamento estava enraizada na Corte dos Estados Unidos. Segundo a autora, essas

foram as palavras de D. Pedro II aos que iriam cumprir a missão oficial nos Estados Unidos:

Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria melhor. Deem toda a atenção a este ponto (RODRIGUES, 1965, p. 1).

A criação do Supremo Tribunal Federal foi, nessa perspectiva, idealizada tendo como alvo o modelo estadunidense, de origem anglo-saxã, no qual a consolidação dos precedentes se baseia em decisões judiciais segundo usos e costumes. Contudo, a Constituição e o Supremo Tribunal brasileiros foram implantados em um país de tradição romana, *civil law*. Contribuição importante para a formação do Supremo foi a influência de Rui Barbosa, que possuía larga experiência na tradição anglo-saxã, *common law*, pois advogou por determinado período na Inglaterra. Atuando no Brasil em muitas causas junto ao Supremo Tribunal procurou Rui Barbosa, modelá-lo à maneira da Suprema Corte dos Estados Unidos. A presença de Rui Barbosa foi destacada por Oscar Dias Corrêa (1987) ao descrever a atuação do advogado e senador na sessão da Corte, em 1892. É importante notar o realce dado por Rui sobre a missão do Supremo (BARBOSA apud CORRÊA, 1987, 5-6), pois nela já é possível demonstrar uma alteração significativa do papel esperado para a Corte após o advento da República:

O sopro, a que a República vos evocou, a fórmula da vossa missão, repercute a tradição grega, divinamente prolongada através de nossa experiência política: “Eu instituo este tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do sono de todos e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante”.

Formulando para nossa pátria o pacto da reorganização nacional, sabíamos que os povos que não amam as suas constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometem, mas que as constituições, entregues, como ficam, ao arbítrio dos parlamentos e à ambição dos governos, bem frágil anteparo oferecem a essas liberdades, e acabam sempre, e quase sempre se desmoralizam pelas invasões graduais ou violentas, do poder que representa a legislação e do poder que representa a força. Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso, *fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição*, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica,

pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão do Estado, resumimos-lhe a função específica nesta ideia. Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nós concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se, pelo contrário, se coagular, morta no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida (grifo nosso).

Percebe-se, no texto acima, pela visão e pelo desejo de Rui Barbosa, que a atuação do Supremo Tribunal Federal deveria ser conduzida como a instituição, como um lugar sagrado a guardar a Constituição, com capacidade para frear os abusos do Estado e as vontades do Parlamento contra as liberdades individuais. Portanto, para esse empreendimento seria necessário um Tribunal independente, com poder suficientemente forte para conter os dois outros poderes do Estado. Caberia ao Tribunal, conforme pretendia Rui, colocar-se como um poder supremo que pudesse salvar a República recém-criada.

Dois Decretos delimitaram a fundação da corte. Primeiro, o Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, nos artigos 54, 55 e 58 da Constituição Provisória da República, que tornou a instituição integrante do Poder Judiciário. Em seguida, veio o Decreto n. 848, do Governo Provisório, de 11 de dezembro de 1890, que organizou a Justiça Federal. Na redação da exposição de motivos deste Decreto, o ministro Campos Sales (BALEEIRO, 1968, p. 20) também propugnava sobre um papel mais ousado de atuação da magistratura federal, destacando a previsão do controle de constitucionalidade, que até então era inovador para o país. Campos Sales, segundo Baleeiro (1968, p. 20), concebeu o Supremo Tribunal Federal, como um “poder soberano”:

o Judiciário Federal ‘não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrária à lei orgânica [...] Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em *poder soberano* apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros Poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão [...] ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo (grifo nosso).

A possibilidade de o Tribunal realizar o controle de constitucionalidade e, através desse ato, poder dar ou recusar aplicação à lei ou a um ato do Executivo, representou uma mudança na tradição jurídica, até então adotada no país, que serviu para possibilitar à Corte se descolar da certeza, que antes apresentava o texto elaborado pelo órgão legislativo ou os atos normativos do Executivo. A expectativa depositada no Supremo Tribunal Federal como corte constitucional guardiã dos valores da liberdade individual garantidos na Constituição contra os arbítrios do Executivo e do Legislativo era o desejo de Rui Barbosa.

Um levantamento rigoroso sobre as questões relevantes que chegaram ao Supremo, desde sua criação até 1963, foi feito por Lêda Boechat Rodrigues (1965). A partir dos casos apresentados pela autora, pretendemos iniciar essa parte da pesquisa. Lêda Boechat Rodrigues (1965) destacou que à Corte brasileira foi dado o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, tal como a Suprema Corte estadunidense:

Proclamada a República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, copiando em grande parte o sistema americano de governo, copiou também em certos pontos a Corte Suprema dos Estados Unidos e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis (RODRIGUES, 1965, p. 1).

À época já se falava sobre a função política do Supremo como o último intérprete da Constituição e coube a Rui Barbosa, em 1893, a sustentação na corte, do primeiro caso de inconstitucionalidade das leis (RODRIGUES, 1965, p. 2). Três anos após esse julgamento, em 1896, a corte analisou a segunda ação de inconstitucionalidade. Situação bem diversa foi vivida pela corte estadunidense, o primeiro caso julgado de inconstitucionalidade data de 1803, *Madison v. Marbury*; o segundo se deu cinquenta e quatro anos depois, caso *Dred Scott, 1857* (RODRIGUES, 1965, p. 2).

O Supremo no alvorecer da República também se ressentia de possíveis intromissões do Executivo e do Legislativo em suas decisões e independência, tal como ocorrido com a Suprema Corte dos Estados Unidos (RODRIGUES, 1965, p. 3). Desse modo, os constituintes brasileiros previamente delimitaram a competência do Tribunal e fixaram o número de juízes em quinze membros, no intuito de impedir ingerências dos outros poderes (RODRIGUES, 1965, p. 3). Todavia, esses limites, mesmo estando expressos na Constituição, desde a de 1891, não tiveram força suficiente, por si sós,

para impedirem interferências de outros poderes no Tribunal que, em vários momentos, desde sua instituição, sofreu pressões políticas, bem como perseguições da imprensa escrita (RODRIGUES, 1965, p. 3).

Registra Lêda Boechat Rodrigues (1965) que quando o Supremo, em 1893, declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, de 7 de março de 1891, “Aristides Lobo, líder governista, escreveu que o Tribunal incorrera em crime de abuso de autoridade e precisava responder pelo mesmo perante o Senado” (1965, p. 3). A decisão do Tribunal despertou a ira do Marechal de Ferro – Floriano Peixoto, que determinou que não fossem providas as vagas dos ministros que se desligavam do Supremo, de modo que o Supremo ficou meses sem funcionar (RODRIGUES, 1965, p. 3). Para Rodrigues (1965, p. 6), os anos iniciais do Supremo foram exemplares para a formação da instituição e das liberdades, sendo certo que, em sua opinião, sem a atuação de seus ministros, a democracia brasileira seria mais defeituosa:

As crises veem e vão, mas a instituição permanece. Estes oito primeiros anos de vida do Supremo Tribunal Federal são extremamente importantes na história da preservação das liberdades civis no Brasil, e para a definição das liberdades de palavra e de reunião, muito antes que a Corte Suprema dos Estados Unidos enfrentasse esse problema (RODRIGUES, 1965, p. 6).

Analisando os casos que suscitaram a impetração de *habeas corpus*<sup>1</sup> no Supremo Tribunal Federal em razão de estado de sítio, Rodrigues (1965) passa a descrever as pressões sofridas pelo STF e o desrespeito às suas decisões. Floriano Peixoto, em 1892, inicia a derrubada dos governadores estaduais que apoiaram o golpe de Deodoro. O Supremo se manifesta sobre a deposição do governador do Ceará e declara-se incompetente por se tratar a matéria de questão estadual (RODRIGUES, 1965, p. 15-16). O mesmo argumento de incompetência da corte se deu na consulta sobre a “deposição do governador do Estado do Maranhão, alegando ser a matéria de natureza meramente estadual” (COSTA, 2006, p. 29). Ato contínuo à deposição dos governadores foi o desrespeito às garantias individuais. Ao chamado manifesto dos 13 generais, em 31 de março de 1892, seguiu-se por decreto a reforma dos signatários, tendo essas reações distintas: uns apoiaram o Poder constituído, outros alegaram que

---

<sup>1</sup> *Habeas Corpus* – primeiro remédio a integrar as conquistas liberais (SILVA, 2002, p. 443). Na Magna Carta de 1215 na Inglaterra já consta sua presença. No início vinculava-se não à ideia de liberdade de locomoção, mas ao *due process os law*. A Constituição da República brasileira de 1891, no art. 72, § 22, trouxe previsão expressa do instituto. Teve seu uso ampliado através da “doutrina brasileira do Habeas Corpus”, como remédio para a tutela dos direitos subjetivos de qualquer natureza (SILVA, 2002, p. 443).

não estavam hostis ao governo e, outros declararam, como “Marechal Almeida Barreto, que os atos de 7 de abril eram inconstitucionais e iriam recorrer ao Poder Judiciário” (RODRIGUES, 1965, p. 17). Rui Barbosa, em seu próprio nome, no de outros oficiais reformados e de dois professores do ensino superior, propôs ações contra o governo (RODRIGUES, 1965, p. 17).

Manifestações no dia 10 de abril de 1892, dissolvidas por forças do exército, motivaram a decretação do estado de sítio por 72 horas, com suspensão das garantias constitucionais. Salienta Lêda B. Rodrigues (1965) que mesmo antes do decreto e ainda depois dele “Floriano mandou efetuar numerosas prisões e desterrou vários presos [...], entre marechais, generais, senadores, deputados, jornalistas e oficiais do exército” (1965, p. 18). Podemos antever que a República se encontrava ameaçada e dependente de um poder que a pudesse sustentar.

Lêda B. Rodrigues (1965) afirma que esses atos: prisões, sítio e desterros ensejaram “um julgamento estrondoso pelo Supremo” (1965, p. 18). Atuou Rui Barbosa na defesa daqueles presos e desterrados, a nosso ver, de modo semelhante a um advogado público, já que agia em defesa das liberdades civis, como disse Rodrigues: “espontaneamente, sem procuração” (1965, p. 18), impetrando *habeas corpus* no Supremo. Respondendo às intimidações feitas pela imprensa governista, esta que desaprovava o remédio<sup>2</sup> que foi interposto, Rui Barbosa declarou pela imprensa, no jornal *O País*, que “a medida interessava, mais que aos pacientes atuais, ao país inteiro; ao suscitá-la, obedecera ao ‘dever de cidadão, de advogado, de republicano, de coautor da Constituição, revogada pelos sofismas políticos’” (RODRIGUES, 1965, p. 18).

A participação jurídico-política de Rui Barbosa no Supremo foi fundamental, pois sua precisão técnica acabava por dar armas à Corte para que essa pudesse encontrar base argumentativa para fortalecer seu próprio poder e, conseqüentemente, intencionalmente ou não, a própria República fosse conquistando, mesmo que de forma diminuta, um espaço institucional. Levando em conta que o país possuía um elevado número de analfabetos e um baixo número daqueles que dominavam a arte jurídica, a coragem para enfrentar o autoritarismo militar precisava ser grande; nesse ponto

---

<sup>2</sup> O termo “remédio” tem sido usado na doutrina e na jurisprudência para várias garantias individuais: direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, como “*remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses processuais” (SILVA, 2002, p. 440). Paciente é a pessoa beneficiada pelo remédio.

defendemos que o papel de Rui Barbosa na formação da República brasileira foi fundamental.

As pressões e as intimidações contra o Supremo Tribunal Federal por parte da imprensa governista não cessavam e ao Marechal de Ferro foi atribuída a seguinte frase tanto repressiva quanto ameaçadora: “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez necessitarão” (RODRIGUES, 1965, p. 19). A independência da corte estava ameaçada diretamente pelo Executivo.

Entendemos que o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal se fortalecia quando seus ministros julgavam os *habeas corpus* impetrados, deliberando em sentido favorável ao paciente. Isto em razão do duplo sentido que resultava a concessão da ordem, porque tanto as garantias civis de liberdade se viam protegidas de arbítrios e desmandos, quanto se desfaziam tais atos de vontade tomados discricionariamente pelo Poder constituído. É nesse sentido que vemos que a cada *habeas corpus* concedido, mais fortalecido se tornava o Supremo como um poder e mais forte poderia se tornar a República brasileira.

Na audiência de julgamento do *habeas corpus* n. 300, a favor dos presos e desterrados em virtude do estado de sítio decretado por 72 horas por Floriano, acorreram várias pessoas à corte. Lêda B. Rodrigues (1965) enumera-as: “Na sala de sessões, repleta, viam-se grandes advogados, senadores, deputados, generais, jornalistas, negociantes, e o povo” (1965, p. 19). Após a leitura da peça de defesa pelo relator, foi dada a palavra a Rui Barbosa para fazer a sustentação oral, conforme narra Rodrigues (1965):

Custava-lhe, dizia, “dominar o respeito, quase supersticioso” com que se acercava daquele Tribunal, “o oráculo da nova Constituição, a encarnação viva das instituições federais”. “Nós, prosseguia, “os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo da lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda de sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão de Estado, resumimos-lhe a função específica nesta ideia” (apud RODRIGUES, 1965, p. 21).

Independentemente da persuasiva argumentação de Rui Barbosa no Tribunal, o acórdão emitido pelo Supremo naquele *habeas corpus* de n. 300 decidiu contra os pacientes e a favor do presidente. Mesmo assim, “a animosidade desse contra o

Supremo cresceu a partir de então” (COSTA, 2006, p. 31). Destaca-se fragmento do acórdão citado por Lêda Boechat Rodrigues (1965), por ela considerado como sucinto, no qual a decisão apresentava:

como razão de decidir a incompetência do Poder Judicial para apreciar, antes do juízo político do Congresso, o uso que fizera o Presidente da República da atribuição constitucional de declarar o estado de sítio no recesso do Congresso Nacional; não era ‘da índole do S.T.F. envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo’; ‘ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República (apud RODRIGUES, 1965, p. 22).

Esta decisão demonstra que os ministros tiveram uma atuação considerada como de autocontenção e de interpretação rígida do equilíbrio entre os Poderes de Estado, de modo que, apesar da decisão contida da Corte, nesse período conturbado de seus anos iniciais, o Supremo Tribunal Federal, diante do autoritarismo do Presidente e da revolta deste contra o Tribunal, pode servir para nos mostrar que as intimidações parecem indicar, na verdade, a percepção da potencial ameaça que a Corte brasileira começava a representar para o Poder Executivo, e ainda que a consideremos extremamente tímida, ela já podia ser percebida como uma força em estado latente.

Essa é a grande virada ocorrida com a República. Poderíamos afirmar que de um lado se inicia no Brasil, mesmo que timidamente uma tentativa de construção nacional e de formação de uma identidade brasileira, promovida pelo direito, ou seja, pela interpretação da Constituição feita pelo Supremo e de outro lado, pelo jogo de forças em constante desequilíbrio entre os poderes de Estado. O regime republicano recém-nascido vivia com os excessos de quem estava no Poder, entretanto, começava a contar com uma nova força, surpreendentemente legítima para o país, que tentava barrar, mesmo que debilmente, mas pela primeira vez em nossa história, os desmandos do Executivo. Veremos que essa luta do Supremo que, em sua grande maioria, a instituição saiu perdedora, tendo momentos de quase inexistência, irá durar mais de um século, mais precisamente, até a promulgação da Constituição de 1988, mas que, todavia, pode servir como chave explicativa para a existência da República e do poder do Supremo nos moldes atuais.

Mesmo que consideremos que a história republicana brasileira, antes de 1968, não tenha se caracterizado por buscar no Direito um fundamento para a vida política e

social, também não podemos afirmar veementemente que os conflitos políticos, econômicos e sociais tenham se resolvido exclusivamente pelo poder político. A Constituição de 1988, isso é inegável, representa um marco político-jurídico inovador de solução para os conflitos sociais, políticos e econômicos no Brasil de grande amplitude. Entretanto, entendemos que a República brasileira não nasceu em 1988 e, sim, que veio, com muita luta, trilhando um caminho que culminou na Carta, tendo no Supremo, na verdade, um poder de força, poder este em vias de ameaçar a estabilidade do Executivo, já que o Poder Legislativo, na maioria das vezes, posicionou-se de forma apática no jogo do poder.

A sociedade brasileira que nos anos iniciais da República era analfabeta, em sua maioria, não poderia perceber na Justiça um poder aliado favorável à sua organização; mesmo assim, o Supremo, desempenhando um papel secundário para a população e no jogo político, em nenhum momento deixou de tentar se imiscuir neste, pois em seus primeiros momentos pôde consolidar os direitos individuais de cunho liberal, de matriz estadunidense, criando jurisprudências que se expandiram no tempo.

Assim, podemos ver a atuação do Supremo no acórdão do *habeas corpus* n. 300, que contou com um único voto divergente proferido pelo ministro Pisa e Almeida. Rui Barbosa, em artigo publicado no jornal *O País*, sai em defesa do ministro, enaltecendo o voto. A argumentação de Rui nesse jornal foi destacada por Rodrigues (1965) e serve para demonstrar a visão que ele possuía sobre o embate entre o Executivo desobediente à Constituição e o papel fundamental do Supremo frente aquele que desprezava o direito. Rui Barbosa incitava a Corte a não ceder à força e a ela reagir através da realização da justiça, força maior. Vejamos:

A autoridade da justiça é moral [...] e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela. De um lado o presidente, com o exército; de outro, a magistratura com a Constituição. Pois esta potência inerme pode mais que todas as armas daquela. Quando a justiça dispõe de menos elementos materiais de obediência, para se impor, quando ela se vê solitária entre a sociedade degradada e o governo insurgido, precisamente então é que mais sublime e *mais necessário* é o seu papel. O juiz não pode compreender assim, em crises tais, a vocação do seu mandato, que não se sentir mais forte, quando for mais fraco, e que nessa fraqueza do direito desprezado não souber achar as vibrações da sua energia sagrada, fará política, inspirado talvez em moveis do mais alto e

desinteressado patriotismo, - fará política; mas não exerce justiça (apud RODRIGUES, 1965, p. 24).

Criticando o acórdão do Supremo, Epitácio Pessoa, em sessão na Câmara afirmou que “a doutrina por ele adotada ‘desvirtua a letra e o espírito da Constituição, a qual dá ao Poder Executivo, não a atribuição de decretar prisões dentro de estado de sítio, mas a atribuição de realizar efetivamente essas prisões” (apud RODRIGUES, 1965, p. 27). Ainda, na Câmara, Leovigildo Filgueiras afirmou:

O Poder Judiciário federal, pois, como nós o instituímos, é um poder político, como o Legislativo e o Executivo, e organizado especialmente para solucionar os conflitos entre os outros dois e restaurar a Constituição quando violada por qualquer deles, com relação aos direitos por ela garantidos aos cidadãos (apud RODRIGUES, 1965, p. 27).

Essa última opinião que foi relatada por Lêda Boechat Rodrigues (1965) apresenta pontos importantes. Leovigildo Filgueiras viu no Supremo um poder político em nada diferente ou inferior ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, o que nos remete à harmonia entre os três poderes que à época se almejava; porém, defendia uma ideia que podemos interpretar como mais avançada, quando sustentou que a corte poderia intervir entre os poderes e nos dois outros poderes, quando estes violarem a Constituição e os direitos garantidos aos cidadãos, de maneira que assim poderíamos ver que por essa visão o Tribunal possuiria um poder superior aos demais.

Em fatos vinculados à revolução federalista, nascida no Rio Grande do Sul, em fevereiro de 1893, novos julgamentos de grande repercussão provocaram o Supremo, que contou outra vez com a mediação de Rui Barbosa (RODRIGUES, 1965, p. 28). Desse evento, restaram presos o Almirante reformado e Senador Wandenkolk, outros civis, o imediato do navio mercante Júpiter e Huet Bacelar, capitão de fragata reformado, e de Antão Correia da Silva. Rui Barbosa passa a escrever vários artigos no Jornal do Brasil em defesa de Wandenkolk e seus argumentos tiveram reflexos não apenas na imprensa, mas no Supremo e no Senado. Registra Lêda Boechat Rodrigues (1965, p. 29) que Rui encaminhou um requerimento ao Senado, pedindo que este órgão solicitasse “ao Governo informações, primeiro, sobre quais os motivos por que estava preso, sem prévia autorização da Câmara, o senador Wandenkolk” (apud RODRIGUES, 1965, 29), fato que comprovava o arbítrio do Executivo que foi de encontro à garantia constitucional de imunidade parlamentar, e a segunda informação era sobre a

incomunicabilidade do senador. Com descaso à garantia de imunidade parlamentar, o próprio Senado por 24 votos contra 17 “decidiu não ser imprescindível examinar as condições da prisão imediatamente após ela” (RODRIGUES, 1965, p. 29). Este fato fez Rui publicar outros artigos no Jornal do Brasil, dentre eles, destaca Lêda B. Rodrigues (1965, p. 30), o que mostra seu desânimo com o Parlamento: “gasta de todo a esperança no congresso, que perdeu a sensibilidade constitucional”.

O governo escolheu para julgamento do senador Wandenkolk o foro militar. Fato que fez Rui Barbosa escrever outro artigo no Jornal do Brasil, indagando se a imunidade parlamentar prevista no art. 20 da Constituição de 1891<sup>3</sup>, estaria garantida apenas aos membros civis do Congresso, ou como, em sua opinião, “abrangia tantos os senadores ou deputados militares, como os paisanos” (apud RODRIGUES, 1965, p. 30). De acordo com Lêda Boechat Rodrigues (1965), citando Rui Barbosa:

Perante as imunidades parlamentares não havia militares ou paisanos: havia apenas representantes da Nação. “Paisano ou militar, o deputado ou senador é submetido, em virtude da imunidade parlamentar, ao foro comum”. E, por via de consequência, todos os coacusados, os corresponsáveis, teriam também de ser julgados pelos tribunais ordinários, visto que o processo era um só, como o crime, e só uma havia de ser a jurisdição, como o processo (apud RODRIGUES, 1965, p. 30).

Novamente, sem procuração dos pacientes, Rui Barbosa impetra *habeas corpus* no Supremo: “a favor do primeiro piloto do Júpiter, David Ben Óbill e outros, num total de 48 pessoas, alegando que os mesmos se encontravam ilegalmente presos por ordem do Presidente da República ‘e sumidos em fortalezas’” (RODRIGUES, 1965, p. 30). Desta vez, o Supremo por 7 votos contra 3 reconheceu sua competência para conhecer da causa e “mandou ordem aos comandantes das fortalezas, por intermédio do Ministério da Guerra para apresentarem os 48 presos ao Tribunal em sessão de 9 de agosto” (RODRIGUES, 1965, p. 31).

No dia marcado, porém, descumprindo a ordem encaminhada ao Ministério da Guerra, não compareceram os presos e Rui Barbosa obteve do Supremo que este deliberasse sobre o *habeas corpus* mesmo na ausência dos presos. Nessa audiência, a

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição de 1891. Art. 20. Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo no caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até a pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

atuação de Rui Barbosa foi destacada, tendo as discussões perdurado até à noite. Ao fim, a Corte, mesmo sem contar com a presença dos presos, decidiu contrária à prisão realizada pelo Presidente, considerou-a ilegal, e concedeu “a ordem de soltura em favor dos detidos, visto ser ilegal a conservação da prisão em que se acham” (RODRIGUES, 1965, p. 32).

A concessão do *habeas corpus*, afirmou Rui Barbosa na imprensa, representava mais que a concessão da liberdade aos detidos do Júpiter: “era ‘mais, muito mais, infinitamente mais’. Era ‘a magna carta da liberdade individual no Brasil contra as invasões progressivas da tirania militar” (apud RODRIGUES, 1965, p. 33). E, ainda, representa mais porque esse esforço contínuo de Rui Barbosa na consolidação da República e da ordem constitucional o caracteriza como a personagem da vitalidade e do ânimo na crença das liberdades civis que possibilitaram a estruturação do Supremo Tribunal Federal como uma instituição com possibilidades de contribuir mesmo que debilmente com a emergência do público. A lição de Carvalho e Vianna (2000) sobre pensar a República como resultado ressalta a importância da *anima* da personagem:

República, por isso mesmo, é um processo cujo curso somente pode ter sequência a partir da iniciativa de atores que exerçam a representação institucional e extra-parlamentar dos diferentes grupos e interesses envolvidos nas disputas sobre recursos e valores na vida social (CARVALHO e VIANNA, 2000, p. 141).

Os pacientes do *habeas corpus* foram postos em liberdade contra a vontade do Presidente. Lêda Boechat Rodrigues (1965), entretanto, salienta que ao Presidente foram apresentados argumentos mais convincentes do acórdão proferido pelo Tribunal: “e um desses (está claro que não o menos eficaz) teria sido o anúncio de uma nota coletiva dos ministros da Espanha, Alemanha e Estados Unidos e outros, cujos concidadãos figuravam entre os protegidos pelo *habeas corpus*” (1965, p. 34), de acordo com o comentário de *Le Brésil Republicain* (RODRIGUES, 1965, p. 34).

O delicado equilíbrio entre os poderes foi posto novamente à prova, tanto a decisão do Supremo provocou o Executivo, quanto a afirmação de seu próprio poder como órgão político não foi facilmente aceita, de maneira que a soltura dos pacientes irritou profundamente o Presidente, que manifestou de modo impetuoso, através de um Aviso ao Ministro da Guerra, Antônio Enéias Galvão, para que dirigisse um ofício ao Supremo. Nele o Presidente afirmou que só havia soltado os presos, porque assim dava “mais uma prova de consideração ao órgão superior da Justiça Federal” (apud

RODRIGUES, 1965, p. 34). Todavia, acusou no ofício a Corte de proferir uma sentença não fundamentada (RODRIGUES, 1965, p. 34).

Narra Lêda Boechat Rodrigues (1965) que, recebido esse ofício, o Presidente do Supremo Freitas Henriques, ao fim da sessão de 16 de agosto de 1893, comunicou aos ministros os fatos, que a seu ver:

denotavam uma intenção inconcebível de avassalamento do Tribunal ao Poder Executivo, e uma manifestação de quebra da harmonia que deve haver entre os poderes executivo e judiciário, não sendo nenhum superior ao outro e antes igualmente independentes (apud RODRIGUES, 1965, p. 35).

Esse caso mostra claramente o conflito existente entre os poderes e a tentativa do Supremo, através do julgamento de um *habeas corpus*, colocar-se como uma instituição com força suficiente para tentar conter os desmandos do Executivo. Narra Lêda Boechat Rodrigues (1965) que ocorreram diversas discussões entre os ministros do Tribunal sobre uma possível resposta ao ofício do Presidente. Ao final, ficou decidido que o Tribunal não tomaria conhecimento do ofício (RODRIGUES, 1965, p. 35).

Em 12 de agosto de 1893<sup>4</sup>, o Supremo concedeu *habeas corpus* requerido por Rui Barbosa a favor do imediato do Júpiter, requerendo ao Governo a sua apresentação na sessão do dia 16 de agosto, e informações sobre o motivo da prisão. O governo não cumpriu nenhum dos requerimentos. No mesmo dia 16 de agosto, o Supremo concedeu o *habeas corpus* n. 410, cujo acórdão<sup>5</sup> considerava que “a prisão militar e a incompetência do foro onde ele respondia constituíam constrangimento ilegal e tinha, portanto, cabimento o *habeas corpus*” (RODRIGUES, 1965, p. 37). Esse *habeas corpus* é de suma importância na história do Supremo Tribunal Federal e para o constitucionalismo brasileiro, pois nele, pela primeira vez, o Tribunal manifestou sobre o seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e decretos.

A decisão do Supremo nesse *habeas corpus* o coloca como um poder emergente e em evidência perante o Executivo e demonstra, ainda, que a Corte passava a atuar com maior autonomia, influenciada pelo liberalismo defendido por Rui Barbosa. De todo o modo, o Executivo mostrou que se ressentia muito diante dessa tentativa de maior independência da Corte, pois o Tribunal pôde “afirmar, nessas e outras situações que se seguiram, a adequação do foro civil para crimes políticos, em consonância com a

---

<sup>4</sup> Anexo A. *Habeas Corpus* n. 410, Acórdão de 12 de agosto de 1893.

<sup>5</sup> Anexo B. *Habeas Corpus* n. 410, Acórdão de 16 de agosto de 1893.

tradição liberal que animava seus membros, o STF entrou em rota de colisão com o Executivo” (LEMOS, 2006, p. 5).

A essa inédita atuação do Supremo Tribunal concedendo *habeas corpus* contra as ordens arbitrárias do Executivo e a manifestação da Corte sobre o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, Haroldo Valladão (1980) denomina de judicialismo republicano; para ele: “a realização máxima da República, 1890 a 1930, foi o Judicialismo, sobrepujando o próprio Federalismo, pois coube ao primeiro assegurar a existência do segundo” (VALLADÃO, 1980, p. 2).

Várias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1894, entretanto, não foram cumpridas, a exemplo da deportação de estrangeiros “em tempos de paz por simples medida política e mera fórmula administrativa” do Executivo, tendo este publicado em 25 de agosto do mesmo ano, um decreto de expulsão de 16 pessoas (RODRIGUES, 1965, p. 50). Um *habeas corpus* a favor da soltura de Huet Bacelar e outros presos foi concedido em 22 de setembro de 1894. Em 26 de setembro de 1894, o Ministro da Guerra, Bibiano Sérgio Macedo da Fontoura Costallat, em nome do marechal vice-presidente da República, afirmou que não poderia cumprir tal ordem “por contrária a todas as leis e imemoriais estilos militares”, os oficiais eram considerados militares (RODRIGUES, 1965, p. 51).

Não satisfeito com essa desobediência à sua ordem, o Supremo oficiou ao Procurador Geral da República pedindo providências. A decisão do Procurador nos é útil por demonstrar como foi por ele interpretado o conflito entre o Supremo e o Executivo e a separação de poderes – a seu ver com independência e sem subordinação, e, mais, entendendo que o Governo teria agido de boa-fé. Sustentou o Procurador que o Supremo é quem não havia acatado a lei, e que o Executivo, por sua vez, é que era cumpridor das normas. Afirmou nesses termos, o Procurador que “assim como o STF não cumprira uma ordem do Poder Executivo contra disposição de lei, este Poder não deve dar cumprimento às ordens do Judiciário nas mesmas condições” (RODRIGUES, 1965, p. 52). Ressaltou o Procurador que o Congresso havia votado em 22 de novembro a redação final do projeto n. 144, aprovando os atos praticados pelo Executivo por motivo da revolta de 6 de setembro de 1893, declinando, ao fim, de promover qualquer ato sobre a questão suscitada no ofício da Corte (RODRIGUES, 1965, p. 52).

Apesar de todos os esforços empreendidos por Rui Barbosa em nome da defesa das liberdades civis no *leading case* dos presos do Júpiter e da decisão independente e sem vínculo de subordinação ao Executivo por parte da Corte brasileira, o Governo, o

Congresso e, por fim, o Procurador Geral da República deliberaram por não cumprirem a ordem. O Tribunal agiu com autonomia, mesmo que decidindo contra jurisprudência anterior que havia negado o *habeas corpus*, ao assim decidir, colocou-se como um dos poderes da República, deferindo a ordem a favor dos presos. Destaca Lêda Boechat Rodrigues (1965):

Em clima de menor pressão, o STF afirmaria que o ato do Poder Executivo negando-se a cumprir o julgado do Tribunal violara abertamente a Constituição, ‘atentando contra uma decisão soberana do poder judiciário federal, embora em desacordo com a jurisprudência uniforme, constante e quase secular de que faz menção o Acórdão de 2 de setembro de 1893’ (RODRIGUES, 1965, p. 52).

Outra ordem de soltura foi dada pelo Supremo a favor do Almirante Wandenkolk preso preventivamente, sem processo, por tempo indeterminado. A decisão foi fundamentada na ilegalidade da prisão (RODRIGUES, 1965, p. 52-53).

Narra, também, Lêda Boechat Rodrigues (1965) outras decisões do Supremo que tendem para uma linha de maior autonomia da Corte, que tiveram como fundamento atos considerados inconstitucionais editados pelo Congresso e pelo Executivo, que representam os conflitos ocorridos entre os poderes na Primeira República. Como primeiro exemplo, cita Rodrigues (1965, p. 61) o julgamento da apelação cível n. 112, de 19 de setembro de 1895, tendo como apelado o Marechal José de Almeida Barreto, que foi reformado por decreto do Poder Executivo contra sua vontade, em 7 de abril de 1892. O teor do acórdão do Supremo é o que segue:

É nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos em lei. A Fazenda Nacional é obrigada a pagar os vencimentos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber o oficial assim reformado e que serão abonados enquanto perdurarem os efeitos desse ato ilegal (RODRIGUES, 1965, p. 61).

Essa decisão do Supremo ratifica que a corte tentava corrigir as arbitrariedades do Executivo e tentava cumprir os seus desígnios constitucionais, mas, mostra também, que a cada vez que a Corte avançava em busca de maior independência, acabava por interferir na autonomia do Poder Executivo.

Por trás dessa decisão estava Rui Barbosa, que sustentou pela primeira vez no Supremo, “o direito dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos e negar-lhes execução” (apud RODRIGUES, 1965, p.

61). Destacou Rui Barbosa que “os autores da nossa Constituição eram discípulos de Madison e Hamilton, e não ‘de Rousseau e Mably’” (apud RODRIGUES, 1965, p. 61-62), sustentou na Corte que a possibilidade de julgamento de inconstitucionalidade seria: “novidade de um regime inteiramente sem passado entre nós”, a ser guiado pelo “direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres” (apud RODRIGUES, 1965, p. 62).

Com a sua oratória, Rui Barbosa, estimulava a Corte brasileira a trilhar um caminho bem diferente do direito exercido ao tempo do Império de origem lusitana.

O acórdão prolatado pelo Supremo deu ganho de causa ao militar reformado. Nesse ato, foi afirmado que a corte “é guarda da inviolabilidade da Constituição”, lhe competindo “conhecer das causas que se fundarem em disposições constitucionais” e “declarar nulos ou negar efeitos jurídicos aos atos administrativos que forem ofensivos de direitos garantidos pela Constituição e pelas leis” (apud RODRIGUES, 1965, p. 65).

Em outro caso levado ao Supremo, Apelação Cível n. 148, em 27 de novembro de 1894, nova questão de inconstitucionalidade foi suscitada, sobre a demissão de um professor por ato expedido pelo Poder Executivo, durante o estado de sítio. A Corte adotou a mesma diretriz sustentada no acórdão dos militares reformados. Nessa decisão, houve um voto vencido proferido pelo Ministro H. Espírito Santo, que criticou o acórdão e se posicionou como “ardente defensor de uma rigorosa atitude de auto-restrição judicial”. Narra Lêda Boechat Rodrigues (1965) o teor do voto, interessa-nos, nos argumentos do ministro, a parte sobre a competência da corte em julgar inconstitucionais os atos de outro poder, no caso o Executivo:

A doutrina estatuída pelo Acórdão consagra a usurpação para o Poder Judiciário, das funções do Executivo que *privativamente* competem ao Presidente da República, cuja responsabilidade perante a Nação ficará diminuída, desde que seus atos estejam sujeitos à revisão e exame daquele poder. Com tal doutrina, pois, não sei se continuará em vigor o que se lê no art. 15 da Constituição, ou se virtualmente ficou revogado: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si” (apud RODRIGUES, 1965, p. 67).

Continuando seu voto e mantendo a sua crítica ao acórdão, o Ministro H. Espírito Santo levanta várias questões, todas elas relativas à independência entre os poderes:

Que independência é essa do Poder Executivo, se os atos de sua privativa competência podem ser infirmados pelo judiciário? Onde a harmonia sem independência? De harmônicos e independentes entre si que eram os poderes, passará por força do acórdão, a ser o Executivo dependente do judiciário? [...] Só por uma interpretação arbitrária, violentando a letra, divorciada do espírito da lei, poderia o acórdão deste Tribunal anular decretos do Executivo. [...] O julgado transpôs as fronteiras de sua competência (apud RODRIGUES, 1965, p. 67).

Tal como se deu com os atos do Executivo, também chegou ao Supremo um decreto legislativo, de n. 310, expedido pelo Congresso, em 21 de outubro de 1895, passando o Tribunal a decidir sobre a inconstitucionalidade desse ato que anistiara pessoas envolvidas no movimento revolucionário. A decisão foi por 3 votos contra 2, reformando a sentença de primeiro grau, que havia declarado a inconstitucionalidade dos citados parágrafos. A lei n. 533, de 7 de setembro de 1898, suprimiu os referidos parágrafos, sem alcançar, todavia, os efeitos em relação aos vencimentos e promoções (RODRIGUES, 1965, p. 71-72).

Podemos ver por esses julgados do Supremo que a corte, nos primeiros anos da República, se esforçou por se posicionar como um dos poderes, que compõe o jogo político no novo regime. Dos anos iniciais de atuação mais retraída, passou o Tribunal a se afirmar, concedendo direitos civis violados arbitrariamente pelo Poder Executivo. No entanto, uma nova crise foi desencadeada entre o Tribunal e o Executivo.

O fato que provocou a crise adveio da tentativa de assassinato, em 5 de outubro de 1897, do Presidente Prudente de Moraes que, acompanhado do Ministro da Guerra, Machado Bittencourt, se encontrava no porto para receber os batalhões que participaram de Canudos. O Presidente conseguiu se desviar de um tiro à queima-roupa que foi disparado pelo “anspeçada do exército Marcelino Bispo”, em defesa de Prudente de Moraes intervieram o “ministro da Guerra, o general Luiz Mendes de Moraes, o alferes Cunha Moraes e outros”. Ao final da luta, ferido a faca, faleceu o ministro da Guerra Machado Bittencourt (RODRIGUES, 1965, p. 99).

Relata Rodrigues (1965, p. 67) que este fato comoveu o país, que passou a exultar Prudente de Moraes que antes se via com a popularidade em baixa, tendo também motivado o empastelamento dos “jornais oposicionistas *A República, a Folha da Tarde e O Jacobino*”. O presidente requereu ao Congresso “o estado de sítio por 30 dias para o Distrito Federal e a comarca de Niterói”. O Congresso, através do Decreto n. 456 de 12 de novembro de 1897, concedeu a medida coercitiva solicitada, que contou inclusive com voto favorável de Rui Barbosa, que declarou que fazia “nesta concessão

um dos maiores sacrifícios da minha vida política, procedendo assim, sofro um dos maiores constrangimentos a que podia ver submetido o meu sentimento republicano” (apud RODRIGUES, 1965, p. 101).

A exceção foi prorrogada por dois outros decretos até 23 de fevereiro de 1898. O inquérito civil apontou “como corresponsáveis o Senador João Cordeiro e 5 deputados, além de diversos militares e civis” (RODRIGUES, 1965, p. 101). “O relatório do inquérito foi publicado no *Diário Oficial* de 12 de janeiro de 1898”, segundo Rodrigues (1965, 101), tendo sido presos imediatamente:

Os deputados Barbosa Lima e Alcindo Guanabara a bordo do vapor *Orellana*, que deveria partir deste porto para Montevideo, e no dia 13, Sant’Ana Neri, em Petrópolis, e o major Tomas Cavalcanti em sua residência. Por decreto de 21 de janeiro foram eles desterrados, com o Senador João Cordeiro, para o presídio de Fernando de Noronha (RODRIGUES, 1965, p. 101).

Intensa batalha jurídica se iniciou nos meios judiciários quando da interposição de *habeas corpus* para alguns dos pacientes detidos. A discussão abrangia a competência da justiça para o julgamento dos remédios, se federal ou estadual, como também sobre o enquadramento da conduta dos presos, se se tratava de crime político ou comum (RODRIGUES, 1965, p. 102-103). O Supremo votou pela competência da justiça federal. E, em 5 de março de 1898, deferiu *habeas corpus* em favor do “deputado José Alexandre Barbosa Lima, e concedia a ordem ‘para comparecimento do paciente, militar, desterrado durante o estado de sítio’” (1965, p. 105).

É possível percebermos que com sua retórica, Rui Barbosa construía os caminhos pelos quais a Suprema Corte brasileira deveria trilhar, favorecendo a consolidação da República e a separação dos poderes no novo regime. No *habeas corpus* impetrado, ressaltou que os tempos estavam calmos, dispensada, portanto, estava a prisão e o desterro:

Agora, porém, que um meio mais calmo favorece a independência da justiça, permitindo-lhe absorver-se no exame da lei em sua pureza nativa, graças à obra de pacificação e liberdade que assinala a administração atual, nada a poderá honrar mais, dando a medida prática do imenso progresso moral a ela devido no equilíbrio dos poderes, na segurança da liberdade, na observância da Constituição, que o restabelecimento desta em uma das suas garantias necessárias, qual a de que ora se cogita, por um aresto judicial, retificando um ato do executivo (apud RODRIGUES, 1965, p. 106).

Novamente, a nosso ver, Rui Barbosa continuava calcetando o caminho para a autonomia do Supremo, como órgão garantidor das liberdades públicas travestidas de civis na República ainda em construção, com sua oratória, advogava pela causa pública, pelo bem público, enfim pela *res* pública:

Eu propugno na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes; advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impersonalidade deste remédio judicial. Patrono da lei e não da parte, é por isso que me não tendes o direito de perguntar pela outorga dos interessados, é por isso que, se o meu esforço aproveitar a inimigos, então maior será o contentamento da minha consciência (apud RODRIGUES, 1965, p. 108).

Dando sequência aos seus argumentos, Rui Barbosa saiu em defesa da Corte:

Se a política não recuar diante desta casa sagrada, em torno da qual marulha furiosa desde o seu começo; se os governos se não compenetrarem de que na vossa independência consiste a sua maior força, a grande força do princípio da autoridade civil; se os homens de Estado se não convencerem de que o que se passa aqui dentro é inviolável como os mistérios do culto; se os partidos não cessarem de considerar inocentes e impenetráveis sob o tênue véu dos artifícios políticos as suas conspirações contra a consciência judiciária, ai de nós! (apud RODRIGUES, 1965, p. 109).

Apesar dos esforços empreendidos por Rui Barbosa e os demais advogados, o *habeas corpus* foi negado, tendo o acórdão mostrado que a Corte optou por assumir uma posição de deferência ao Congresso. Essa decisão da Corte foi recebida com aprovação pelo jornal *O Debate*, de linha governista, tendo o articulista salientado que nesse acórdão o Supremo estaria concorrendo para a República e para harmonia entre os três poderes de Estado, nesses termos:

Se a suspensão das garantias constitucionais estivesse à mercê dos caprichos do Poder Judiciário, se a ação do Executivo, em matéria que incide em sua competência, pudesse ser tolhida ou embaraçada por esse Poder, melhor fora pedir a reforma da Constituição [...] “Mas o STF, construiu” o pedestal de suas glórias afirmando o aresto patriótico, ontem inscrito definitivamente nos anais da nossa jurisprudência, que a República pode seguir tranquila caminho da prosperidade, pois que a dirigem em perfeita comunhão de interesses e

em completa harmonia de vistas, os três mentores de seu futuro, os três poderes políticos do Brasil (apud RODRIGUES, 1965, p. 111).

Lêda Boechat Rodrigues (1965) destacou, entretanto, que, após vinte dias o Supremo modificou a jurisprudência adotada naquele acórdão, concedendo a ordem de soltura, por maioria, em 2 de abril de 1898, sendo designada a apresentação dos pacientes, com esclarecimentos do governo, na sessão de 16 de abril daquele ano (1965, p. 114). Ao final da sessão, no dia 16 de abril, foi redigido o acórdão por Lúcio de Mendonça, tendo Lêda Boechat Rodrigues (1965) considerado “um dos pontos mais altos do direito constitucional brasileiro, as teses sustentadas por Rui Barbosa desde 1892 a propósito das imunidades parlamentares e da cessação dos efeitos do estado de sítio” (1965, p. 114). Os argumentos de Rui Barbosa afirmavam as imunidades parlamentares mesmo quando em momento de exceção, de maneira que cessado o estado de sítio, cessam com ele, todas as medidas de repressão, e, ainda, “a atribuição judiciária de conhecer de tais medidas, findo o sítio, não é excluída pela do Congresso para o julgamento político dos agentes do Executivo” (apud RODRIGUES, 1965, p. 115).

Assim, ia se construindo a competência do Supremo como guarda das garantias constitucionais individuais no regime republicano recém-inaugurado, todavia as pressões sobre a Corte iriam continuar.

A decisão do Supremo do acórdão do *habeas corpus*, de 16 de abril de 1898 foi cumprida muito a contragosto pelo Presidente da República que inconformado, em 3 de maio de 1898, “extravasou sua ira na Mensagem ao Congresso Nacional”, questionando a harmonia entre os poderes sustentou que o acórdão de soltura proferido pelo Supremo era inconstitucional (RODRIGUES, 1965, p. 120-121):

Essa decisão, ferindo o art. 80 da Constituição, abalou a harmonia indispensável entre os Poderes, que a mesma Constituição criou como órgãos da soberania nacional, já exercendo atribuição conferida privativamente ao Congresso, já inutilizando, antes do julgamento deste e nas vésperas de sua reunião, as providências repressivas reputadas necessárias pelo Executivo, a bem da manutenção da ordem. [...]

Sem opor embaraços a essa decisão do Supremo Tribunal, não obstante a sua inconstitucionalidade, o Governo limitou-se a tomar medidas de severa vigilância para impedir a perturbação da ordem e para reprimir energicamente qualquer tentativa com esse fim (apud RODRIGUES, 1965, p. 121).

Relata Lêda Boechat Rodrigues (1965) que os jornais governistas abriram “todas as suas comportas e um dilúvio de críticas desabou sobre o STF e especialmente sobre Lúcio de Mendonça” (1965, p. 127). O jornal *Debate* publicou que “não havia mais no STF juízes, mas apenas ‘um grupo de políticos’ que, debaixo da toga que vestiam, escondiam ‘parcialidades e exagerações partidárias” (1965, p. 127). Jornais como *Gazeta de Notícias*, *Jornal do Comércio* e o *Debate* desenvolveram muitas críticas ao Supremo (1965, p. 128). Também o jornal *Cidade do Rio* criticou o STF por entender que a corte em sua opinião publicada no editorial, era “a suprema instância da chicana e se presta a torcer o espírito da lei para se encastelar em infalibilidade e onipotência caricatas” (apud RODRIGUES, 1965, p. 129).

As relações entre os poderes se acirravam com as publicações através da imprensa. Em 4 de junho, o *Jornal do Comércio* publicou uma carta de 3 de junho de 1898, assinada pelo ministro Lúcio de Mendonça, em que este acusava o governo em épocas próximas aos julgamentos do *habeas corpus*, de 26 de março e de 16 de abril no Supremo, de “haver violado o sigilo de telegramas que lhe eram dirigidos e de haver espionado os seus passos, e, agora de injuriá-lo, como a ilustres colegas seus do Tribunal” (RODRIGUES, 1965, p. 131).

## **1.2 O Supremo Tribunal Federal e o federalismo**

Uma segunda fase sobre a história do Supremo Tribunal Federal é analisada por Lêda Boechat Rodrigues (1968), que procurou registrar os embates entre os estados da federação que chegaram ao Supremo e a sua defesa do federalismo. Os primeiros registros realizados pela autora sobre a história da corte, inicialmente se concentraram nos anos de 1892 a 1898, e sendo esses anos plenos de conflitos políticos inegavelmente violentos, foi o Tribunal constantemente provocado para promover o estabelecimento e o restabelecimento das liberdades civis no país frequentemente.

Ressalta Rodrigues (1968) que os precedentes estadunidenses e suas jurisprudências compuseram não apenas os acórdãos do Supremo como também os argumentos dos advogados pareceristas e os debates ocorridos no Congresso (1968, p. 1). Esses registros ratificam a forte influência do direito constitucional dos Estados Unidos sobre o desenvolvimento do direito constitucional brasileiro, nos anos iniciais da República. Lêda Boechat Rodrigues (1968) destacou, ainda, a importância do

Supremo, fundamental para o equilíbrio federativo ao exercer o controle de constitucionalidade das leis:

Sem a sua ação vigilante e corretiva – entregues como estavam os Estados aos desmandos de uma legislação antinacional e perturbadora do livre fluxo do comércio interestadual –, provavelmente o federalismo, como a democracia, teria também funcionado de maneira ainda mais defeituosa no Brasil e se teriam agravado ainda mais os problemas econômicos, já excepcionalmente graves, de todo o País (RODRIGUES, 1968, p. 2).

Desempenhou, ainda, o Supremo um papel inovador, como Corte constitucional até então, uniformizando o direito para toda a nação:

Ao garantir sempre, por outro lado, a aplicação integral da Constituição Federal a todo o território nacional, tratando todas as violações dos direitos individuais trazidas ao seu conhecimento, seja na esfera federal, seja na estadual, debaixo dos mesmos critérios e como merecedoras, em princípio, do mesmo amparo e da mesma proteção, adotou uma posição a que só agora chegou a Corte Suprema dos Estados Unidos (RODRIGUES, 1968, p. 2).

O Supremo teve que enfrentar algumas questões que envolviam discussões sobre o federalismo nacional. Relata Rodrigues (1968) que a maioria dos conflitos versava sobre os impostos e sobre o direito de propriedade de áreas ricas em matérias-primas valiosas, tendo como partes a União e alguns Estados e estes e outros Estados (1968, p. 4).

Ao fazer referência aos conflitos do Supremo Tribunal Federal com o Poder Legislativo estadual, Emília Viotti da Costa (2006, p. 34) refere-se à declaração de inconstitucionalidade pela corte, em 1894 de uma lei do Estado da Bahia, que havia criado um “imposto de importação estadual sobre mercadorias estrangeiras já tributadas pela União” e mais à frente, em outro momento, sobre a declaração de inconstitucionalidade do Supremo de “leis orçamentárias que estabeleciam imposto de exportação sobre as mercadorias nacionais saídas daquele Estado para outros” (2006, p. 35).

Emília Viotti da Costa (2006, p. 39) salienta que apesar dos conflitos federativos, o Supremo “sempre repudiara as tendências federalistas extremadas, defendendo a supremacia da União sobre os Estados”. Posição que possivelmente contribuiu com o centralismo político brasileiro.

A Apelação Cível, n. 1197, Acórdão datado de 10.11.1906, confirma que o Supremo não seguiu em sua decisão o federalismo dual nos moldes dos Estados Unidos, destaca Lêda Boechat Rodrigues (1968, p. 93) trechos do julgado com seus comentários:

Fiel às doutrinas expostas por John Marshall nos Estados Unidos e por Rui Barbosa no Brasil, o Supremo Tribunal Federal nunca aceitou a concepção do federalismo dual e sempre defendeu o princípio da supremacia da União sobre os Estados, afirmando solenemente em acórdão que “os Estados da União não são soberanos”. Nos regimes federativos, disse o Tribunal, “a soberania reside exclusivamente na União; os Estados, simples entidades autônomas, obrigados a respeitar em suas leis quaisquer que elas sejam, os princípios constitucionais da União (Constituição, art. 63), não podem, por isso mesmo, na reforma dessas leis, rebelar-se contra as proibições que lhe são feitas na carta federal” (RODRIGUES, 1968, p. 93).

Nas questões atinentes aos limites territoriais entre os Estados, o caso mais polêmico que podemos destacar do levantamento realizado por Lêda Boechat Rodrigues (1968) sobre o papel do Supremo Tribunal Federal se refere à guerra do Contestado, disputa entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná sobre a região conhecida como Contestado, que pertencia originalmente ao Estado de São Paulo. O Tribunal decidiu a favor do Estado de Santa Catarina, em 1904, pedindo na decisão que o Estado do Paraná reconhecesse e respeitasse os limites legais entre os dois Estados (1968, p. 126). Entretanto, tal decisão não foi cumprida espontaneamente pelo Estado do Paraná e nem foi executada (1968, p. 126).

Esse conflito territorial entre os dois Estados da federação acabou sendo resolvido através de um acordo, em 20 de outubro de 1916, orquestrado pelo Presidente Venceslau Brás (RODRIGUES, 1968, p. 141) e ratificado em 5 de agosto de 1917. Coube ao Supremo Tribunal tão somente mandar arquivar o processo que, pelo acordo, perdera seu objeto.

### **1.3 A Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus***

Outra pesquisa empreendida por Lêda Boechat Rodrigues (1991) sobre a História do Supremo Tribunal Federal compreende o período relativo aos anos de 1910 a 1930. O tema investigado aborda uma teoria inovadora para o constitucionalismo e trata-se de uma criação jurídica realizada pelo Supremo, denominada de “Doutrina

brasileira do *Habeas Corpus*”, que foi considerada como “a maior criação jurisprudencial brasileira” e diante dela só dois exemplos poderiam se assemelhar:

o *détournement du pouvoir* pelo Conselho de Estado da França, e o poder, julgado implícito na Constituição Americana, pela Suprema Cortes dos Estados Unidos, do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis e dos atos do Poder Executivo (RODRIGUES, 1991, p. 17).

A doutrina brasileira do *habeas corpus* foi classificada como inovadora pelo fato de ter ampliado a utilização desse instituto a outros direitos, passando a proteger não apenas o direito original que cuida das liberdades de ir e vir. A justificativa para essa ampliação foi apresentada no voto do ministro Eneas Galvão:

o *habeas corpus* evoluiu com as necessidades do meio social e político, não se preocupando mais o Supremo Tribunal com a sobrevivência da locução latina em nossas leis, mas com o espírito do direito novo a dominar os fenômenos de ordem jurídica (RODRIGUES, 1991, p. 18).

A locução tem origem no Direito anglo-saxão configurando-se como “o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais” (SILVA, 2002, P. 443). O *habeas corpus* já era aplicado na Inglaterra “antes mesmo da Magna Carta de 1215” (SILVA, 2002, p. 443). Salienta Silva (2002) que inicialmente esse remédio constitucional não se restringia às liberdades de locomoção, mas ao conceito do *due process of law*, como um meio de levar alguém perante o Tribunal. Foi o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, que o conformou “como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar” (SILVA, 2002, p. 443). Formalmente, no Brasil, veio com o Código de Processo Criminal de 1832. A primeira Constituição que trouxe o texto prevendo o *habeas corpus* foi a de 1891, no art. 72, § 22, que deu margem à doutrina brasileira do *habeas corpus* (SILVA, 2002, p. 443), uma possibilidade de ampliação dessa medida para além de direito de ir e vir.

Essa ampliação do instituto demonstra que o Supremo, naqueles tempos, já se mostrava sensível à falta de normas regulamentadoras, que inviabilizassem a proteção a outros direitos, além daqueles previstos na Constituição de 1891. A utilização do *habeas corpus* ampliativo não pode encontrar semelhança com nenhum julgado na Suprema Corte estadunidense, segundo Lêda Boechat Rodrigues (1991). Nos Estados Unidos, somente nos anos 60, “a Corte iria ampliar o *habeas corpus* e desligá-lo

inteiramente do direito de locomoção, como fizera o Supremo Tribunal Federal cerca de cinquenta anos antes” (1991, p. 19). De forma que, neste campo, salientou a autora, os ministros: “saíram vitoriosos, *criativos*, com a nova Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*” (RODRIGUES, 1991, p. 20, grifo nosso ‘*criativo*’).

Por intermédio dessa doutrina o Supremo:

Garantira a posse de governadores de Estado, senadores, deputados, vereadores, a liberdade de imprensa, de reunião, de religião, reconheceu o direito de greve, afirmou, durante os frequentes estados de sítio e intervenções federais, as imunidades parlamentares e o direito de Senadores e Deputados publicarem na imprensa diária seus discursos pronunciados no Congresso, exigira a aplicação do processo justo (*due process of law*) nos casos de expulsão de estrangeiros “residentes” e jovens chamados para as forças militares irregularmente, entre outros (RODRIGUES, 1991, p. 19).

É possível, através dos acórdãos e votos analisados por Lêda Boechat Rodrigues, (1991) tomarmos conhecimento sobre “os principais problemas sociais e políticos (até econômicos, de passagem) de 1910 a 1926” (1991, p. 20). Neste último ano, a reforma constitucional foi “votada e promulgada debaixo de estado de sítio, sob a fécula do Presidente da República Dr. Artur Bernardes” (1991, p. 21). Este, narrou Lêda Boechat Rodrigues (1991), exigiu dos constituintes que “em primeiro lugar deviam liquidar, reduzir a pó, matar a ‘Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*’” (1991, p. 21). Esse remédio constitucional, afirma Rodrigues (1991), deveria passar, de acordo com a vontade do Presidente, a contar com previsão textual de que deveria servir, unicamente, para garantir o direito de locomoção. Com essa aplicação restritiva, o *habeas corpus* teve o efeito de “retroagir anos-luz a jurisprudência *criativa* do Supremo Tribunal Federal e encerrá-la num leito de Procusto” (1991, p. 21, grifo nosso).

Muitas foram as violências praticadas pelo Poder Executivo e seus nomeados contra as liberdades individuais, no entanto, o Direito brasileiro não previa outros mecanismos processuais para garantir as liberdades, sendo que no país, constatada a:

falta de outros remédios existentes no direito anglo-americano – o *mandamus*, a *injunction*, o *certiorari* e o *quo warranto* – o Supremo Tribunal Federal viu à sua frente apenas um caminho: ampliar o *habeas-corpus* através da interpretação lata ou *construction* do texto constitucional, art. 72, § 22, na visão liberal que dele teve, em primeiro lugar, como grande advogado e excelso constitucionalista, Rui Barbosa (RODRIGUES, 1991, p. 33).

Lêda Boechat Rodrigues (1991), em uma parte de seu livro, comenta sobre as críticas que apareciam sobre o Supremo, tendo a autora respondido indignada, a uma fala de João Mangabeira sobre o papel do Supremo na República, por ele tido como um poder que mais faltou com as instituições republicanas:

É claro que o Supremo Tribunal Federal teve altos e baixos. Não fora ele instituição humana, em que é impossível a perfeição. Repito que me parece muito infeliz a frase de João Mangabeira de que o Supremo Tribunal foi o Poder que mais falhou na República. Provavelmente estava João Mangabeira, quando disse isso, no mundo da Lua (RODRIGUES, 1991, p. 38).

Segundo afirmou Rodrigues: “parece-me impossível negar o relevantíssimo papel representado pelo S.T.F. na história dos três Poderes da República” (RODRIGUES, 1991, p. 41).

Nem todos os ministros do Supremo concordavam com a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*. O ministro Pedro Lessa posicionava-se contra e em 2 de setembro de 1914, afirmou que sua interpretação sobre a utilização do *habeas corpus* era restritiva, ou seja, apenas nos casos que envolvessem o direito de locomoção. Como relator de um caso levado a julgamento no Supremo, Pedro Lessa expressou sua opinião que culminou no acórdão, que foi sintetizado por Lêda Boechat Rodrigues (1991), nesses termos:

*o habeas-corpus é meio judicial para garantir a liberdade individual, no sentido restrito da liberdade de locomoção exclusivamente; nele não se podem discutir, nem julgar questões estranhas à de saber se o paciente sofre ou não um constrangimento à sua liberdade individual* (RODRIGUES, 1991, p. 137).

Outro *habeas corpus* foi decidido pelo Supremo, também no mês de setembro desse mesmo ano, porém neste não foram utilizados argumentos que refletem a ideologia positivista extremamente vinculada à lei muito aceita naquela época. O acórdão foi redigido pelo ministro Eneas Galvão, cuja decisão, na opinião de Lêda Boechat Rodrigues (1991), “tratava-se de um aresto magistral, inovativo, baseado não somente em argumentos jurídicos, mas também políticos e sociológicos, sustentando a necessidade de ampliar-se aquele *writ* no Brasil” (RODRIGUES, 1991, p. 137).

Lêda Boechat Rodrigues (1991) atribuiu os méritos da criação doutrinária brasileira do *habeas corpus* ao esforço conjunto de Rui Barbosa e do ministro Eneas Galvão, tendo este superado “de longe o ministro Pedro Lessa” (1991, p. 15). Rodrigues

(1991) destacou que o Supremo, em vários julgamentos, tendeu a adotar a posição mais ampliativa do *habeas corpus* manifestada por Eneas Galvão, “do que à defesa do direito de locomoção defendida pelo Ministro *Pedro Lessa*” (1991, p. 118). Citou como exemplo um caso de *habeas corpus* preventivo do Estado do Rio de Janeiro, que a maioria da corte acompanhou o ministro Eneas Galvão, ampliando o remédio para garantir “a liberdade individual, a liberdade de pensamento e a de consciência” (RODRIGUES, 1991, p. 118). O ministro Pedro Lessa, por sua vez, concedia a ordem “apenas para os pacientes penetrarem no edifício da Assembleia de que faziam parte e aí [Niterói] exercerem suas funções. Acrescentou que à Justiça Federal não era permitido decidir tais controvérsias” (RODRIGUES, 1991, p. 118).

As decisões do Supremo passaram a influir na política do Estado do Rio Janeiro, segundo aventou Lêda Boechat Rodrigues (1991) ao verificar que se estabelecera uma relação entre a concessão de *habeas corpus* e a pressão exercida pelo Executivo, ao constatar o grande número de *habeas corpus* que chegava à corte e que tinha relação com a “duplicata de assembleias”:

A intranquilidade política no Estado do Rio de Janeiro aumentava diariamente, à medida, talvez, que o Supremo Tribunal concedia ordens de *habeas corpus* aos deputados da oposição. Estes alegavam estar sofrendo coação e violências das autoridades estaduais e federais (RODRIGUES, 1991, p. 119).

A duplicidade de assembleias já havia se constituído em um fato comum no Brasil, decorrente do impedimento dos parlamentares de oposição sofrerem “coação e violências das autoridades estaduais e federais” (1991, p. 119), sendo impedidos pela situação de assumirem os cargos para os quais foram eleitos. A esses deputados foram deferidos vários *habeas corpus* pelo Supremo, para que pudessem assumir suas cadeiras na Assembleia; todavia, os deputados governistas não cumpriram o acórdão do Supremo e “mandaram arrombar as portas do edifício da Assembleia e lá se instalaram. Os deputados oposicionistas ocuparam outro prédio” (1991, p. 119).

O ministro Eneas Galvão na votação desse caso contestou a posição adotada por Pedro Lessa, lembrando uma decisão por ele, Galvão, prolatada, em um acórdão de 1914, no qual três ministros votaram acreditando que a interpretação do “*habeas corpus* era restrita ao amparo da liberdade física”, mas que Pedro Lessa não podia se juntar a essa linha interpretativa, porque considerava que “o *habeas corpus*, guardando embora, o conceito das antigas leis, era suficiente para proteger o indivíduo contra um ataque à

sua atividade como funcionário ou profissional” (RODRIGUES, 1991, p. 120), ou seja, que o *habeas corpus* interpretado como um direito de liberdade de locomoção teria força suficiente para garantir os demais direitos dele decorrentes, nesse caso, o direito de assumir o cargo para o qual os deputados haviam sido eleitos.

Em seu voto, Eneas Galvão sustentou que não existia no direito brasileiro nenhum outro remédio processual para tutelar outros direitos que não o de ir e vir e que o simples direito de locomoção não teria capacidade para tanto, de modo que somente ao se fazer uma interpretação extensiva, os ministros do Supremo poderiam, através dessa nova interpretação do *habeas corpus*, servir para garantir as liberdades:

o exercício livre de todos os direitos, a liberdade de ação, a faculdade de fazer tudo o que a lei não veda ao indivíduo, a de proteger este para não ser obrigado a fazer o que a lei não lhe impõe, uma grande porção de atos cuja prática pode ser obstada, sem que isso se dê para impedir-se a livre locomoção [...] com essa extensão, com esse critério, o Tribunal deferira os pedidos de *habeas corpus* [...] se a lei vive principalmente pela interpretação que lhe dão os juízes nos casos que decidem, se tal tem sido a interpretação do texto constitucional, o Tribunal em casos idênticos a este assim tem entendido, assim julgará sempre, porque nessa firmeza de conduta, de orientação da justiça, repousa a tranquilidade dos jurisdicionados (apud RODRIGUES, 1991, p. 120).

O que teria determinado a evolução do *habeas corpus* nesse sentido ampliativo, argumentou Eneas Galvão, foi a própria necessidade político-social encontrada na sociedade que carecia da ampliação desse remédio. A nosso ver, todavia, essa ampliação, também exigia uma força e uma autonomia maior do Poder Judiciário:

Cresceram as necessidades de defesa do indivíduo, e muito naturalmente determinou isso a expansão daquela norma judicial, desenvolvendo-se em determinado ambiente, e exigindo para que possa manter-se, ou prover à sua defesa contra os ataques do mundo exterior uma cada vez maior capacidade dos órgãos judiciais [...] No nosso meio político, os repetidos ataques à liberdade individual impuseram a necessidade de alargar a concepção do *habeas corpus*, o exercício deste meio judicial (apud RODRIGUES, 1991, p. 121).

Assegurou Eneas Galvão que a função do Supremo deveria ser cumprida de modo que, ao tutelar direitos, a corte “está evoluindo com as necessidades da justiça, se há excesso, é o excesso que leva ao caminho da defesa das liberdades constitucionais”

(RODRIGUES, 1991, p. 121). Com esses argumentos concedeu o *habeas corpus* requerido aos pacientes.

Nessa perspectiva, que considera a lei o limite para atuação judicial, decisões proferidas como foram aquelas que sustentaram a interpretação extensiva para o instituto do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, em vários casos sujeitos à sua apreciação, até o ano de 1926, seriam manifestamente ilegais. Contudo, Eneas Galvão na fundamentação de seu voto afirmou a necessidade de dar interpretação ampliada ao instituto, pois “[...] Nenhum outro meio existente em nossa processualística capaz de amparar eficazmente o exercício livre de todos os direitos” (RODRIGUES, 1991, p. 120). O ministro, ainda, ressaltou a importância dos juízes frente ao texto frio da lei, para a manutenção da interpretação extensiva do *habeas corpus*:

Se a lei vive principalmente pela interpretação que lhe dão os juízes nos casos que decidem, se tal tem sido a interpretação do texto constitucional, o Tribunal, que em casos idênticos a este assim tem entendido, assim julgará sempre, porque nessa firmeza de conduta, de orientação da justiça, repousa a tranquilidade dos jurisdicionados (RODRIGUES, 1991, p. 120).

Eneas Galvão estava ciente dos limites legais impostos à interpretação judicial, pensamos, pois ele próprio questiona sobre o “erro” dessa jurisprudência, mas assegura que as decisões ampliativas da corte, no caso do *habeas corpus*, eram decorrentes da própria crise político-social, esta que violava constantemente os direitos e as garantias individuais:

Haveria erro nessa jurisprudência? Não. Se o conceito do *habeas corpus* evoluiu por esse modo é porque as necessidades da nossa organização social ou política o exigiram, como resultante de repetidos atentados à liberdade individual, determinando, assinalando função maior, mais alta ao instituto do *habeas corpus* (RODRIGUES, 1991, p. 120).

Asseverou Eneas Galvão que eram as necessidades sociais que exigiam a proteção do direito, que, por sua vez, impunham “cada vez maior capacidade dos órgãos judiciais” e que no “nosso meio político, os repetidos ataques à liberdade individual impuseram a necessidade de alargar a concepção do *habeas corpus*, o exercício deste meio judicial” (apud RODRIGUES, 1991, p. 121). E, garantiu o ministro, para aqueles alarmados “observadores menos atentos”, que o Tribunal “está cumprindo a sua *missão*

tutelar dos direitos, está evoluindo com as necessidades da justiça”, por isso Eneas Galvão afirmou: “se há excesso, é o excesso que leva ao caminho da defesa das liberdades constitucionais” (apud RODRIGUES, 1991, p. 121) e concluiu seu voto concedendo o *habeas corpus*.

Devemos reafirmar que nem todos os ministros do Supremo eram favoráveis à interpretação ampliativa do *habeas corpus*.

Essa distinta atuação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, nesses anos iniciais, pode ter deixado marcas na Corte, na República em formação e também, na sociedade. Essa é, sem dúvida, a percepção de Lêda Boechat Rodrigues (1991) sobre a decisão de Eneas Galvão ao dar interpretação extensiva ao *habeas corpus*:

Tal acórdão é um marco na jurisprudência do Supremo na teoria ampliativa do *habeas corpus*, seguida pela maioria dos ministros. Sem o **espírito criativo e liberto de tecnicidades jurídicas** de *Eneas Galvão* não teria, o STF provavelmente firmado a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*, ou a ampliação brasileira deste remédio judicial (RODRIGUES, 1991, p. 138, grifo nosso).

A doutrina brasileira do *habeas corpus* perdurou até 1926, mesmo desagradando aqueles políticos que viram suas ordens desconstituídas pelo Supremo. No intuito de pôr fim a essa doutrina, que perdurou por quase 36 (trinta e seis anos), Artur Bernardes, então Presidente da República, propôs uma reforma constitucional que como não poderia deixar de ser foi “feita e promulgada debaixo de estado de sítio” (1991, p. 148). O alvo da reforma empreendida pelo presidente era o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, que com independência extrema concediam *habeas corpus*, garantindo liberdades e direitos políticos contra o que eles consideravam as arbitrariedades cometidas pelo Executivo e pelo Legislativo. A surpreendente independência da Corte brasileira durante esses anos não encontra semelhança nem nos momentos de maior liberdade vividos pela a Suprema Corte dos Estados Unidos. Esse poder extremado do Supremo representa algo de extraordinário na história política e social brasileira, que foi inaugurado com a República e com a Constituição de 1891.

Em relação a essa independência do Supremo Tribunal Federal, que chegou até o governo autoritário de Artur Bernardes, e que nele provocou tal irritação a ponto de articular uma reforma constitucional, destacou Lêda Boechat Rodrigues (1991):

Naquele clima de estado de sítio do princípio ao final de seu governo, ofendia as convicções do mineiro autoritário e autocrata aquele Poder Judiciário que estendera ao máximo as raias de sua competência; um Poder Judiciário, senão harmônico, de verdade independente. De súbito, no meio de um julgamento comum, [...] lá vinha um comentário indignado de um bravo ministro que dizia expressá-lo porque também era patriota. Víamos, na prática, o que o grande *Wendell Holmes* notara: que muitas vezes a afirmação de importante princípio jurídico não se encontra nos “grandes casos”, mas em julgamentos desimportantes do ponto de vista da repercussão pública (RODRIGUES, 1991, p. 149).

A reforma constitucional de 1926 tratou de fixar expressamente os limites do *habeas corpus*, estabelecendo, a partir de então, que esse instituto se destinava a ser aplicado apenas para garantir o direito de ir e vir, não sendo mais permitida qualquer interpretação pela Corte, que pudesse desdobrar esse direito para proteger outro que não o direito de ir e vir. Assim, Artur Bernardes conseguiu castrar a extrema liberdade interpretativa, que vinha sendo dada pelos ministros do Supremo a esse remédio constitucional, que tornou ineficaz muitas vezes as tentativas do Executivo de calar os que eram contrários ao governo.

A contribuição de Rui Barbosa para o desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*, como não podemos deixar de reconhecer, foi inegável, tanto impulsionando a ação do Supremo, que serviu para consolidá-lo como um poder independente, quanto, através dela, contribuir para o estabelecimento da República, com a conformação do Supremo como um dos poderes do Estado e com o desenvolvimento da teoria constitucional entre nós.

De acordo com o discurso de Rui Barbosa (RODRIGUES, 1991, p. 156), no Senado, ao Supremo faltaria um tipo de força:

A justiça não tem armas. Quando suas decisões não merecem respeito, quando a maior das majestades deste regime é assim violada, é a mais desprezada, é a mais insultada pelos poderes fortes; quando ontem de tarde, pronunciava o Supremo Tribunal o seu julgado, concedendo-me *habeas corpus*, a mim e a todos os membros do Congresso Nacional, porque aquela magistratura julgou dever ampliar os limites de meu requerimento [...] concedendo a todos os membros do Congresso Nacional, pela liberdade que nos assiste de publicar em toda a imprensa os nossos discursos; já, esta manhã, a Polícia do Marechal Hermes invadiu o direito assim garantido, apreendendo toda a edição d’*O Imparcial* (apud RODRIGUES, 1991, p. 157).

#### **1.4 O Supremo Tribunal Federal no período pós 1930**

Com o Governo Provisório em 1930, novos episódios políticos irão afetar diretamente a instituição que, timidamente, tentou contribuir com a consolidação da República e com a defesa das liberdades públicas, do regime republicano e da Constituição.

Com a assunção ao governo, Getúlio Vargas adota uma série de medidas que implicaria em prejuízo aos ministros do Supremo e a instituição. Essas medidas, narra Lêda Boechat Rodrigues (2002, p. 32), caracterizavam uma vingança daqueles tenentes, que vitoriosos com a Revolução de 1930, condenados pelas revoltas de 1922 e 1924, tiveram seus pedidos de *habeas corpus* denegados pelo Supremo. O ministro Pires e Albuquerque, em relação aos tenentes vitoriosos, declarou “ontem condenados, agora vitoriosos, poderiam nutrir o humaníssimo sentimento da vingança” (2002, p. 32). As medidas atingiram os vencimentos dos ministros do Supremo que foram diminuídos pelo Governo Provisório e, por Decreto deste, seis deles foram demitidos em fevereiro de 1931, sob argumentos escusos: “considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada e outros da natureza relevante” (apud RODRIGUES, 2002, p. 32), foram dispensados os exames de sanidade. Seis ministros foram aposentados compulsoriamente (RODRIGUES, 2002, p. 32).

Narrou Lêda Boechat Rodrigues (2002, p. 33) que, na sessão do Supremo, acontecida no dia 25 de fevereiro, o ministro Hermenegildo de Barros lavrou de próprio punho um protesto contra o decreto de aposentadoria dos ministros, contendo importantes argumentos sobre o momento vivido pelo país e pelo Tribunal cúpula do Poder Judiciário:

Protesto (do Ministro Hermenegildo de Barros):

Em doze anos de exercício neste Tribunal, nunca tive a iniciativa de protestos, nem de votos de pesar ou de regozijo, por acontecimentos não relacionados diretamente com o fim único para o qual aqui nos reunimos.

Quando ilustres colegas do Tribunal protestaram veementemente contra o imposto de renda sobre vencimentos dos ministros, por entenderem que o imposto equivale a uma redução de vencimentos, atentatória da independência dos magistrados, eu me conservei silencioso [...].

Hoje, sou forçado a sair do meu silêncio habitual porque as circunstâncias são profundamente diferentes. Os vencimentos dos ministros do STF acabam de ser gravados de maneira extraordinária.

É sobre essa diminuição de vencimentos que ousou manifestar a minha estranheza, não tanto porque a Constituição declara que os

vencimentos dos juizes federais serão determinados por lei “e não poderão ser diminuídos”, mas porque se tem proclamado que, atualmente, *não temos Constituição*.

Externo minha estranheza sobre a diminuição dos vencimentos porque os ministros do STF foram os únicos funcionários cujos vencimentos sofreram diminuição [...].

O Governo Provisório acaba de decretar, não a demissão, mas a aposentadoria de seis ministros do Supremo Tribunal Federal contra a vontade deles. O efeito é o mesmo atenuado pelo recebimento de vencimentos. Neste caso, já não é uma simples estranheza que manifesto, como a que manifestei pela diminuição de vencimentos; é o protesto que formulo – tão veemente como os que mais o sejam – contra essa aposentadoria forçada de juizes do mais elevado Tribunal Judiciário do país.

Não sou levado a este protesto pelo mal-entendido sentimento de coleguismo. Mas há circunstâncias – e esta é uma delas – em que se compreende, e é forçoso que se manifeste, o sentimento de classe. Dois dos ilustres colegas aposentados não me são a honra de suas relações. Com eles, não obstante, e com os demais sou inteiramente solidário neste momento, quaisquer que sejam as consequências que resultem dessa solidariedade. Trata-se de exclusão acintosa de ministros que foram varridos do Tribunal, sob a consideração de que “imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento desses ministros, que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante”. É a morte do Poder Judiciário no Brasil.

[...] Se eles se mostraram impossibilitados para o desempenho do cargo, por motivo de moléstia ou de idade avançada, aí estava o processo de incapacidade física, que devia ser promovido e que não desonra ninguém. Afastá-los, porém, do Tribunal, com a vaga alusão a motivos de natureza relevante ou razões de ordem pública, sem que sejam especificados, equivale a condenar esses juizes, sem defesa, e a deixar suspensa a espada sobre a cabeça dos que forem poupados.

Nenhum ministro, digno de investidura, poder-se-á considerar garantido na situação em que se encontra, presentemente, o Supremo Tribunal Federal, que não tem, não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório.

Pela minha parte, declaro que não tenho honra nenhuma em fazer parte deste Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos, para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz capaz de cumprir com sacrifício o seu dever (apud RODRIGUES, 2002, p. 33-34, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal iria enfrentar novamente essa questão da aposentadoria compulsória de seus ministros. Com a Carta Política de 1937, a idade para a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo foi reduzida de 75 para 68 anos, atingindo de plano três ministros (RODRIGUES, 2002, p. 40).

Conforme salienta Emília Viotti da Costa (2006, p. 69), “o caráter autoritário do governo Vargas e as reformas por ele introduzidas colocaram frequentemente os

ministros do Supremo Tribunal Federal em posição difícil”. A independência do Supremo ficou abalada diante do desrespeito aos seus acórdãos, das exonerações arbitrárias de seus ministros que serviram para enfraquecer a sua independência. O ministro Prado Kelly (apud COSTA, 2006, p. 70) definiu a situação:

Naquela fase de muitas decepções e renúncias, disse ele, era excepcionalmente difícil o exercício da judicatura, sobretudo da que encarnava toda organização judicial, cujos alicerces a aluíam. Nem os acórdãos estavam imunes do desrespeito ou do desacato, nem os que os subscreviam tinham como evitar a exoneração ou a aposentadoria arbitrária [...]. O Supremo Tribunal sofria a pior condenação – de viver cerceado em um mundo de ficções remanescentes, em derredor dele, haviam ruído todas as colunas da sociedade livre. Dentro das contingências em que passou a operar, cada ministro possuía apenas o escudo de sua consciência para opor ao mando incontestável e triunfante. Resguardar a dignidade, a fim de acudir, ao menos, a dignidade alheia; manter a independência, para não se anular na submissão geral, desempenhar uma função diminuída para que os restos dela também não desaparecessem; dar um mínimo de satisfação aos que aspiravam ao máximo de amparo, de modo que não lhes faltasse tudo; zelar o seu ministério, ainda que fosse para negócios privados, não colidentes com o interesse político de maneira que não se destruísse de todo o instrumento civilizador do direito – tal a missão que as circunstâncias haviam traçado aos membros da mais alta congregação judiciária (apud COSTA, 2006, p. 70).

Com a Constituição de 1934, a denominação do Tribunal foi alterada para “Corte Suprema”, mantendo-se, porém, a sua estrutura. Passados três anos, com o advento da Carta Constitucional de 1937, retornou à sua nomenclatura anterior, Supremo Tribunal Federal, no entanto, importantes alterações foram introduzidas no seu funcionamento e foi limitada a sua atuação. O presidente e o vice-presidente da Corte passaram a ser nomeados não mais pelos seus pares, mas pelo presidente da República, retirando a autonomia do Supremo. Várias medidas adotadas por Vargas reduziram a competência do Tribunal, transformando-o, “de certo modo, em um instrumento do regime” (COSTA, 2006, p. 74).

Com o Estado Novo, os ministros do Supremo viram ser restringida, completamente, a liberdade que tinham no período anterior de poder conceder de forma ampliada o *habeas corpus* – a doutrina brasileira do *habeas corpus* por eles criada. Desse modo, a Corte perdeu a importante função que exercia anteriormente de defesa dos direitos dos cidadãos (COSTA, 2006, p. 75). No julgamento do primeiro mandado de segurança requerido na Corte Suprema, em setembro de 1934, o pedido foi negado

sob “a alegação de que os atos praticados pelos delegados do governo provisório estavam, pela Constituição, excluídos de qualquer apreciação judiciária” (COSTA, 2006, p. 76). Agia, portanto, a Corte aceitando a restrição que lhe fora imposta e os cidadãos passaram a ficar “à mercê das autoridades governamentais” (COSTA, 2006, p. 76).

A Carta de 1937 também excluiu da apreciação judicial “questões exclusivamente políticas, expressão vaga e de difícil definição, que dava margem a interpretações arbitrárias” (COSTA, 2006, p. 76); excluiu, ainda, da apreciação da Corte a constitucionalidade das intervenções do governo federal nos Estados, considerado ato de natureza exclusivamente política (COSTA, 2006, p. 76). Outra restrição importante imposta à Corte pela Carta de 1937 se refere ao controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal, uma alteração dissimulada acabou por permitir uma concentração maior de poder nas mãos do governo, assim cabia:

ao Executivo, sempre que aquele órgão [Supremo] declarasse a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do presidente, fosse necessária ao *bem-estar do povo* ou à promoção do *interesse nacional*, submetê-la novamente ao exame do Congresso. Se este a confirmasse por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Essa prerrogativa, entretanto, teria efeito sobretudo simbólico, pois a partir de 1937 o Congresso foi dissolvido e Vargas passou a governar por decretos. Daí por diante, coube ao presidente confirmar dispositivo de decreto-lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal. De fato, Vargas faria uso desse direito para anular decisões do Supremo (COSTA, 2006, p. 77).

O Supremo concedeu vários mandados de segurança contra a cobrança de imposto de renda sobre os proventos de magistrados e funcionários. Todavia, Vargas, através de Decreto-Lei, em 5 de setembro de 1939, “reiterou sua posição a favor do pagamento do imposto [...] considerando que a decisão do Supremo Tribunal não respeitava o interesse nacional [...]” (COSTA, 2006, p. 77). Segundo salienta Costa (2006, p. 78), foi a primeira vez que um “acórdão do Supremo era cassado por decreto-lei do Executivo”. No governo Vargas, ao Supremo foi reservado um papel subordinado. Pelo artigo 186 das Disposições Transitórias da Carta de 1937, foi permitida a declaração de estado de emergência pelo executivo, que ficou na alçada exclusiva do presidente da República, tendo em vista que a única instituição que o artigo permitia o questionamento da medida era a Câmara, sendo que ela não chegou a ser convocada (COSTA, 2006, p. 78).

É importante observarmos a grande distinção no papel desempenhado pelo Supremo, antes na Primeira República e aquele que lhe foi destinado após a Revolução de 1930. Realmente, nos seus anos iniciais, como uma instituição republicana, o Supremo através de seus julgamentos, muitas vezes sentenciou contra os atos arbitrários do Executivo; desse modo, foi se posicionando como um dos poderes da República, a favor da defesa de direitos. Apesar dessa independência construída, durante longos anos, ainda não possuía tanto poder e força para conter um Executivo autoritário. Nesses termos, Emília Viotti da Costa (2006, p. 79) reconhece que o Supremo em seus anos iniciais se colocava como um Terceiro Poder dentre aqueles que compunham a República.

Ademais, com o controle da imprensa, “as controvérsias originadas por decisões do Supremo Tribunal Federal, tão comuns durante a Primeira República” (COSTA, 2006, p. 79), desapareceram. Não se ouviam mais no Tribunal os debates acalorados que atraíam multidões à Corte, nem o clima político era “propício à eloquência de um Rui Barbosa” (2006, p. 79) e raros eram os advogados que desafiavam a ordem vigente. Vários *habeas corpus* foram negados pela Corte, a exemplo de em 1935, a favor de João Mangabeira e a Olga Bernardes; em 1936, a João Mangabeira e seu filho, e outros (2006, p. 90). Com esses julgados, o Tribunal se afastou completamente da doutrina brasileira do *Habeas Corpus*.

Vinha o Supremo tendo sua atuação cerceada, desde 1930, seja pelos decretos do governo revolucionário, seja pelos dispositivos da Carta de 1934, depois vieram as leis de exceção aprovadas pela maioria do Congresso: Lei de Segurança Nacional; criação do Tribunal de Segurança; decretação do estado de guerra; suspensão das garantias constitucionais de deputados e senadores; situação que perdurou até 1937, quando Vargas passou a legislar por decretos (COSTA, 2006, p. p. 92). João Mangabeira, que teve diversos *habeas corpus* seus negados pelo Supremo, afirmou que a instituição que mais faltou à República não foi o Congresso mas o Supremo. Todavia, em virtude da conivência do Congresso, após 1930, segundo Emília Viotti da Costa (2006, p. 92), esta frase deve ser invertida, pois em sua visão, que nos parece correta, a aprovação de diversas leis pelo Congresso, conforme a vontade do Executivo é da responsabilidade do Legislativo. Portanto, a traição ao regime republicano partiu do Congresso, pois este foi quem descumpriu a “sua função de representante da nação, concedendo ao Executivo leis, que se tornaram instrumentos de opressão e de exclusão da grande maioria do povo brasileiro” (COSTA, 2006, p. 92).

É de se observar, porém, que os Poderes Legislativo e Judiciário sob a pressão de Getúlio Vargas passaram a ter sua função controlada pelo Executivo, retendo este uma grande margem para praticar excessos contra o povo brasileiro e contra aqueles que divergiam de seus métodos. A Constituição de 1934 fora derrogada pelo presidente da República em 1937, que editou uma nova Constituição que deveria ser aprovada por plebiscito, mas esse jamais se realizou. Esta Carta que foi outorgada em 1937, também, chamada de Constituição Polaca, “traduz uma ruptura com a história constitucional do Brasil”, como salienta Gilmar Mendes (1996, p. 29), trouxe em seu preâmbulo a intenção de combater “de forma efetiva, o Comunismo” (1996, p. 29). Nessa Constituição, criou-se a possibilidade de suspensão de um ato normativo (lei, decreto, resolução etc) declarado inconstitucional pelo Supremo, através de resolução do Poder Legislativo, sendo para tanto necessário à aprovação por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). A real intenção era “cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*. A lei assim *confirmada* ganhava a força de uma Emenda Constitucional” (1996, p. 30). Dessa forma, os ministros do Supremo perdiam sua autoridade judicial e o Legislativo, por meios officiosos, concediam mais poder ao Executivo.

Conforme destacado por Gilmar Mendes (1996), a justificativa para esse instituto fundamentava-se no “caráter pretensamente ‘antidemocrático’ da jurisdição”, servindo o controle de normas “como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um *Poder Moderador*” (1996, p. 30). Com certeza, não podemos deixar de acreditar que um Tribunal constitucional atuante seria um forte entrave para um Executivo com pretensões autoritárias.

Coube a Francisco Campos organizar a Constituição de 1937. Ele não acreditava ser da essencialidade da atividade judicial desempenhada pelo Supremo o poder de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos; os juízes, a seu ver, estavam carregados de suas próprias ideologias, de modo que não seriam imparciais na interpretação normativa, podendo exercer “uma supremacia política” (MENDES, 1996, p. 30). Tendo em vista esse risco, melhor seria o Legislativo, poder representativo do povo, exercer controle sobre as decisões do Tribunal que declarassem a inconstitucionalidade de um ato normativo (MENDES, 1996, p. 30). As palavras de Francisco Campos manifestadas, em 1938, nas *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro* foram citadas em nota de rodapé por Gilmar Mendes (1996) e são elucidativas:

Não me parece essencial ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis ou de recusar-lhes a execução com fundamento na sua incompatibilidade com a carta constitucional. Para que se pudesse considerar essencial essa prerrogativa seria indispensável que sem ela não se pudesse conceber a existência do Poder Judiciário.

Ora, tal prerrogativa não é um atributo que se encontre reconhecido universalmente ao poder judiciário. Ao contrário, é um atributo do poder judiciário do tipo americano, e mesmo nos Estados Unidos seriamente combatido com os melhores fundamentos.

Os lecionistas são, por natureza, conservadores, e a perspectiva de mudanças, inovações ou experiências sempre os intimida. Os interesses criados constituem o centro das suas preocupações. Nos arranjos ou nas combinações dos mecanismos de governo, de processo ou de justiça, o que domina os seu espírito não é o lado dinâmico, liberal ou progressista, mas o estático, o das garantias que assegurem a permanência do *status quo*, a duração do adquirido, a estabilidade das situações consolidadas, a conservação dos interesses criados. [...]

Os lecionistas que formularam a teoria da Constituição americana não constituíam exceção aos caracteres que definem em todo o mundo a família dos lecionistas.[...] Ora, os juizes, não só pela formação especial do seu espírito, como pela situação privilegiada que lhe era assegurada na Constituição, tenderiam, naturalmente, a manter a ordem de cousas estabelecida, procurando, de boa-fé, interpretar a Constituição no sentido da concepção do mundo próprio à sua família espiritual, isto é, de acordo com o princípio, que informa toda filosofia conservadora [...].

O motivo de controle judicial, inventado pelos lecionistas americanos, correspondia, inteiramente, aos motivos conscientes ou obscuros, que os inspiravam. [...] idealizada por uma hábil propaganda, que conseguiu criar no público a convicção de que a peça teria por função proteger o povo contra os abusos do poder.

A verdade, porém, é que o mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis tinha por fim exclusivo a proteção dos interesses criados ou da ordem das cousas estabelecida contra as veleidades de iniciativa dos poderes representativos no sentido de favorecer as aspirações populares ou de alterar, na direção democrática, as relações de poder existentes do País ao tempo da promulgação da Constituição.

A ideologia conservadora encontrou, assim, no poder judiciário, o instrumento destinado a moderar ou inibir os ímpetus democráticos da Nação. A Constituição passava, por um processo metafísico, a incorporar a filosofia dos juizes.[...] Só era constitucional a concepção do mundo dos juizes, os seus pontos de vista preconcebidos em relação à sociedade, aos direitos individuais e aos interesses da Nação. Por este artifício, a política de uma democracia, a qual como toda política democrática, é eminentemente ativa e dinâmica, era transferida dos órgãos de delegação popular para um cenáculo de notáveis, que uma série de prerrogativas e de privilégio tornava independente, senão impermeável às mudanças operadas no sentimento público ou na concepção da vida dos seus contemporâneos.

[...]

Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo destinados a ser exercidos para grandes fins públicos. Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto insusceptível de inteligência pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundava na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas. O controle judicial da constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção do povo, era um expediente sabiamente engenhado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes.

É como se vê uma sobrevivência do poder moderador da monarquia, um resíduo monárquico que se enquistou nas instituições democráticas com o fim de embaraçar os seus movimentos naturalmente orientados no sentido das inovações [...].

[...]

Eis aí como, em instituições democráticas, o povo, ao invés de controlar, passa a ser controlado por um poder em cuja formação não participou e cujos processos de controle, duplamente dissimulados, porque exercidos sob as modestas aparências de um litígio de direito comum e envolvidos em uma técnica somente acessível a especialistas, escapam ao registro crítico da opinião popular.

A modificação introduzida pela Constituição de 10 de novembro teve por fim repor na Nação o controle do governo, submetendo-o ao juízo do povo, ao qual deve ficar livre a opção quando se tratar de por em movimento o mecanismo constitucional no sentido de serem realizados os grandes fins do governo, fins de ordem pública e geral, em relação aos quais o pronunciamento definitivo não pode deixar de caber ao povo. É a passagem do governo dos cenáculos para o governo do povo.

[...]

[...]A interpretação, por sua vez, longe de ser passiva e neutra, é um processo de criação ou de elaboração ativa. Quando a lei a ser interpretada é a Constituição, a generalidade, a amplitude, a compreensão da matéria abre um vasto campo à contribuição do intérprete que, embora animado da maior boa-fé, não pode deixar de verter em termos da sua filosofia pessoal ou da sua concepção de vida problemas do maior interesse vital para todo o mundo e em torno de cuja expressão, por mais precisa que seja, não pode deixar de existir

um halo de indeterminação propício às opções do temperamento, do caráter ou da vontade.

Nestas condições, atribuir a supremacia ao judiciário é atribuí-la à filosofia dos juízes. Em se tratando de interesse nacionais, dos grandes poderes do governo e dos grandes fins públicos a que o governo se destina, é, certamente, mais democrático senão mais acertado, preferir à filosofia e à opção dos juízes a opção e a filosofia da Nação (apud MENDES, 1996, p. 30-31-32).

No contexto da época, as questões levantadas por Francisco Campos tinham por finalidade justificar o autoritarismo que ele defendia, sendo argumentos extremamente adequados ao governo de Vargas.

A atribuição de suspender as decisões judiciais julgadas inconstitucionais pelo Supremo que, de acordo com a Constituição de 1937, no art. 96, § único<sup>6</sup>, conferia ao Parlamento a prerrogativa para decidir, por resolução, contrária à sentença, passou a ser exercida “diretamente pelo ditador mediante decreto-leis” (MENDES, 1996, p. 32). Após a decisão do Parlamento, à Corte, que havia declarado a inconstitucionalidade, era imposto o reconhecimento da validade da lei. A supremacia, portanto, foi transferida para a esfera Legislativa, podendo por provocação do Presidente, uma lei julgada inconstitucional, continuar, posteriormente, por decreto executivo com entendimento contrário prevalecer sobre um aresto do Supremo. Sobre essa forma de intromissão do Poder Legislativo nas sentenças do Supremo, com previsão contida na Constituição de 1937, cita Gilmar Mendes (1996) o voto do ministro Carlos Maximiliano no Mandado de Segurança 623, constatando que tal prerrogativa “usou o Sr. Presidente da República, escudado no art. 180 da Constituição” (1996, p. 33), sendo que no Direito Comparado “a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos *não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo*” (MENDES, 1996, p. 34, grifo nosso).

Como salientou Gilmar Mendes (1996), independente da fonte original desse instituto, o direito de reforma da sentença do Supremo, é “certo que ele não estava previsto, nem implicitamente, na Constituição polonesa de 23-4-1935, uma vez que esse texto sequer previa o controle de constitucionalidade” (MENDES, 1996, p. 34). A

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo Único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a declaração do Tribunal.

possibilidade de cassar uma decisão judicial retroagindo os seus efeitos, bem como a preservação da lei declarada inconstitucional concedem ao modelo constitucional de 1937, uma “configuração peculiar e, provavelmente, sem paradigma no direito comparado” (1996, p. 34). Nesse sentido, observa o autor:

diferentemente da práxis desenvolvida nos Estados Unidos, a fórmula consagrada pela Carta de 1937 não apenas permitia a constitucionalização de normas consideradas até então inconstitucionais, como também ensejava a cassação da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal (MENDES, 1996, p. 34).

Como podemos ver, por essa previsão constitucional de reforma da decisão do Supremo, este teve a sua independência, autonomia e poder, seriamente atingidos, em 1937. Desfez-se o importante papel que a Corte, em anos de luta na tentativa de conter os abusos cometidos pelo Executivo, que mesmo timidamente vinha conseguindo impor, ela favoreceu a consolidação da República, os direitos civis e até mesmo o equilíbrio democrático no jogo político.

Em 15 de janeiro de 1945, em ato expedido pela Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, foi requerido ao Presidente da República, o retorno do Supremo Tribunal Federal à sua independência, limitada desde 1937 (COSTA, 2006, p. 102-103).

Em 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas foi deposto. Assumiu o governo o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Linhares, iniciando-se uma nova etapa na história da Corte (COSTA, 2006, p. 104). No governo de José Linhares, foram adotadas as seguintes medidas: extinção do Tribunal de Segurança Nacional; revogação do estado de emergência; eliminação da aposentadoria compulsória por conveniência do regime, essa que tanto prejudicou a independência da Corte; suspensão da censura prévia. Após a posse do Presidente eleito Eurico Gaspar Dutra, em 31 de janeiro de 1946, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em fevereiro. Permaneceu a Carta de 1937 até a entrada em vigor da nova Constituição, em 18 de setembro de 1946, tendo Dutra, nesse interim governado por Decreto (COSTA, 2006, p. 106-107). Nessa Constituição, foi reativada a cláusula da Constituição de 1934 sobre “a suspensão, pelo Senado, da vigência de norma declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal, generalizando-se dessa forma o seu efeito” (COSTA, 2006, p. 108).

Com a Constituição de 1946, foi criado o Tribunal Federal de Recursos, permitindo ao Supremo sobressair-se no “seu papel de árbitro de federação nos conflitos políticos e de jurisdição e o papel de guardião da Constituição” (COSTA, 2006, p. 109), de modo que a competência do Tribunal sofreu algumas modificações. Com a Constituição de 1946, a Corte voltou a julgar o Presidente da República em crimes comuns; em recurso ordinário, os crimes políticos, omitidos na Carta de 1937. Mantiveram as competências anteriores. Foi eliminada a cláusula existente na Carta de 1937 que conferia a Presidente o direito de submeter ao Parlamento a decisão do Tribunal, que declarasse a inconstitucionalidade de lei. Na Constituição de 1946, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público só poderia ocorrer com o voto da maioria absoluta dos seus membros (COSTA, 2006, p. 111).

Emília Viotti da Costa (2006) observa que se aplicava ao Supremo Tribunal Federal, durante esse período, uma tentativa de:

coniliar a linguagem liberal, ‘politicamente conveniente’ e necessária, a interesses restritos das classes dominantes com pressupostos estatizantes e principalmente corporativistas aplicados à classe operária. O resultado foi um liberalismo conservador e pouco democrático. A demora nas decisões e o custo dos processos continuavam a excluir o cidadão comum do Supremo Tribunal Federal (COSTA, 2006, p. 122).

Por essa visão, podemos ver que a Corte pouca relação guardava com aquela que teve a ousadia de criar a “doutrina brasileira do *Habeas Corpus*”.

### **1.5 O Supremo Tribunal Federal após o golpe de 1964**

O Supremo Tribunal Federal com o golpe de 1964 teve que enfrentar muitos problemas. Emília Viotti da Costa (2006) assim descreve esse período:

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e o seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos do Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor do poder (apud COSTA, 2006, p. 159).

Seguidamente ao golpe de 1964, foi o poder assumido pelos militares que alteraram significativamente os poderes Legislativo e Judiciário; os poderes do Executivo, de forma contrária, foram aumentados, tal como ocorreu no Estado Novo. Novamente, o Supremo Tribunal foi “atingido por várias medidas que interferiram em sua composição e limitaram seus poderes” (COSTA, 2006, p. 159), impedindo que os atos do Executivo fossem apreciados pelo Tribunal. Vários direitos e garantias dos cidadãos ficaram subordinados “ao conceito de segurança nacional” (2006, p. 159). A Constituição de 1946 vigorou até 1967, “quando uma nova Carta Constitucional foi submetida à aprovação da Câmara” (2006, p. 159), apesar de ambas terem sofrido mudanças em seu conteúdo em razão dos Atos Adicionais e das inúmeras Emendas Constitucionais (2006, p. 159).

Estando na posse da presidência da República, Humberto Alencar Castelo Branco, em visita ao Supremo, foi recebido pelo ministro Ribeiro da Costa, o qual pronunciou um discurso afirmando que seria natural o “sacrifício de alguns princípios e garantias constitucionais”, conforme podemos depreender da citação de Emília Viotti da Costa (2006), que narra:

que o ministro, depois de afirmar que a sobrevivência da democracia nos momentos de crise se havia de fazer com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais, acusou o governo deposto de ser responsável pela situação em que se encontrava o país (o que era também opinião dos militares e dos que os apoiavam), mas ressaltou que a Justiça, quaisquer que fossem as circunstâncias políticas, não tomava partido, não era a favor ou contra, não aplaudia nem censurava. Mantinha-se equidistante, acima das paixões políticas (COSTA, 2006, p. 161).

Argumentou Emília Viotti da Costa (2006) que a fala do ministro na prática era impossível de se materializar, pois como seria possível a “um Judiciário que se queria independente e acima das paixões políticas sacrificar princípios e garantias constitucionais que deveria defender?” (2006, p. 162), e mais: “Como poderia o Tribunal cooperar com o Executivo, mantendo sua neutralidade, autonomia e independência? Como exerceria a sua função de defensor da Constituição, se esta a cada passo sofria alterações que modificavam o seu texto” (2006, p. 162)?

Um *habeas corpus* impetrado na Corte a favor da liberdade de pensamento e de cátedra, garantida pela Constituição, a pedido do professor Sérgio Cidade de Resende, preso preventivamente, como incurso nas penas da Lei 1.802, de janeiro de 1953, que

definia os crimes contra o Estado e a ordem política e social; teve seu julgamento ocorrido no dia 24 de agosto de 1964, sendo relator o ministro Hahnemann Guimarães. O julgamento levantou a questão da liberdade de expressão, que foi “defendida galhardamente pelos ministros” (COSTA, 2006, p. 162). Acompanharam o relator os ministros Evandro Lins e Silva e Hermes de Lima, em defesa da tese da liberdade de expressão e de cátedra. O ministro Pedro Chaves, apenas “acompanhou o relator no terreno legal, mas ressaltou que divergia no terreno político-ideológico” (COSTA, 2006, p. 162).

Muitos *habeas corpus* chegaram ao Supremo nessa época, contudo, o Tribunal se viu privado de sua competência para julgá-los, sendo essa deslocada para a atribuição exclusiva da Justiça Militar. Durante o governo de Castelo Branco, que se julgava um legalista, cresceu a hostilidade dos militares em relação ao Supremo (COSTA, 2006, p. 163).

Um pedido de *habeas corpus* a favor do governador do Estado de Goiás, Mauro Borges Teixeira entrou no Supremo Tribunal Federal, em novembro de 1964, “submetido a inquérito policial militar, quando tinha prerrogativas de foro de acordo com a Constituição estadual” (COSTA, 2006, p. 163). Respondendo o pedido de informações formulado pelo Supremo, Milton Campos, ministro da Justiça, justificou o processo com base no “Ato Institucional, de 9 de abril de 1964 e pela portaria n. 1, que criara a abertura de inquérito policial militar para ‘todos aqueles que, no País, tivessem desenvolvido ou ainda estejam desenvolvendo atividades capituláveis nas leis que definem os crimes militares e os crimes contra o Estado e a ordem política e social’” (COSTA, 2006, p. 164). A ordem concedida foi “acatada pelo auditor em exercício da 4ª Região Militar” (2006, p. 164). O ministro relator Gonçalves Oliveira fez um discurso sobre a independência do Supremo em tempos de crise, citado por Emília Viotti da Costa (2006):

A Constituição é o escudo de todos os cidadãos, na legítima interpretação desta Suprema Corte. É necessário, na hora grave da história nacional, que os violentos, os obstinados, os que têm ódio no coração, abram os ouvidos para um dos guias da nacionalidade, o maior dos advogados brasileiros, seu maior tribuno e parlamentar, que foi Rui Barbosa: Quando as leis cessam de proteger nossos adversários, virtualmente, cessam de nos proteger (apud COSTA, 2006, p. 164).

Concedido o *habeas corpus* por unanimidade seu efeito não foi alcançado, pois “Castelo Branco decretou intervenção em Goiás e Mauro Borges foi deposto” (COSTA, 2006, p. 164). Passou o governo militar a ignorar as ordens proferidas pela Suprema Corte brasileira, pondo fim à independência dos julgados da Corte.

O governador de Pernambuco Miguel Arraes de Alencar, sob a acusação crime de “tentativa de mudança da ordem política e social mediante ajuda de Estado Estrangeiro” (COSTA, 2006, p. 164), foi deposto e preso, em 31 de março de 1964, correndo o processo perante a Justiça Militar. Em 19 de abril de 1965, quase um ano depois, continuava Miguel Arraes preso. Foi impetrado, então, um *habeas corpus*, no Supremo Tribunal, para que o paciente fosse posto solto, sendo nele alegado a incompetência da Justiça Militar. O *habeas corpus* que havia sido negado pelo Superior Tribunal Militar foi concedido por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, que antes pedira informações ao Superior Tribunal Militar, tendo este informado que o paciente: “figurava como cabeça da subversão no Nordeste, sendo apontado como ‘ativista da linha comunista, orientação chinesa, juntamente com o ex-deputado Francisco Julião, Gregório Bezerra’” (COSTA, 2006, p. 165).

Outras decisões do Supremo Tribunal tentaram impedir os abusos cometidos pelos militares, sendo concedido, nessas sentenças, o *habeas corpus* requerido aos presos políticos, que respondiam a crimes supostamente cometidos. Essas decisões “acabaram por levar o governo a interferir no STF em flagrante violação aos dispositivos constitucionais” (COSTA, 2006, p. 165), pois suas sentenças além de desagradarem o comando militar intencionavam, ao garantir liberdades, limitar as ações do Executivo.

Uma entrevista do ministro Ribeiro da Costa, presidente do Supremo, em 20 de outubro de 1965, sobre a intenção do governo de aumentar os ministros da Corte, serviu para agravar a crise já existente entre esses poderes e a justificar a intervenção na Corte. Nessa entrevista, o ministro “condenava a interferência do Executivo e do Legislativo no Judiciário e observava que o aumento de seus membros só poderia ocorrer por recomendação do Supremo e votação do Senado”; por fim, “repudiava o envolvimento dos militares, equiparando-os aos agitadores do período de Goulart” (COSTA, 2006, p. 166), tendo salientado, ainda, Ribeiro da Costa, a independência da Corte: “os militares que se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação” (2006, p. 166). Não deixou de salientar, citou Emília Viotti da Costa (2006) sobre a distinta independência da Corte:

A atividade civil pertence aos civis, declarou o ministro. Lembrou aos militares que eles tinham jurado fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição, e que ao Supremo cabia o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, sendo por isso *investido de excepcional independência* (COSTA, 2006, p. 166, grifo nosso).

A opinião da imprensa sobre esse conflito foi destacada por Emília Viotti da Costa (2006): “o *Correio da Manhã* denunciou a gravidade da situação e a indisciplina do ministro da Guerra [que teceu críticas ao ministro Ribeiro da Costa]. Acusou o governo de atentar contra o princípio da independência e harmonia dos poderes” (2006, p. 166). Outro jornal, o *Jornal do Brasil* não tomou partido sobre o incidente. O jornal *O Globo*, por sua vez, “apoiou o governo, afirmando que a continuidade da revolução estava em jogo. Para atingir os seus fins, ela tinha que ser uma, não podendo existir um Executivo pró-revolucionário, um Legislativo ambivalente e um Judiciário neutro” (COSTA, 2006, p. 166).

Em 27 de outubro de 1965, Castelo Branco emitiu o Ato Institucional n. 2. Este atingiu o Supremo ao alterar a sua composição que passou de onze ministros para dezesseis, os cinco novos ministros pertenciam a UDN, mais adequados ao governo (COSTA, 2006, p. 167). As garantias constitucionais dos juízes, tais como vitaliciedade e estabilidade foram suspensas. Foram retiradas do Supremo a apreciação da suspensão dos direitos políticos, a cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. Conforme destacou Emília Viotti da Costa (2006, p. 167), “o AI-2 institucionalizava o arbítrio sob a fachada de legalidade”.

Uma grande inovação nesse período em relação à atuação do Supremo Tribunal, foi a aprovação da:

Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que introduziu cláusula no artigo 101, parágrafo 1º, da Constituição de 1946, pela qual ficava permitido ao Supremo Tribunal julgar, em tese, as leis e os atos normativos federais mediante representação do procurador-geral da República. Por meio dessa emenda, depois incorporada à Carta de 1967, o controle de constitucionalidade ganhou plenitude total (COSTA, 2006, p. 167).

A declaração de inconstitucionalidade em tese que passou com a Emenda a ser concedida ao Supremo Tribunal Federal destinava-se “à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais” (MENDES, 1996, p. 65), cabendo ao Procurador-Geral

da República, nesses casos, um “papel especial de *advogado da Constituição*” (MENDES, 1996, p. 65). Foi positivada na Constituição a “instituição de um advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) que deveria deflagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição” (MENDES, 1996, p. 65), sendo dispensado, para o exercício desse controle, qualquer interesse específico; o Procurador-Geral, atuava como um representante do interesse geral.

Foi promulgada, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição para o país, que entrou em vigor, em 15 de março de 1967, quando assumiu a Presidência o Marechal Costa e Silva. Esta Constituição teve por preocupação a segurança nacional e concedeu maiores poderes à União e ao Presidente da República, mas acima de tudo, reduziu a “autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937” (SILVA, 2002, p. 87). Ao conceder maior poder ao Executivo para governar por decretos-leis justificados por “expressões vagas como urgência, interesse público ou matéria de segurança nacional” (COSTA, 2006, p. 169), diminuiu, quando não retirou as atribuições do Legislativo e do Judiciário. Como salientou Emília Viotti da Costa (2006), com a Constituição de 1967, se constatou uma significativa distância entre o seu texto e a realidade:

Novamente se repetiria a discrepância, tantas vezes denunciada na história do país, entre o que afirmava o texto constitucional e o que sucedia na prática. O artigo 150 da Constituição assegurava o recurso ao Poder Judiciário em casos de lesão de direito individual, a plena liberdade de consciência, a liberdade de manifestação de pensamento, de convicção política e filosófica. No entanto, muitos cidadãos foram presos e submetidos a inquéritos militares por suas convicções políticas e filosóficas, em nome da segurança nacional, sendo-lhes vedado o recurso ao Judiciário. [...] A partir do aparecimento da guerrilha, no entanto, não só a tortura foi usada contra presos políticos como a pena de morte foi instituída e vários presos foram mortos ou desapareceram sem deixar traços. A lei assegurava ao acusado plena defesa. Concedia *habeas corpus* sempre que alguém sofresse ou se achasse na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Mas os *habeas corpus* ficariam suspensos em casos de “crime contra a segurança nacional” (COSTA, 2006, p. 169-170).

Apesar do crescente e arbitrário poder do Executivo, o Tribunal, mesmo tendo suas funções extremamente limitadas “continuava a tomar decisões, que desagradavam

a setores de linha dura das Forças Armadas. No dia 10 de dezembro de 1968, o Supremo ordenou a libertação de 81 estudantes, detidos desde junho” (COSTA, 2006, p. 171). Novo ato do governo atingiria o Supremo. Em 13 de dezembro de 1968, o presidente Costa e Silva “baixou o Ato Institucional n. 5, outorgando ao presidente da República poderes excepcionais que lhe permitiriam atuar na ordem institucional sem apreciação do Judiciário. Dessa forma, o Ato se sobrepôs mais uma vez à Constituição vigente” (COSTA, 2006, p. 171). Foi determinada a suspensão da garantia constitucional do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, sendo excluído, ainda da apreciação judicial qualquer conduta descrita no Ato Institucional n. 5 (2006, p. 172). Por intermédio do Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, foi declarado o “recesso por tempo indeterminado do Congresso Nacional, ficando o Poder Executivo incumbido de legislar por decreto” (2006, p. 172).

Outro Ato Institucional, de n. 6 afetou o Supremo Tribunal. Através dele reduziu-se de dezesseis para onze o número de ministros, restringiu-se a sua competência, pois, mais uma vez, foi estendida “a jurisdição da Justiça Militar aos civis nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou instituições militares” (COSTA, 2006, p. 173), mantendo-se excluídos de apreciação judicial civil as condutas que infringissem o novo ato. Novamente ocorreram desligamentos involuntários de ministros, foram compulsoriamente aposentados três ministros do Supremo: Evandro Lins e Silva, Hermes de Lima e Vitor Nunes Leal. Outros dois ministros, Gonçalves de Oliveira renunciou e Lafayette de Andrada aposentou-se, ambos em solidariedade aos colegas. Em 1969, o Supremo encontrava-se quase totalmente renovado e as vagas estavam preenchidas por ministros da confiança do regime (COSTA, 2006, p. 173).

Com base nesse levantamento histórico, evidencia-se a nossa primeira grande hipótese, pois a partir do estudo sobre o Supremo, que se inicia com a Constituição de 1891, podemos estabelecer uma nítida distinção entre o Supremo Tribunal Federal, antes de 1968 e o mesmo Supremo Tribunal Federal, depois da Constituição de 1988. Podemos observar que a fase republicana pré-68 não se caracterizou por buscar no Direito um fundamento para a vida política e social brasileira. Os direitos e a Constituição no Brasil não serviram absolutamente para resolver os conflitos políticos, econômicos e sociais; estes conforme vimos acima eram resolvidos pelo poder político, que, por sua vez, solucionava os conflitos, em última análise, pela força. Daí o papel

jogado pelas Forças Armadas, de árbitros – arbitrários – dos conflitos políticos que não foram consensualmente resolvidos pelas elites e partidos políticos.

Os direitos individuais, de cunho liberal foram a tônica para a atuação do Supremo até 1968, que atuou de maneira mais pautada pela experiência da Suprema Corte estadunidense. As condições sociais – analfabetismo, falta de organização da sociedade, pobreza e toda uma sequência de problemas – impediam que a sociedade pudesse visualizar no direito a sua forma de auto-organização. Dessa maneira, tanto entre as elites políticas quanto entre a massa da população, o sistema jurídico – o judiciário e o sistema legal – não eram vistos como reservas democráticas da sociedade, mas como campo de lutas e conflitos ou como um território estranho e afastado da vida democrática para quase toda a sociedade. Nessas circunstâncias, coube ao Supremo um papel secundário no jogo político e na vida da população e de seus agentes.

A Constituição de 1988 irá reverter dramaticamente esse quadro, reservando ao Supremo Tribunal Federal uma importante missão, ser guardião da ordem constitucional brasileira.

## 2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a promulgação da Constituição de 1988 e o fim do regime militar, ocorreu significativa mudança na organização da sociedade brasileira, as possibilidades de vida democrática foram ampliadas no Brasil e o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um papel chave. A Constituição tratou de prever, de um modo ou de outro, a natureza arbitral do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que criou uma espécie de quarto poder: o Ministério Público. Em outros termos, o pacto constitucional foi elaborado de modo a afastar a “necessidade” de intervenções militares em situações de conflito, reservando ao STF funções arbitrais e de guardião da Constituição<sup>7</sup>. O desenho constitucional retirou definitivamente das intervenções militares qualquer aura de legitimidade, ou a possibilidade de golpes em defesa da “legalidade”. A novidade em relação ao passado é que a nova posição do Supremo não se restringe à defesa contra intervenções militares, abarcando a responsabilidade por dirimir conflitos entre Executivo e Legislativo, a consideração de novos direitos frente à ampliação desses na carta ou a interpretação dos direitos já conhecidos, dentre outras.

A Constituição de 1988, apresentando uma ampla carta de direitos, novos instrumentos de defesa para esses mesmos direitos, bem como a ampliação do rol de legitimados para postular perante o Tribunal constitucional, serviu para conduzir o Supremo Tribunal Federal à posição de protagonista, que antes desconhecido, agora encarregado de atualizar permanentemente a Constituição, tal como os direitos de minorias e outros: cotas para negros, união homoafetiva, pesquisas com embriões etc. Esse novo protagonismo se viu reforçado, porque o Supremo, além de atuar como Corte constitucional, acumula funções de tribunal de recursos, responsável pela palavra final nesses julgados; casos esses que talvez não precisassem constar da pauta do Supremo se ele exercesse somente aquela função. Atua, ainda, o Supremo como Tribunal para julgamento de causas que devem ser necessariamente originadas na Corte.

Como Corte constitucional tem a função não apenas de revisão constitucional, mas de proteção dos direitos das minorias. Nesses casos, mesmo possuindo uma competência explícita, o seu papel vem sendo constantemente redefinido, pois este implica em uma construção ao longo do tempo, diante de perplexidades, em decisões,

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...].16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

em revisões etc. De forma que, nessas circunstâncias, nada mais natural que os juízes do Supremo, também juristas e professores de Direito, busquem inspiração e orientação em experiências importantes, de maneira especial na Suprema Corte dos Estados Unidos, modelo inicial e no Tribunal Constitucional Federal alemão, referência contemporânea, caminha o Supremo, assim, trilhando os passos do constitucionalismo e das Cortes no pós-guerra.

A conformação do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988, demonstra que o órgão atua sob os influxos da proteção dos direitos fundamentais e sob a sua colocação no papel proeminente que lhe foi destinado no jogo democrático da forma como desejada pelo constituinte em 1987. Essa nova definição ambicionada pelo constituinte significa, por sua vez, uma guinada brutal quando se compara com a função que antes era por ele exercida. Os debates realizados na constituinte, em 1987, demonstraram uma clara intenção entre os seus participantes de destinar ao Supremo uma posição ímpar na República brasileira – ao final, foi colocado em suas mãos um grande poder político. Portanto, desde 1891, com a fundação da República brasileira, o Tribunal constitucional tentava se afirmar como um poder para fazer frente aos abusos e arbítrios de um Executivo forte, que agia somente pela força, após 1988, ganhou relevância e poder extremo, conforme foi idealizado pela Constituinte.

As intenções dos constituintes vindos de um período longo de autoritarismo foi conceder ao Supremo Tribunal Federal um papel mais forte no jogo democrático. Foi destacado, nos relatos registrados, nas Atas das Comissões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que o Poder Judiciário brasileiro contava com uma justiça dual, que deixou reservadas aos Estados as matérias pertinentes à organização de sua própria justiça, sem interferências da justiça federal. Esse modelo de justiça dualista perdurou até à Constituição de 1988, dualismo que na opinião de alguns constituintes era a razão do enfraquecimento do Poder Judiciário. O constituinte Raul Ferraz, na reunião da Constituinte de 1987, sobre essa divisão, entendia que “O Poder Judiciário tem que ser poderoso neste País, a Justiça tem que ser forte. Justiça dúbia só serve às oligarquias regionais” (Ata – Senado, 1987, p. 4).

A Constituição de 1934, ao estabelecer um modelo de organização para o Poder Judiciário, manteve o dualismo que possuía as principais características:

a pluralidade dos órgãos do Poder Judiciário Federal, com a Corte Suprema, juízes e tribunais federais, juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais; a irrecorribilidade das decisões de determinados tribunais federais, salvo em matéria constitucional e as negatórias de *habeas corpus*, às quais se assegurava recurso para a Corte Suprema; a organização do Poder Judiciário estadual como matéria da Constituição do Estado, identificando o exercício dos poderes reservados, respeitados princípios constitucionais explicitados na Constituição Federal (Ata, 1987, p. 140).

Partindo do modelo de organização dual do Poder Judiciário, conforme fora previsto na Constituição de 1891, esse modelo foi preservado pela Constituição de 1934, conservando-se, em suas linhas gerais, na Carta autoritária de 1937, sendo aprimorado na Constituição de 1946, tendo permanecido, ainda, no texto da Constituição de 1967. As propostas apresentadas na Constituinte de 1987 objetivavam operar mudanças nessa forma de organização do Poder Judiciário e no seu funcionamento (Ata, 1987, p.40), no intuito de conceder maior força e independência ao Judiciário, sugerindo a unificação das Justiças.

A importância atribuída ao papel do Poder Judiciário nas discussões da Constituinte de 1987 foi evidenciada, como destacou o Professor de Direito Constitucional, Raul Machado Horta, da Faculdade de Direito de Minas Gerais, na Subcomissão. Segundo o Professor esse Poder é o:

que enfrenta e deslinda os dramas humanos, ouvindo queixas, reivindicações e protestos; é o Poder onde explode o ódio das vítimas e dos condenados, a revolta dos oprimidos e a arrogância; é o Poder que reclama de seus membros seriedade e bravura, paciência e desassombro, serenidade e altivez, independência e compreensão. Poder tão próximo do dia a dia do homem e da sociedade, é natural o interesse dos cidadãos e das instituições pelo seu destino (HORTA, 1987, p. 140).

Tal registro na Ata da Assembleia reflete a preocupação entre aqueles presentes nas reuniões da Constituinte, no que tange à aproximação do Poder Judiciário do povo brasileiro, rompendo a posição de órgão distante da grande massa da sociedade. Outro ponto salientado por Raul M. Horta (1987) refere-se ao funcionamento do STF. Destacou o Professor que havia uma proposta de criação de um Tribunal Constitucional que, em sua opinião, se adotada “envolveria a mudança de concepção do Poder Judiciário, afastando-se do modelo constitucional brasileiro”. Esse modelo de tribunal julga questões de inconstitucionalidade ou que envolvam ilegitimidade constitucional de

lei, é uma solução europeia de jurisdição especial que, segundo Horta (1987), “não necessitamos imitá-la” (Ata, 1987, p.141).

Em relação às opiniões contrárias à criação de um Tribunal Constitucional, Gisele Cittadino (2004), analisando a Constituinte de 1987, esclarece que a Composição da Comissão Afonso Arinos, criada para apresentar uma proposta de Constituição, era conservadora, mas as ideias para ela desenvolvidas eram progressistas (2004, p. 33). A Assembleia esteve dividida entre conservadores e progressistas – esses últimos, a favor da criação do Tribunal Constitucional, proposta em outro anteprojeto, o de José Afonso da Silva, que foi rejeitado (2004, p.40). Muito embora tenha sido aprovado o anteprojeto de Afonso Arinos, em relação ao STF, existia uma forte resistência de seus membros e dos conservadores na criação do Tribunal Constitucional. Realizou-se, então, uma “solução de compromisso” que, segundo Cittadino (2004), concedeu ao Supremo:

maior autonomia administrativa e orçamentária. De outra parte, abandonando a ideia de criação do Tribunal Constitucional nos moldes europeus, a Comissão manteve o STF, mas modificou essencialmente suas atribuições, que passaram a ser predominantemente constitucionais, exatamente no feitio da Suprema Corte Americana (2004, p. 40-41).

A questão que preocupava intensamente os constituintes estava no fortalecimento do Judiciário, após longos anos de autoritarismos. Na reunião da Constituinte em que participou o Prof. Raul M. Horta manifestou-se, também, o Juiz de Direito do Estado da Bahia, Antônio Pessoa Cardoso, ressaltando que “o bom funcionamento de uma democracia sempre foi testado pelo fortalecimento do Poder Judiciário” (Ata, 1987, p. 141). Afirmou, ainda, que dentre os Poderes da República, o Judiciário foi o que permaneceu mais estático. “O Brasil voa, enquanto o Judiciário caminha a pé” (Ata, 1987, p.142). Realçou que o Poder Executivo no Brasil, no decorrer do tempo, foi centralizador e autoritário, deixando em posição inferior o Legislativo e o Judiciário. No que tange à federalização da Justiça, afirmou que o tema, desde antes da Proclamação da República, veio sempre sendo suscitado.

Prosseguiu o magistrado Antônio Pessoa Cardoso, lembrando a razão de se ter adotado no Brasil a justiça dual; destacou que o manifesto republicano “preconizava a dualidade da jurisdição como apanágio do federalismo, e a Constituição de 1891 extingue a Justiça única nacional, aplicada no País desde a Carta política da independência”. Com o regime de força instituído em 1964, criou-se, através de Ato

Institucional, “a Justiça Federal de Primeira Instância, mantida pela Constituição de 67 e ampliada a competência do Juízo Federal” (Ata, 1987, p.142). Todavia, o Magistrado salientou que reinava uma confusão quando se discutia a competência para o julgamento de “crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ou de suas entidades autárquicas, ou empresas públicas” (Ata, 1987, p.142). Hoje, após a vigência da Constituição, essas questões já se encontram superadas com a repartição constitucional para julgamento desses crimes que a depender da posição funcional, estaria a cargo do STF, ou do STJ, ou mesmo dos TRF ou TJ.

A Emenda constitucional n. 1 de 1969 suprimiu a Justiça dos Estados, indicando a unificação do Poder Judiciário. O magistrado Antônio Pessoa Cardoso citou Clóvis Beviláqua que sustentou que:

a unidade do Direito, vínculo poderoso para fortalecer a unidade nacional, exige a unidade de órgãos que tem por função declarar o direito. Na colisão do sistema se defenderá melhor a Magistratura da influência política local que tantas vezes se tem manifestado funesta à pureza do Direito e à integridade dos juízes (Ata, 1987, p.142).

A todo tempo, durante as reuniões dos constituintes, era suscitada a questão da necessidade de se fortalecer o Judiciário, sendo que a ideia de que somente uma Justiça una poderia apresentar as condições necessárias para enfrentar as pressões das oligarquias locais e, por consequência, sem pressões, o Poder Judiciário teria maior independência.

Tal é a importância destacada por Antônio Pessoa Cardoso, em relação à unificação da Justiça, que ele assim afirmou na Subcomissão da Constituinte de 1987: “cessarão as influências, as pressões e tantos outros abusos que se cometem quando o julgador torna-se fraco ante a prepotência do governante local” (Ata, 1987, p. 142). Afirmou, ainda, que “a luta é desenvolvida para fortalecer o Judiciário, para torná-lo independente, para autogovernar-se; [...] terá a Magistratura o alimento de que mais necessita para a sua afirmação, independência, diminuída no presente, desde a forma de recrutamento até as perniciosas influências locais” (Ata, 1987, p.142).

A Ata da 7ª Reunião Extraordinária da Constituinte, realizada no dia 28.4.1987, contou com a presença do então Ministro da Justiça, Paulo Brossard, que realizou um estudo comparativo do Poder Judiciário nacional com os modelos alemão, americano, português, dentre outros. Não menos importante foi o destaque feito pelo Ministro sobre o perfil sem par do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Paulo Brossard (1987), naquela reunião, afirmou que o Poder Judiciário nacional é um roteiro para o legislador, pois: “nas suas virtudes e nas suas deficiências [...] a nossa experiência republicana constitui um repositório de acertos e de erros, constitui um patrimônio indisponível [...] capaz de bem orientar o legislador” (Ata, 1987, p.145).

O Ministro questionava na Reunião se seria conveniente ao Brasil a criação de uma Corte Constitucional fora do Poder Judiciário, nos moldes da Alemanha, Áustria e Itália, com atribuição específica de julgamento de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei em tese; ou seja, sem entrar no litígio entre as partes, tendo competência tão somente para julgar a constitucionalidade da lei, enquanto lei, frente à Constituição. Paulo Brossard (1987) sustentava, então, que a História brasileira avançou neste aspecto e de maneira muito importante (Ata, 1987, p. 145).

Brossard (1987) lembrou que o controle de constitucionalidade das leis foi timidamente introduzido na Constituição de 1891: “ao tempo do Império, não havia propriamente um juízo de constitucionalidade”, embora tenha ocorrido um tipo de julgamento de certos atos normativos, certos atos governamentais que foram julgados como inconstitucionais (Ata, 1987, p.145). Embora essas decisões tenham ocorrido, não é possível afirmar, absolutamente, tal juízo. A introdução do controle da constitucionalidade das leis em 1891, portanto, representou uma novidade. Relatou o Ministro que, no início, o Supremo Tribunal hesitou muito e que a primeira jurisprudência foi registrada em 1898.

A forma inovadora de atuação do STF em ter competência expressa para declarar a inconstitucionalidade de uma lei frente à Constituição, ou seja, em tese, prescindindo de um caso concreto, como ocorre nos tribunais constitucionais alemães, surgiu em 1965, narrou Brossard (1987), quando o Executivo alterou por Emenda, a competência do Supremo. Esta, que anteriormente procedia por construção pretoriana em casos concretos em sua maioria, passou, a partir de então, a ter uma competência explícita para fazer o julgamento da constitucionalidade das leis em tese, tanto em relação à lei estadual, quanto à lei federal, tal como faziam as cortes constitucionais europeias. Por outro lado, o que reforça a novidade é o fato de, ao julgar o recurso extraordinário, interposto por uma parte em face de outra, o STF com a decisão acabava por decidir o caso concretamente, mesmo que pudesse declarar a inconstitucionalidade de alguma questão dentro desse processo. É nesse ponto que o Ministro mostrou que desde então o “Supremo Tribunal tem exercido duas funções, como, ao que eu saiba,

nenhum outro tribunal tem feito” (Ata, 1987, p.146). De maneira que a Corte Constitucional brasileira, segundo o Ministro:

existe, não tem nome, mas existe. E, ao mesmo tempo, existe um tribunal à feição da Suprema Corte americana, da Corte Suprema argentina [...] quando se trata de um recurso ordinário, quando se trata de um recurso extraordinário, [...] quando se trata de uma revisão criminal, [...] o Supremo está julgando como os tribunais tradicionalmente julgavam e julgam (BROSSARD, Ata, 1987, p.147).

O mais interessante, ressaltou Brossard (1987), é que essa forma dupla de agir como Corte constitucional e Tribunal com a última palavra em grau de recurso do Supremo, não foi importada. Ela foi sendo “feita, modelada, trabalhada” (1987, p. 146), não foi construída nem por políticos, nem por doutrinadores e nem por juristas. Essa afirmação nós podemos comprovar no levantamento histórico do Tribunal feito no primeiro capítulo. Os caminhos foram abertos casuisticamente e não poderiam, no entendimento do Ministro, ser desprezados. Em alguns países da Europa, relatou Brossard (1987), o Poder Judiciário não compõe os Poderes do Estado, ele é um departamento especializado da administração. Essa seria a razão da criação das Cortes Constitucionais para as quais os juízes são eleitos pelo Parlamento (Ata, 1987, p.147).

O ministro Paulo Brossard, ao se referir ao STF, procurou acentuar que “em verdade, no Brasil, existe a corte constitucional. Não uma simples cópia, não um decalque das cortes europeias, mas com aquelas atribuições apregoadas do julgamento em tese”. Destaca que essa questão não foi ainda suficientemente valorizada, nem enriquecida com estudos mais profundos (Ata, 1987, p.148).

No mesmo passo, em que Brossard (1987), o constituinte relator Plínio de Arruda Sampaio (1987), defendendo a desnecessidade de uma Corte com competência exclusivamente de controle constitucional, questionou o lema de então, “muda Brasil”, com as seguintes advertências: “mas, mudar se está correto, se está tudo bem feito, mudar para copiar de fora? [...] jogar fora o que seja bom do nosso passado é um erro. Desprezar um pecúlio de experiências acumulado é uma infantilidade” (Ata, 1987, p.148).

Resta a questão, Brossard (1987) e Plínio Sampaio (1987) eram ambos conservadores e não queriam mudanças, ou eles viam uma forma típica brasileira de exercício e de funcionamento do Supremo Tribunal Federal?

De acordo com Brossard (1987), a justiça no Brasil, até à época da Constituinte era demorada; a impunidade se mostrava como uma de nossas tragédias; a generalidade no descumprimento da lei se apresentava como o início do reino da impunidade, sendo considerada “uma das taras de nossa formação social que ainda não se apagou e que com o correr do tempo, por vezes, tem se acentuado” (Ata, 1987, p. 149). O atual ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes (1996), em momento posterior, também defende que o Tribunal é inovador perante outras Cortes por exercer um duplo papel, declarar a inconstitucionalidade em tese e em concreto. Na opinião de Mendes (1996):

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle de questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas (MENDES, 1996, p. 20).

Ao final dos trabalhos na Constituinte (1987), restou consolidado no corpo da Constituição da República de 1988 que o Supremo Tribunal Federal, como órgão julgador, realizaria as atribuições de Corte Constitucional, quando julga a inconstitucionalidade de lei em tese, e Tribunal Supremo quando julga as questões que estão presentes nos diversos recursos que chegam ao Tribunal, podendo declarar diante de um caso em concreto, a inconstitucionalidade de um ato normativo. Soma-se a essas competências, a de Tribunal para julgamento de causas ordinárias, não necessariamente afetas a questões constitucionais. Fica claro que esse acúmulo de funções, em que todas as questões – leis em tese, incidentes de inconstitucionalidade em grau de recurso – termina desaguando no Supremo, posiciona o Tribunal de modo distinto, quando se toma como referência o modelo estadunidense ou o modelo alemão. A concentração de várias competências acumuladas no mesmo órgão, ainda, contribui para fazer do Supremo um superpoder.

Se antes de 1988, a independência do Supremo e do Poder Judiciário no Brasil era um problema, sempre a apontar uma falta de independência permanente da instituição, com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal se transforma, transmuda-se completamente; por isso a grande virada, que foi imposta pelo constituinte de 1987, o colocou como um poder que se sobrepõe ao Legislativo e ao Executivo e, a

história repleta de autoritarismo no Brasil, serve de razão suficiente para que assim fosse, caso pretendêssemos uma democracia.

Como dissemos anteriormente, a posição peculiar do Supremo no Brasil decorre da amplitude de sua competência, pois tanto pode o Tribunal julgar a inconstitucionalidade de lei em tese, quanto incidentalmente em recurso, em um caso em concreto. Nesses dois casos, o Supremo Tribunal exerceria a jurisdição constitucional? A denominada jurisdição constitucional surgiu historicamente como um mecanismo de defesa aos ataques passíveis de ocorrer em ofensa aos valores sociais e políticos expressados na Constituição. Segundo explica José Afonso da Silva (2002, p. 554), dessas possíveis ofensas surgiram dois sistemas: o norte-americano, denominado de critério difuso – “que não se caracteriza verdadeiramente como uma forma de jurisdição constitucional”, isso porque a jurisdição constitucional foi entregue à jurisdição ordinária, ou seja, aos juízes comuns que não se encontram no topo da hierarquia do Poder Judiciário e que podem manifestar sobre a constitucionalidade das leis; a jurisdição é dita ordinária, pois o juiz “não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a decisão do caso concreto” (SILVA, 2002, p. 554). Todavia, de acordo com o autor, apesar de não representar uma verdadeira jurisdição constitucional, ainda “existe jurisdição constitucional, tomada a expressão no sentido de compor a litígios constitucionais” (2002, p. 554), mas preferindo-se decidir o caso concreto.

Em relação ao sistema europeu, vivenciou-se um tipo de resposta voltada aos ataques políticos e ideológicos que a Constituição pudesse sofrer, e de mesma natureza eram as respostas a esses ataques, quais sejam políticas e ideológicas. Foram criadas, então, as Cortes Constitucionais – “os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundados no critério de controle concentrado” (SILVA, 2002, p. 554), ou seja, decidido em um único órgão, não cabendo aos tribunais e juízes ordinários o julgamento de lides afetas à interpretação constitucional.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2002) constata que o Brasil adotou um sistema misto e peculiar, pois associa o critério de controle difuso norte-americano ao critério de controle concentrado via ação direta de inconstitucionalidade. Segundo o autor, a competência do STF ficou reduzida à matéria constitucional. No entanto, para ele, esse fato “não o converte em Corte Constitucional” (2002, p. 555). Para Silva, existem duas razões:

Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades (SILVA, 2002, p. 555).

Louis Favoreu (2004) oferece outro critério de distinção para estabelecer a diferença que serve para caracterizar uma Corte Constitucional de uma Corte Suprema. Para Favoreu (2004) a diferença reside no fato da Corte Constitucional estar situada fora de todo aparelho jurisdicional, enquanto a segunda “está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional” (FAVOREU, 2004, p. 33). Desse modo, o Supremo, pela visão de Louis Favoreu (2004), não pode ser considerado uma verdadeira Corte Constitucional nos moldes europeu, pois o Tribunal compõe o Poder Judiciário, sendo assim, exerce o papel de uma Corte Suprema colocada no cume de um edifício jurisdicional. Porém, a dificuldade surge quando saímos da análise apenas pelo critério de vínculo institucional do Supremo para situá-lo como Corte constitucional e verificamos que o nosso Tribunal exerce a mesma função das Cortes Constitucionais europeias, quando, através da jurisdição constitucional, declara a inconstitucionalidade de lei em tese.

Enfim, apesar de não ter sido convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, como desejavam os comunitários, sua competência ficou reduzida à matéria constitucional, ao introduzir no texto que a ele compete “precipuaemente a guarda da Constituição (art. 102, C.F)” (CITTADINO, 2004, p. 62).

A despeito dessas discussões jurídicas e do modelo peculiar do Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, concordamos com Vianna (1999) ao percebermos que cada vez mais o Judiciário e, de modo especial, o Supremo, antes “encapsulado” e distante “das preocupações da agenda pública e dos atores sociais”, tem se revelado a “instituição central à democracia brasileira”, seja se expressando politicamente, seja interferindo no âmbito social (1999, p. 9), confirmando, assim, a significativa mudança ocorrida no papel da Corte brasileira. Essas alterações profundas,

produzidas pela Constituição de 1988, não poderiam deixar de provocar tensões entre os três poderes do Estado, de um lado o Judiciário e a filosofia política de Carta de 1988 e de outro, o Executivo e o Legislativo e a agenda neoliberal (VIANNA, 1999, p. 10).

O crescente protagonismo do Supremo em face de sua participação da vida político-social da sociedade brasileira tem sido visto como um ponto problemático frente às “concepções republicanas de soberania popular centradas na regra da maioria” (VIANNA, 2002, p. 340). Fala-se, ainda, em “cidadania passiva” quando se considera o processo de juridificação de todas as dimensões da vida social, passando o cidadão a ser cliente da ação do Estado, o que Tate e Vallinder (apud VIANNA, 2002, p. 340) ressaltam ser o fator negativo da judicialização da política. Em grande parte, essa tendência decorre das insatisfações sociais seja com o Legislativo, seja com o Executivo (VIANNA, 1999, p. 10) e o papel destinado pelo Constituinte de 1987 ao Supremo como o guardião dos valores fundamentais.

Decorre, portanto, da adoção de um modelo de Constituição dirigente, com uma ampla gama de direitos fundamentais, e do papel do Supremo como guardião da Constituição de 1988, o surgimento no Brasil do fenômeno “judicialização da política”, tal como já foi observado em outros países de democracia avançada e que imbrica os sistemas *commom law* e *civil law*. Vianna (1999, p. 11) indica que a judicialização trata-se de um processo em andamento e de desenlace incerto em relação ao fortalecimento da democracia.

A cultura jurídica brasileira atravessou anos sendo predominantemente marcada pelo positivismo. Antes do advento da Constituição de 1988, as relações jurídicas no Brasil se entabulavam e se resolviam, na grande maioria das vezes, com base no Código Civil de 1916. Este Código, de origem positivista, que privilegiava a autonomia privada dos cidadãos, era a Constituição do direito privado (TEPEDINO, 1999, p. 2). Comentando sobre essa autêntica cultura jurídica brasileira, Gisele Cittadino (2004) afirma que até mesmo as produções teóricas dos publicistas assim também se caracterizavam. Nesse cenário, do mesmo modo como pudemos observar na atuação do Supremo, antes de 1968, Cittadino (2004) relata que antes da Constituição de 1988:

a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia (CITTADINO, 2004, p. 14).

Ao ser promulgada a Constituição de 1988, ocorreu uma grande ruptura com o modelo jurídico anterior, positivista e privatista, conforme destacou Cittadino (2004): “contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica, e contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição” (2004, p. 15), esse modelo oposto ao anterior foi denominado de constitucionalismo comunitário por Carlos Roberto Siqueira Castro (apud CITTADINO, 2004, p. 14). Os representantes do pensamento constitucional brasileiro<sup>8</sup>, que negavam a ideia de constitucionalismo liberal, objetivavam um “constitucionalismo societário e comunitário”, através do qual teriam prioridade os valores da igualdade e da dignidade humanas (2004, p. 15). Comentando sobre o texto final do Congresso Constituinte, José Afonso da Silva (2002) ressaltou que a nova Constituição trouxe “um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial” (2002, p. 89), texto que objetivou imprimir “transformações formais e de fundo que importam a adoção de *nova ideia de direito* que informa uma concepção do Estado e da Sociedade diferente da que vigorava no regime revogado” (2002, p. 5). Portanto, adequado às propostas do constitucionalismo comunitário. Em suas linhas gerais, o Constituinte pretendeu “uma Constituição abrangente”, que incluiria a constituição-quadro e a constituição-dirigente; assim foi rejeitada a constituição sintética:

a chamada constituição sintética, que é *constituição negativa*, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou constituição-quadro). A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantias das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no sentido de orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida. E aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida* (SILVA, 2002, p. 6).

---

<sup>8</sup> CITTADINO (2004, p. 14-15, nota de rodapé): são representantes do pensamento constitucional “comunitário” brasileiro: José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto.

Se as expectativas sociais mudam, parece-nos que a discussão sobre a concretização da Constituição será interminável. Talvez seja positivo pensar no Supremo como uma via democrática, pois se o drama de toda constituição dinâmica é ser cumprida, o Supremo aparece como a instituição que, agindo como o guardião da Constituição, deverá estar aberto aos anseios de uma sociedade, que se mostra cada vez mais complexa, cabendo-lhe acolher e prestar tutela a todos que procuram a Justiça. Buscar a concretização por intermédio do Judiciário pode indicar que ele seja o modo mais rápido e eficaz para aqueles que pleiteiam direitos, pois, possivelmente, esses não obtiveram satisfação de seus direitos pelas vias representativas tradicionais existentes no Estado. Esse é o novo papel da Corte após o advento da Constituição de 1988, um poder próximo da população e que se espera democrático?

O novo horizonte surgido com a Constituição de 1988 pressupõe algo mais do que a garantia das liberdades civis, ele propugna para a sociedade uma “evolução política de conteúdo social”, proposta raramente antes objetivada no país. Os pensadores constitucionalistas comunitários pretenderam uma “*constituição aberta*, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade” (CITTADINO, 2004, p. 16). De fato, a Constituição de 1988 passou a ressaltar a liberdade positiva, que tem como meta os direitos fundamentais, não pelo lado dos indivíduos considerados de *per si*, mas:

do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir. Em cada um dos direitos fundamentais e entre eles, a Constituição delimita espaços normativos, preenchidos por valores que constituem bases de ordenação da vida social (CITTADINO, 2004, p. 17).

Desse modo, fala-se em “dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa” (2004, p. 17). Em contraposição à ideia de direito público subjetivo, do Estado liberal, surge a expressão “*direitos fundamentais do homem*”, que intenta concretizar “uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas”, donde o direito do homem “não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem” (CITTADINO, 2004, p. 17). Para os constitucionalistas comunitários, os direitos fundamentais do homem não estão no nível de normas supraestatais ou supraconstitucionais, estas comprometidas pela perspectiva do direito natural, mas como valores, que compõem o “núcleo básico

de todo o ordenamento constitucional”, como também critério de interpretação desse mesmo ordenamento (2004, p. 18). Ressalta Gisele Cittadino (2004) que para o direito natural a natureza humana é concebida como “única e imutável” e, para os constitucionalistas comunitários, ao se referirem à dignidade humana reafirmam “não querem se referir a nenhuma concepção dogmática da natureza humana, nem tampouco se referem a uma pura idealidade ou abstração” (2004, p. 18). Os direitos fundamentais que foram positivados constitucionalmente, para esse grupo de pensadores, de um lado, “recebem uma *validação comunitária*, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica” e, por outro, que “a ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista permite aos ‘comunitários’ a utilização do conceito de *abertura constitucional*” (2004, p. 18).

Essa abertura constitucional deve se dar através do “alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia” (CITTADINO, 2004, p. 19). Nesse ponto, a Constituição de 1988 se apresenta de modo adequado a essa proposta, trazendo mecanismos para que se estabeleça essa interligação entre “direitos fundamentais e democracia participativa”, pois por intermédio da ampliação do seu círculo de intérpretes, torna-se viável a concretização da Constituição, para os que buscam, “especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos assegurados” (2004, p. 19). Dessa maneira, “concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática, quanto maior for o nível de abertura constitucional existente” (2004, p. 19). E vários foram os instrumentos dispostos pelo constituinte para esse exercício, para que, no intuito de garantir os direitos fundamentais mais valham as ações positivas do Estado do que o seu dever de abstenção, pois, no caso daqueles direitos determinados constitucionalmente, “os direitos existem e valem plenamente, mesmo na ausência de lei” (2004, p. 20-21). Entretanto, outros direitos ficam a depender de normas ordinárias para lhes dar eficácia, tais como os direitos sociais e econômicos.

Os instrumentos erguidos pelos constituintes comunitários para impulsionarem a concretização dessas normas, controlando as omissões do poder público tanto o Legislativo quanto o Executivo, e que acabaram por desaguar em ações no Supremo Tribunal Federal, são os mandados de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Mas, como destacou Gisele Cittadino (2004), além da ampliação da comunidade de intérpretes, além dos mecanismos processuais constitucionais para o

exercício de direitos previstos na Constituição de 1988, ficou reservado um papel proeminente ao “Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição – já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade” (2004, p. 21-22). Gisele Cittadino (2004) assegura que não seria exagero afirmar que “o constitucionalismo “comunitário” brasileiro defende a figura de um Estado-Juiz, acompanhando, também aqui, o pensamento comunitário na defesa da jurisdição constitucional enquanto regente republicano das liberdades positivas” (2004, p. 22).

Essa proposta de Constituição aberta, defendida pelos constitucionalistas comunitários, é criticada em sua forma por Ricardo Lobo Torres (1997) que afirma que no Brasil é difícil a formação de um autêntico espaço público democrático, tendo em vista que:

o liberalismo do século XIX e a democracia social no século XX não atingiram a sua plenitude, eis que conservaram ranço do patrimonialismo e do corporativismo presentes no direito luso brasileiro [...]. não raro, sob o regime da privacidade e dos interesses corporativos o Judiciário, o Legislativo, o orçamento, a fiscalidade, as políticas sociais e econômicas etc. (TORRES, 1997, p. 104).

Sustenta Ricardo Lobo Torres (1997) que, desconsiderando a realidade brasileira, inexplicavelmente a Constituição de 1988 indicou alguns intérpretes informais, “denotando a influência das ideias comunitaristas e participativas” (1997, p. 105). O autor denuncia que esses instrumentos acabaram por serem apropriados pelos interesses corporativos, fato que limitou em seu nascimento “a possibilidade de virem a servir de instrumentos para a defesa da liberdade e da justiça” (1997, p. 105). Dentre os instrumentos dispostos na Constituição de 1988, para o exercício dos direitos fundamentais, encontram-se: o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, alínea ‘b’); o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI); a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII)<sup>9</sup>; a ação civil pública (art. 129, inciso III)<sup>10</sup>, de competência do Ministério

---

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inciso LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Art. 5º, LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Art. 5º, inciso LXXIII. Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Público; e a ação de inconstitucionalidade (art. 103, inciso IX)<sup>11</sup>, de competência das confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional. Todas essas ações pertencem à esfera de julgamento do Supremo Tribunal Federal, que deve previamente ouvir o Procurador-Geral da República<sup>12</sup>.

Com esse desenho constitucional definido a partir de 1988, as atribuições do STF foram bastante ampliadas, mas foi ressaltado por Torres (1997, p. 105), que a mera importação de normas constitucionais e posições doutrinárias pelos países periféricos tendem a torná-las “meramente simbólicas”. Torres (1997, p. 106) critica a importação do mandado de injunção do Direito estadunidense desconhecido na atividade jurídica brasileira, em razão de sua prática no Brasil não ter servido para fortalecer a defesa dos direitos humanos, tendo sido utilizado por segmentos do funcionalismo estatal em busca de isonomia e manutenção de privilégios. A mesma crítica foi feita por Torres (1997, p. 106) ao mecanismo constitucional da ação civil pública.

Ana Lúcia Lyra Tavares (1991) apresenta outra compreensão sobre essa apropriação dos instrumentos alienígenas pelo constituinte de 1987, tendo observado que o direito latino-americano caracteriza-se pela conciliação do sistema de direito romanístico com institutos, conceitos e princípios que se originaram na *common law*, apontando várias razões desse ecletismo, inicialmente por motivos históricos: “numa primeira fase, as ex-colônias ibéricas do Continente Sul-Americano se aproximarem, por injunções econômicas e políticas, de países como a Inglaterra e a França” (1991, p. 97). Depois, os interesses foram deslocados para as “soluções norte-americanas de república, federalismo e regime presidencial”, consideradas mais adequadas para resolver os problemas da monarquia e do unitarismo (1991, p. 97).

Além das razões apresentadas anteriormente, “uma receptividade intelectual dos países latino-americanos às fórmulas jurídico-políticas geradas nos Estados Unidos” (TAVARES, 1991, p. 98), apesar das diferenças entre essas duas culturas, também, servem para demonstrar a introdução de outras ideias que ratificam o ecletismo. Essa

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público: inciso III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: inciso IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>12</sup> Ibidem. Art. 103, parágrafo 1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

absorção de outras culturas jurídicas que, na opinião da autora, provavelmente decorre da falta de um “enraizamento das estruturas legais” favorece as renovações jurídicas, do mesmo modo que a “reconhecida atração pelo exótico” faz com que aqueles países bebam sem discriminação os modelos importados (1991, p. 98). Ademais, no caso brasileiro, ocorre uma importação de instrumentos jurídicos de outros países, porém com adaptações produzidas localmente, tais como: i) a criação de mecanismos complementares; ii) a combinação com outros elementos de outras fontes; iii) a atribuição de funções diversas (1991, p. 98). Vários são os instrumentos que servem de exemplo ao que foi observado por Tavares (1991), mas uma adaptação realizada pelo Supremo Tribunal Federal que ocorreu, já nos anos iniciais da República nos serve de exemplo claro, trata-se da criação da Doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, única no mundo. Desse modo, o Poder Judiciário brasileiro, portanto, como foi salientado por Tavares (1991), realiza por intermédio de uma atividade *criadora*, meios adequados para o funcionamento desses institutos trazidos para o país, em sua maioria com funções completamente distintas daquelas reservadas aos países de tradição romano-germânica (TAVARES, 1991, p. 98-99).

De outro lado, a valorização concedida pelo constituinte ao Poder Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal como guardador da Constituição é reforçada pela inclusão desses novos institutos que, passando por adaptações conduzidas pelo próprio Judiciário, este, ainda, acaba por reforçar seu próprio poder perante aos demais poderes do Estado. Com base nesse fortalecimento do Judiciário, Tavares (1991) faz uma advertência sobre o ato praticado pelo Tribunal com legitimidade constitucional e a falta de mandato democrático para interferir nas escolhas políticas do governo, baseando-se nas ideias de Karl Lowenstein:

se se outorga o direito aos tribunais de frustrar uma decisão política do governo ou do Parlamento, começa o perigo de que – quer a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito – quer a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial que, embora revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato jurídico de pessoa que não teve nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função (apud TAVARES, 1991, p. 102).

Países que, como o Brasil, haviam saído de um longo período de autoritarismo político e que objetivavam Constituições que implementassem e consolidassem regimes democráticos, serviram de modelo para que o constituinte elaborasse o desenho da

Constituição de 1988. Conforme sustenta Gisele Cittadino (2004), esses países vinculavam-se ao relativismo ético comunitário que no Brasil revelou-se, de maneira especial, “na concepção de constituição como ordem jurídica fundamental que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta” (2004, p. 23). A Carta brasileira recebeu os influxos do pensamento constitucional português (Constituição Portuguesa de 1976) e espanhol (Constituição Espanhola de 1978). Existem em ambas as Constituições, a Portuguesa e a Espanhola, um claro “compromisso ‘comunitário’ dos constitucionalistas” (CITTADINO, 2004, p. 22). Para essa linha teórica, existe uma “espécie de interpenetração entre aquilo que designam por realidade constitucional – realidade dos fatos, mas também de compromissos éticos”, mas como ressalva Cittadino (2004), não se pode pretender que a constituição “exprima a soma de todos os valores de uma comunidade histórica ou mesmo o valor supremo” (2004, p. 23). Esse é um desiderato que deve contar com a possibilidade de “abertura constitucional”, que se concretiza somente “através da interpretação e da integração dos preceitos constitucionais”; por tal abertura se torna possível o confronto “das forças políticas portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais” (CITTADINO, 2004, p. 23).

Os constitucionalistas comunitários portugueses e espanhóis concebem a lei como “vontade”, esta entendida como “vontade política de uma comunidade histórica”, diferentemente da concepção dos constitucionalistas liberais para quem a lei era como razão. Nesse sentido, é preciso concretizá-la, pela “participação jurídico-política de seus membros”, mas fundamentalmente, pela “atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais encarregados de lhe garantir eficácia” (CITTADINO, 2004, p. 24). São esses que colocam a norma em contato com a realidade, por meio de “uma tarefa interpretativa que, contra o positivismo, se caracterize por sua *dimensão criadora*” (2004, p. 24, grifo nosso).

Gisele Cittadino (2004) salienta que foi através da discussão sobre a hermenêutica constitucional entre os constitucionalistas portugueses e espanhóis que o debate constitucional travado nos Estados Unidos e na Alemanha acabou sendo incorporado. O debate que ocorreu nesses dois países influenciou o pensamento constitucional europeu e brasileiro e está voltado para o “tema da concretização da constituição, ou seja, em como tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais” (2004, p. 25), para a concretização de direitos e para o papel da jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos, destaca Gisele Cittadino (2004), existem duas posições antagônicas. A linha de pensamento interpretativista é mais liberal, pressupõe que “uma sociedade democrática e liberal caracteriza-se pelo pluralismo, ou seja, é integrada por indivíduos e grupos que possuem diversas e distintas concepções de bem” (2004, p. 25). Defendendo o pluralismo, os valores se relativizam, assim não caberia à Constituição fixá-los. Esta só deve se apresentar como um instrumento de governo, com “exclusiva função de estabelecer procedimentos e determinar as competências dos órgãos politicamente responsáveis pela concretização das demandas dos indivíduos e grupos” (2004, p. 26). Por essa perspectiva, “os valores defendidos pela maioria democrática possuem um peso (relativo) maior do que qualquer posição assumida por minorias ou órgãos judiciais, do que resulta que a *law of judges* deve submeter-se ao *rule of law*” (2004, p. 26). Esta corrente sustenta que a interpretação jurídica da constituição deve se vincular ao princípio da legalidade constitucional, que deve ser visto:

fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra... (CANOTILHO apud CITTADINO, 2004, p. 27).

A segunda corrente, denominada de não-interpretativista, permite aos juízes, segundo Gisele Cittadino (2004, p. 27), concretizar a constituição em virtude de no processo interpretativo o juiz não se vincular apenas ao texto constitucional, podendo considerar “o processo histórico, os valores e os princípios substantivos, os precedentes e outros conceitos ancorados num determinado *ethos* social; tudo isso com o objetivo de julgar em conformidade com o ‘*projeto de constituição*’” (2004, p. 27). Todavia, a discussão que ocorre nos Estados Unidos entre os que se posicionam a favor ou contra a cada uma das vertentes teóricas é ampla e constantemente renovada naquele país, como mais a frente veremos.

No Brasil, Werneck Vianna et al. (1999) têm discutido, dentre outros temas ligados à judicialização da política, a atividade interpretativa realizada pela Corte. Sustentam os autores que a percepção dos valores de uma sociedade política não estaria restrita apenas ao legislador originário, o constituinte. Na esteira do constitucionalismo comunitário, a Constituição reflete os valores de uma sociedade que são compartilhados pela comunidade; ao constituinte ou ao judiciário compete revelar o “existir

comunitário”. Portanto, a percepção dos valores dessa comunidade não se vincula somente à sensibilidade do constituinte, ela também pode se dar através da atividade interpretativa do órgão jurisdicional *a posteriori*, qual seja, através da “criação jurisprudencial do direito” (VIANNA et al., 1999, p. 39). Por isso, é pertinente a percepção da Constituição como um sistema aberto, em que participam do processo interpretativo uma comunidade, conforme proposta por Häberle (1997), “uma democracia de cidadãos”, na fala de Vianna (1999). Todavia, Vianna (1999), citando Bonavides, ressalta que essa abertura precisa contar com:

a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores, sem dúvida, difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento ( apud VIANNA et al., 1999, p. 39-40).

Concordamos com Vianna et al. (1999) e Bonavides (1996). Todavia, casos recentemente levados ao Supremo Tribunal Federal têm indicado certa mudança no comportamento social, tanto em termos da emergência de novos anseios sociais, que querem reconhecimento, quanto pela crescente mobilização de grupos em busca de tutela ao seu direito substantivo, que chegam à Corte demandando a sua manifestação. Considerando-se a proposta defendida por Häberle (1997) de uma sociedade aberta de intérpretes, no Brasil, o recente Mandado de Injunção<sup>13</sup> n. 4337 revela-se como um excelente exemplo do pluralismo das sociedades contemporâneas que, agindo como uma comunidade aberta, plural e democrática, buscou, através da jurisdição constitucional, impulsionar o Supremo Tribunal Federal a concretizar a Constituição, mesmo quando se procura outra interpretação para as normas constitucionais, como pretende a postulante: que o Supremo Tribunal Federal incrimine qualquer forma de homofobia. As garantias constitucionais em relação ao direito penal são, todavia, vinculadas à legalidade estrita<sup>14</sup>, que significa que o direito penal só pode considerar crime determinadas condutas por ato de atribuição exclusiva do Poder Legislativo, ou

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* n. 4337. Tendo como impetrante: ABGLT – Associação brasileira de gays, lésbicas e transgeneros. Impetrado: Congresso Nacional. Decisão do relator: “acolhe o parecer do Procurador Geral da República que manifesta pela inviabilidade da via injuncional no caso em exame, não conheço deste mandado”. Apresentado Agravo Regimental pelo impetrante. Novo parecer do Procurador Geral da República, ora em exercício, manifestando favorável ao pedido formulado em 25 jul. 2014. Autos conclusos ao Relator.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

seja, por lei em sentido estrito, entendida como aquela que cumpre todas as formalidades legais: ampla discussão em ambas as casas do Congresso, sanção e promulgação.

Vianna et al. (1999, p. 40) sustentam que a Constituição representaria a vontade geral nela “hipostasiada”, aguardando a provocação da comunidade, também intérprete do texto constitucional. É a participação político-jurídica que estabelece a ligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa (CITTADINO, 2004, p. 19). A política se judicializa, como afirma Vianna (1999, p. 40), no momento em que a vontade geral da comunidade prevista na Constituição abre-se à sua concretização através dos instrumentos nela dispostos.

Desconhecidas eram as razões do constituinte em oferecer uma Carta de direitos tão extensa e dos vários mecanismos nela dispostos para sua concretização, se não se pode identificar claramente os grupos de pressão que a conformaram. Salienta Vianna (1999, p. 41) que esse desconhecimento culminou numa “solução de compromisso”:

Entre as forças que disputavam hegemonia na elaboração do texto constitucional, deixava-se para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência do novo arranjo de forças subsequente ao processo democrático que a própria Constituição deveria inaugurar (VIANNA, 1999, p. 41).

Vianna (1999, p. 42), entretanto, reconhece que a esperada concretização dos valores e princípios para o futuro, ficou a depender dos juízes, que compunham o Supremo, pois, nos anos seguintes à entrada em vigor da Constituição de 1988, as poucas demandas que objetivavam o exercício da democracia participativa resultaram infrutíferas diante de um Supremo Tribunal Federal muito próximo de uma concepção ortodoxa de Corte, que não pretendia desvencilhar-se da clássica teoria da separação dos poderes. Vianna et al. (1999) ratificam o que foi observado por Torres (1997), pois também se mostra inconformado com a apropriação por parte de segmentos corporativistas das ações públicas, que representam os “instrumentos de defesa da liberdade e da justiça” (1999, p. 42).

Reconhecem Vianna et al. (1999, p. 43) que, alternativamente à questão de democracia participativa, a judicialização da política no Brasil tem servido para fortalecer o sistema de partidos, apesar de ocorrer em um campo eminentemente jurídico com os seus procedimentos, permite a “democracia representativa e participativa”, pois através das ações públicas a cidadania pode ser exercida contra as

instâncias do poder. Descrevem Vianna et al. (1999, p. 43) que a judicialização da política no Brasil se encontra na “descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário”.

A ampliação do Poder Judiciário, alcançando todas as esferas da vida social brasileira, coloca o magistrado no centro do poder, fato que contribui para que a orientação ética do juiz possa servir para mostrar como será exercido o seu papel na missão de guardião da Constituição. Temos que reconhecer o subjetivismo possível de ocorrer em decisões importantes que podem alcançar toda a comunidade.

Vianna et al. (1999, p. 43) alertam sobre a possibilidade de uma cidadania passiva, apesar de não se utilizarem desse termo, ao se delegar a vontade do soberano “a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial de moldes assistencialista”, esta de nenhuma forma contribuiria com a formação de cidadãos ativos e livres. Em outro momento, Vianna (2002, p. 368) anota que uma extensa literatura tem apontado que o avanço do direito e seus procedimentos conduzem à “corrupção da vida republicana e de perda de civismo”, representando uma “patologia característica das sociedades democráticas”. Desse modo, a procura pelo órgão Judiciário para se concretizar direitos, em vez dos meios representativos tradicionais, demonstra um “movimento de migração do lugar simbólico da democracia para o da justiça” (2002, p. 368). Como foi observado por Garapon (1996, p. 43), “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do público. O árbitro imparcial compensa o ‘déficit democrático’”.

Vianna (2002, p. 371) reconhece que a sociedade contemporânea é extremamente complexa, favorável à emergência do fenômeno da pluralidade de formas de cidadania: democracia deliberativa, democracia participativa, ONGs, que significam a presença de uma “cidadania social”, que compreende além dos representantes eleitorais, aqueles que “falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas instâncias legitimadas pela lei”. Assim, Vianna (2002), contrário à afirmação de Garapon (1996), sustenta que não se pode concordar com “uma ‘migração’ do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania, quanto pela ‘cidadania social’” (2002, p. 371).

Porém, Vianna et al. (1999) não deixam de defender que a democracia de cidadãos, em que uma maioria se torna por “alquimia” em uma minoria parlamentar,

deve ser protegida pelos recursos constitucionais que estão à sua disposição. Como foi ressaltado por Vianna et al. (1999, p. 44) “importa bastante que os direitos fundamentais estejam positivados e sob a guarda da mais alta corte de justiça, que pode ser provocada pela sociedade a se manifestar”. Importa, ainda, afirma Vianna (1999):

que a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena de aquisição de direitos, de credenciamento à cidadania e de animação para uma cultura cívica que dê vida à República. Pois quem é, de fato, mercurial é a política, que se infiltra em toda a parte (VIANNA, 1999, p. 44).

O homem comum, através do constitucionalismo democrático, encontra nos direitos já declarados um caminho para através dele se incorporar nesses mesmos direitos, ou para concretizar as suas expectativas com a assunção de novos direitos e um meio para o reconhecimento da sua identidade (VIANNA, 2002, p. 372).

Concorre para esse reconhecimento de direitos a Constituição de 1988 que, nas palavras de Gisele Cittadino (2002, p. 25), “converteu *todos* os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil”, adotando um rol taxativo de direitos. Todavia, deixou também em aberto, através de possível interpretação e através dos princípios constitucionais, os valores que constam no preâmbulo da Constituição<sup>15</sup>, além de outros dispersos pelo texto e que deverão servir de norte ao hermeneuta. Porém, não se limitou a Carta, em apenas declará-los, procurou trazer uma série de instrumentos processuais para concretizá-los. Demonstra a Carta que o direito fundamental representa o “núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro” (CITTADINO, 2002, p. 25).

O constitucionalismo democrático brasileiro acabou por promover uma ruptura com a tradicional cultura jurídica, pois não tratou tão somente de um “*movimento de retorno ao direito* no país” expressão de Bouretz (apud CITTADINO, 2002, p. 26). Esse movimento no Brasil foi além pois também pretende “*reencantar o mundo*”, como explica Cittadino (2002), seja “pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário” (2002, p. 26-27).

O papel ativo do Judiciário brasileiro a ser desempenhado, após 1988, para se adequar ao modelo de Constituição definido pelo Constituinte, precisa, portanto, de se descolar da clássica interpretação jurídica do direito privado, antes considerada um cânone interpretativo e se voltar para as normas constitucionais atinentes aos direitos fundamentais que revelam: “programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas” (CITTADINO, 2002, p. 32). De maneira que, para “concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente” (CITTADINO, 2002, p. 32).

Compreendido o papel do Judiciário até então delimitado pelo Constituinte, o papel do Legislativo como representante da vontade da maioria tem se mostrado pouco evidente, sendo observado “um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos”, uma corrida ao Judiciário, “contra as leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo” (VIANNA, 2002, p. 10). Essas práticas, identificadas por Vianna (2002, p. 11), são por ele denominadas de judicialização da política. Esta tem, nas diretrizes constitucionais e na redefinição das relações entre os Três Poderes, um instrumento de eficácia do “judicial review” (2002, p. 11), que criou “um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o poder político” (2002, p. 11).

O constitucionalismo democrático surgido no segundo pós-guerra mais a democratização ocorrida nos anos de 1970 universalizou o *judicial review* e a afirmação de direitos fundamentais trouxe limites à regra da maioria. Estes fatos, no dizer de Vianna (2002, p. 341), passaram a ser percebidos “como uma ampliação do conceito de soberania, abrindo aos cidadãos novos lugares de *representação* da sua vontade”, a exemplo do que ocorre com o controle de constitucionalidade das leis.

O direito ocupa posição central desse novo lugar de esfera pública, capaz de mobilizar “formas e mecanismos da representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, e não estaria implicando concorrência com o sistema de representação política” (2002, p. 11). Desse

modo, entendemos que Vianna (2002) percebe a formação da democracia brasileira, promovida pela via tradicional da representatividade e pela judiciária através de seus instrumentos participativos, ou seja, ambas atuam reforçando a democracia (2002, p. 11). Para Vianna (2002), essa teria uma existência latente na sociedade brasileira presente nos anos de 1930 e na Constituição de 1988. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário tentam colocar óbices à atividade legislativa do Executivo, em compensação ao déficit democrático (2002, p. 11-12).

Vários instrumentos foram dispostos na Constituição de 1988 no intuito de superar esse déficit democrático, tendo em vista a constante preocupação dos Constituintes em relação à inoperância crônica das Constituições anteriores, frequentemente atribuída às omissões do poder público e da ausência de mecanismos processuais para concretizar os direitos assegurados (CITTADINO, 2004, p. 50). O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são os instrumentos que melhor representam, na opinião de Cittadino (2004), a “ideia de *comunidade de intérprete*”. Essas ações estão ligadas por determinar obrigações de “ações normativas por parte do poder público”, no intuito de “garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser produzidas através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo” (QUARESMA apud CITTADINO, 2004, p. 51).

O mandado de injunção, explica José Afonso da Silva (2002), é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, “um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta norma legal* (statutes) regulando a espécie, e quando a *Comom Law* não oferece proteção suficiente” (SILVA, 2002, p. 446), mas a adoção brasileira mais se assemelha ao *writ of injunction* estadunidense, de utilização na proteção dos direitos da pessoa humana (SILVA, 2002, p. 446). No Brasil, o mandado de injunção<sup>16</sup> representa uma nova garantia instituída na Constituição de 1988, com a finalidade principal de conferir “imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação” (2002, p. 447). Objetiva dar imediata concretude aos direitos que, devido à omissão do Legislativo, o interessado se vê impedido de exercê-los. De modo

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inciso LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

que, não tem por função “pedir a expedição de norma regulamentadora” ao órgão omissor (SILVA, 2002, p. 448), consistindo a decisão na “outorga do direito reclamado”, conforme pretendido pelo Constituinte, “aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais”, independentemente de regulamentação (2002, p. 449). Portanto, é remédio, garantia que permite a concretude dos direitos constitucionais por qualquer interessado.

Discute-se no âmbito jurídico sobre os efeitos da decisão no mandado de injunção. O primeiro mandado de injunção foi julgado em 1989. Desde então, o Supremo tem adotado um posicionamento de autocontenção, que Joana de Souza Machado (2008) denomina precisamente de tese não concretista, por reconhecer a inércia do legislativo; porém o Tribunal decide não conceder o direito invocado e comunicar o órgão competente para que elabore a norma. Decidindo outros mandados de injunção em anos posteriores, o Supremo pouco alterou o seu posicionamento. Entretanto, no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal através de acórdão, julgando três mandados de injunção<sup>17</sup> em um litígio *inter partes*, manifestou-se a respeito do direito de greve dos servidores públicos. Nessa decisão, em entendimento contrário às jurisprudências anteriores do Tribunal sobre o assunto, resolveu estender a aplicação da lei de greve<sup>18</sup> aos servidores públicos até que o órgão competente legisle. Entretanto, não se limitou o Supremo a resolver a questão substancial dando concretude ao direito fundamental pretendido pelas partes interessadas. Nessa decisão, a Corte acordou que os efeitos do julgado iam além das partes envolvidas no litígio, teriam efeitos gerais (*erga omnes* – para toda a sociedade), ou seja, para além dos envolvidos. Com essa conduta, agiu de modo idêntico ao órgão que tem competência para legislar, o legislativo (MACHADO, 2008). Ampliou a Corte o seu próprio poder.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, como o próprio nome diz, decorre do fato da falta de lei ou providência administrativa para tornar efetiva uma norma constitucional. Para exemplificar, José Afonso da Silva (2002) se utiliza do art. 6º, inciso XI, da Constituição da República de 1988<sup>19</sup>: “direito de participação dos

---

<sup>17</sup> De acordo com Joana de S. Machado: “cuidou-se do julgamento de três mandados de injunção – MI 670, 708 e 712 – greve dos servidores [...]” (2008, p. 67). “O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, conhecer do MI e, no mérito, propôs, como solução à omissão legislativa, a aplicação da L. 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada), [...]” (2008, p. 68).

<sup>18</sup> BRASIL. Lei 7.783 de 1989. Direito de Greve.

<sup>19</sup>BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 6º, inciso XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. 16. ed./ rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme definido em lei*”, de forma que, se o legislador for omissivo, a constituição caracteriza essa omissão como inconstitucional. Através dessa ação pretende-se obter do legislador a elaboração da lei (2004, p. 47-48). A sua propositura depende de ação dos legitimados previstos no art. 103 da Constituição, os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Esses institutos foram postos pelo Constituinte visando “concretizar uma comunidade de intérpretes do texto constitucional” (CITTADINO, 2004, p. 59-60). Salienta Cittadino (2004) que “neste contexto de Constituição aberta e de abertura constitucional, não se poderia destinar outro papel aos tribunais, senão o de *regente republicano das liberdades positivas*” (2004, p. 60, grifo nosso).

O Supremo não foi convertido em Corte Constitucional pelo constituinte, como vimos anteriormente e, a despeito disso, teve sua competência reduzida à matéria constitucional, por ser o guardião da Constituição. Essa afirmativa, destaca Gisele Cittadino (2004, p. 62), é a que conduz necessariamente ao papel político assumido pelo Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1988. Deve ser entendida como função política ou como “inexorável repercussão política” do Tribunal, a tarefa de: “declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas” (2004, p. 63). A Constituição de 1988 não definiu um ordenamento jurídico neutro, valores comunitários nela estão presentes. Na tarefa de garantir esses valores, o procedimento interpretativo tão pouco poderia ser neutro (2004, p. 63). Concebe-se, desse modo, a parcialidade do juiz na causa.

Esclarece Cittadino (2004) o posicionamento que deve ser adotado pelo juiz: entre procedimentos interpretativos com aspirações sociais “à luz da Constituição” e procedimentos interpretativos de bloqueio “pretensamente neutros, vinculados a uma concepção de Estado mínimo e adequados a uma legalidade estritamente positivista” (2004, p. 63), o Supremo com a função precípua de “guardião da Constituição”, só pode seguir o primeiro (2004, p. 63).

Quando se toma o teor do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, podemos verificar a amplitude de atuação que o constituinte de 1987 destinou ao Judiciário, a princípio cabe a este o monopólio da jurisdição. Cittadino (2004) explica que para o constitucionalismo comunitário esse artigo confere “prioridade aos mecanismos jurídicos de participação” como forma de efetivar os direitos assegurados

na Constituição e “proeminência do Poder Judiciário, que deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo” (2004, p. 64). Podemos questionar sobre os limites dessa sobreposição ao Legislativo, poderia o Supremo poder desempenhá-la para além dos casos de omissão constitucionalmente previstos (mandado de injunção), indo alcançar a atribuição constitucional principal do órgão legislativo, qual seja, legislar dando efeitos gerais à sua decisão? Acreditamos que essa não tenha sido a pretensão do constituinte.

Defende o constitucionalismo comunitário que cabe ao Judiciário num sistema harmônico de partilha de competências “concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade das regras jurídicas sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito” (CITTADINO, 2004, p. 65), no intuito de impedir o arbítrio do legislador. Para assim desenvolver sua missão, o Judiciário não pode se restringir a uma “legalidade positivista e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política” (2004, p. 65). A sua missão caminha para o encontro entre o direito e a política, de modo que:

A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da Constituição que o direito e a política se encontram (CITTADINO, 2004, p. 65).

Representando um sistema de valores para o constitucionalismo comunitário, a Constituição, com sua concretização que ocorre pela via interpretativa, só pode acontecer como um instrumento de “realização política” (CITTADINO, 2004, p. 65). Em razão disso, um dos representantes do constitucionalismo comunitário, José Afonso da Silva (2002), como vimos acima, não reconhece no exercício de controle de constitucionalidade pelo critério difuso, modelo estadunidense, uma verdadeira jurisdição constitucional, pelo fato de que nessa modalidade de jurisdição o objetivo é decidir o caso em concreto e não guardar os “valores que integram o *sentimento constitucional* da comunidade” (CITTADINO, 2004, p.66). Os constitucionalistas comunitários preferem o modelo europeu, concentrado numa Corte Constitucional, que julga a lei em tese. Como vimos, na Constituição foram adotados ambos os modelos, conforme a vontade do Constituinte. Esse fato desagradou os constitucionalistas comunitários, que pretendiam a adoção de uma Corte Constitucional. A adoção desse duplo modelo de Tribunal constitucional, o qual permite o controle difuso e controle

concentrado, torna o exercício interpretativo peculiar. Gisele Cittadino (2004) cita os argumentos de Miguel Seabra Fagundes, que ressalta a necessidade de uma ação política por parte do Supremo, pelo fato do Tribunal também exercer uma função política comum a todos os órgãos de cúpula do Poder Público:

[...] Com relação ao Supremo, o exercício da função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares... Ao manifestar-se [...], como árbitro que é da Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é (apud CITTADINO, 2004, p. 68).

Por esse entendimento, em nossa opinião, a Constituição não representaria exclusivamente a vontade histórica de uma comunidade, pois através de um voto de vontade dos ministros do Supremo, a Constituição poderá ou será aquilo que os arestos declararem que ela é.

O constitucionalismo democrático espera do Judiciário que ele realize uma adequação dos valores comunitários à realidade constitucional, à inclusão dos excluídos e à concretização da constituição (2004, p. 68). Expectativas essas, como podemos constatar, de cunho eminentemente político, pois impõe ao Judiciário, especialmente ao Supremo, o dever de atender aos anseios de toda a população brasileira na realização das amplas garantias e direitos que foram dispostos na Constituição de 1988. Como realizar essa missão hercúlea, contando apenas para o seu exercício, com a capacidade interpretativa que o dever funcional/constitucional impõe, sem ferir a esfera constitucional da atribuição das competências dos outros dois poderes?

A proposta de Carlos Roberto de Siqueira Castro sugere que, ao desempenhar o seu encargo, o Judiciário, partindo de seu raciocínio e lógica jurídica, pretende que essa atividade não seja “impeditiva do exercício da *ampla criatividade* pelos julgadores em sua indeclinável missão de *construir um direito socialmente justo*, o que lhes permite, inclusive, *ir além da lei* para, com isso, [...] satisfazer as aspirações coletivas emergentes” (apud CITTADINO, 2004, p. 68, grifos nossos). Resta saber se na missão de guardião da Constituição, ao Supremo estaria literalmente ou mesmo implicitamente assegurada a competência: i) para exercer uma atividade amplamente criativa, sem, portanto, qualquer limite; ii) para construir um direito socialmente justo, seja o que “justo” quer dizer; iii) de ir além da lei, atuando como um verdadeiro legislador.

Ademais, importa saber se a Constituição de 1988 pretendeu garantir a satisfação de “todas” as aspirações coletivas emergentes, a despeito das necessidades de grupos carentes, porém menos articulados na expressão, também, de suas aspirações nessa jovem democracia. Para atender essa pretensão do constitucionalismo comunitário, sem dúvida, a Corte brasileira teria que se tornar um “fórum permanente” de discussões de grupos que não possuem voz pela via normal de seus representantes políticos. Razões que nos fazem pensar se esse é o melhor caminho para a ainda imatura democracia brasileira.

Gisele Cittadino (2004) refere-se à aplicação da denominada tese resolutiva, defendida pelo constitucionalismo comunitário a ser aplicada, quando o juiz, ao decidir um caso em concreto, depara-se com uma inexistência normativa. Como dispõe a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, espera, o constitucionalismo comunitário que o juiz “resolva o caso concreto, garantindo o direito daquele que o invoca” (2004, p. 69). Saliencia Cittadino (2004), entretanto, que como aceitar que o “Judiciário legisle abstratamente é inconstitucional, a tese resolutiva garante que sejam solucionados os casos concretos, sem efeitos gerais, *erga omnes*” (2004, p. 69). Vimos anteriormente, com Joana Machado (2008), em sua análise sobre o mandado de injunção julgado em 2007, que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese concretista geral, concedendo efeito geral, *erga omnes* à sua decisão. Resta saber se o Supremo Tribunal não é um adepto do constitucionalismo comunitário ou se suas decisões seriam inconstitucionais quando extrapolam o caso em concreto e seus efeitos passam a alcançar toda a sociedade.

Neste capítulo, verificamos que o Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, vivenciou uma guinada brutal na sua inserção no jogo político, bem diferente do que foi registrado em sua história anterior. Sua competência foi ampliada e o Tribunal passou a uma posição proeminente sobre os outros dois poderes da República. A intenção do Constituinte de 1987, com relação à independência do Poder Judiciário, estava focada no seu fortalecimento. O desenho da Constituição foi delineado, concedendo grande enfoque aos direitos e garantias fundamentais e aos instrumentos constitucionais para o seu exercício e concretude. Ao Supremo Tribunal Federal coube a missão de ser o “guardião da Constituição”. Gisele Cittadino (2004, p. 22) chega a falar em Estado-juiz, tendo no Supremo o “regente das liberdades republicanas”. À preocupação com o positivismo foi contraposta uma função criadora

por parte do Supremo. Podemos verificar, também, uma tendência do Tribunal em ampliar o seu próprio poder.

A proeminência do Supremo entre os poderes da República tem sido vista por alguns autores como positiva para a democracia brasileira. Para Werneck Vianna et al. (1999, p. 44) o que importa é que a Constituição proteja as majorias que se transformam em minorias parlamentares, verifica o autor que a política vem se infiltrando em toda a parte. A Constituição é uma Carta aberta, tendo nos direitos fundamentais o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro. Nas palavras de Cittadino (2004, p. 14), o reencantamento do mundo se dá pelo direito constitucional e no papel ativo do Poder Judiciário voltado para a Constituição e os direitos fundamentais. O Poder Legislativo como representante da vontade da maioria é pouco evidente, verifica-se uma corrida ao Judiciário, levando a uma judicialização da política, através das diretrizes constitucionais e da redefinição das relações entre os três poderes. O Judiciário é capaz de atuar sobre o poder político, representando ainda, um outro lugar de manifestação da esfera pública (VIANNA, 2002, p. 10-11). O direito ocupa posição central desse novo lugar de esfera pública (VIANNA, 2002, p. 11).

Constatamos que o Supremo, no julgamento de algumas ações, como no caso do mandado de injunção (MACHADO, 2008), tem ampliado o seu próprio poder. Gisele Cittadino (2004, p. 63) afirma que o Supremo desempenha um papel político e que não pode ser neutro, já que a Constituição não é neutra. Eis um problema: como, em uma recente democracia, as ações dos ministros do Supremo devem se pautar? Não podem ser neutros, pois a Constituição não o é. Quando agem sem neutralidade tendem a ampliar o seu próprio poder. Qual é a leitura que podemos fazer a partir da frase citada: “a Constituição é o que os ministros do Supremo dizem que é” (FAGUNDES apud CITTADINO, 2004, p. 68)? Em que implica não existir limites para a “ampla criatividade, para a construção de um direito justo, e em não se ter restrições para ir além da lei”?

Inegável é para nós, portanto, a grande diferença existente entre o Supremo Tribunal Federal antes e depois da Constituição de 1988. Tendo em vista que, também entre nós, as instituições representativas tradicionais previstas num regime democrático estão em crise como em todo o ocidente, a judicialização da política se torna emergente. A nossa Lei Maior se transformou no horizonte necessário da democracia brasileira, o que justifica o reconhecimento do protagonismo do Tribunal entre nós, órgão envolvido diretamente com a vida política do país. Não obstante, existem argumentos plausíveis,

por outro lado, que o Supremo quer aumentar o seu próprio poder, inclusive até mesmo alterar a Constituição. Essa é a dinâmica de um jogo de forças, de um lado, o Supremo demarcando o seu lugar perante o puro jogo político do Congresso e do Executivo, tal como era a pretensão do constituinte de 1987, um órgão com força suficiente para desenvolver a democracia; de outro, o Supremo superando os limites estabelecidos pelo mesmo constituinte, concedendo decisões referidas “aparentemente” pelo menos à Constituição.

Nada mais natural, nessas circunstâncias, que os ministros do Supremo busquem inspiração e orientação em experiências importantes, considerando a relevância que o Direito e as Cortes Supremas adquiriram no pós-guerra, em especial Estados Unidos e Alemanha, esses são dois grandes modelos, mas, que, obviamente, nenhum deles pode ser inteiramente replicado aqui. Por isso analisaremos a seguir a Suprema Corte estadunidense e o modelo europeu de corte constitucional.

### **3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS CONTRIBUIÇÕES DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE E DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS**

#### **3.1 Teorias explicativas sobre o funcionamento das Cortes constitucionais**

Para compreender o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro é imprescindível realizarmos um estudo comparativo sobre as formas de atuação das Cortes constitucionais, em especial para nós, aqueles que tomam por base o modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos e o modelo dos Tribunais constitucionais europeus, pois são esses dois modelos que influenciaram a formação do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Por certo, os contextos históricos de criação das cortes e sua maneira de atuação apresentam-se de maneira distinta em cada um desses países, o que acaba por refletir sobremaneira no resultado jurídico-político conforme o modelo adotado; também, com base nisso, cada teórico optou por um modelo explicativo de funcionamento. Mesmo considerando as distinções de cada modelo, poderá se ver que existem pontos em comum, na efetivação da jurisdição constitucional. Ao fim deste capítulo, tentaremos correlacionar esses modelos explicativos à atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no que ele se aproxima e no que se distancia tanto da Corte estadunidense quanto dos Tribunais europeus. Objetivamos verificar se a Corte brasileira possui uma forma particular.

Normalmente, as discussões que envolvem o proceder das cortes, pensam em termos de controle de constitucionalidade e de possibilidade de revisão judicial, de maneira dicotômica: interpretacionistas e não-interpretacionistas; procedimentalistas e substancialistas; republicanos e liberais; nas formas de controle: concentrado e difuso, abstrato e concreto, a priori e a posteriori. Vamos nos ater a essas últimas, pois essa é a forma que o constitucionalismo brasileiro adota. Para cumprir esse intento, optamos pelo professor constitucionalista Paulo Bonavides, por ser um autor conhecido e respeitado no meio jurídico, apesar de utilizarmos outros autores e de reconhecermos o mérito e o brilhantismo dos trabalhos desenvolvidos por outros teóricos. Outras possibilidades para a compreensão do funcionamento das cortes constitucionais vêm sendo desenvolvidas. Destacamos o trabalho de Ferejohn e Pasquino (2001) pela forma didática e inovadora como abordam a temática.

Dentre as várias formas de distinção entre as cortes, a revisão judicial é a que mais polêmica suscita em virtude da possibilidade do Judiciário nesse papel invadir os limites de atribuição pertencente ao legislativo. Apesar da relevância desses vários estudos empreendidos pelos autores, conforme veremos a seguir, a postura atual do STF e o papel de seus ministros, em fatos recentes no Brasil, vêm indicando um caminho muito diferente das propostas apresentadas pelos autores analisados abaixo. Não temos a pretensão de, neste trabalho, esgotar esse tema, apenas apontar as diferenças entre os modelos como forma de comparar e confrontar os modelos para facilitar a compreensão sobre o caminho pelo qual vem trilhando o Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988.

Para iniciar este estudo, partiremos da teoria desenvolvida por Ferejohn e Pasquino (2001), que realizaram uma análise sobre o papel das cortes e de seus juízes e uma comparação sobre o modo de atuação entre modelos europeus e modelo estadunidense, para, no final, com base nesta pesquisa, tentar compreender como têm atuado o STF e seus ministros, e estabelecer critérios distintivos do Tribunal frente aos modelos de Cortes apresentados.

### **3.2 O modelo explicativo de John Ferejohn e de Pasquale Pasquino – A Corte constitucional como instituição deliberativa**

Neste estudo, os autores realizam uma investigação sobre o modelo de jurisdição constitucional, definido como tipo kelseniano, originado em países que viveram em regime autoritário na Europa. Esta forma se desenvolveu após o colapso do regime autoritário fascista, seja na Grécia, em Portugal e na Espanha e, após a Segunda Guerra Mundial, na Áustria, Itália e Alemanha. As respectivas situações históricas permitem denominar todos esses modelos de justiça constitucional como pertencentes a regimes pós-autoritários (2001, p. 1). Esse tipo de jurisdição constitucional servirá para comparação dos autores com os modelos estadunidense e francês, que dele se diferenciam.

De acordo com Ferejohn e Pasquino (2001), a revolução constitucional ocorrida na Europa se deu de forma uniforme e mais ou menos simplificada. Em virtude da desconfiança sobre o Judiciário (nos Estados pós-fascismo) e sobre o Parlamento (em França), a revisão constitucional ficou em um lugar carregado de legitimação, mas fora do sistema Judicial, qual seja, nas mãos das Cortes Constitucionais. Essa legitimação

pode ser medida pelo isolamento de pressões políticas e pela adoção de procedimentos técnicos, tais como: sessões privativas, opiniões proferidas em nome da Corte etc, no intuito de produzir imparcialidade ou a sua aparência. Mas, todas as cortes têm o dever de justificar as razões de sua decisão (2001, p. 2).

Lembram os autores, que Rawls, em “O liberalismo político”, descreve os Tribunais como instituições deliberativas exemplares, fóruns nos quais as razões, explicações e justificações são esperadas e oferecidas, sendo a Corte um exemplo de razão pública. A autoridade da Corte provém desse entendimento, apesar de carecer de credencial democrática e da impossibilidade de implementar suas decisões. A deliberação e a justificação das razões apresentadas no julgamento parecem valores com aspectos especiais. Isso porque o que ocorre na deliberação e na argumentação joga um papel importante na vida pública, sendo a Corte o local apropriado (apud FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 3).

Interessa aos autores explorar o papel deliberativo das Cortes. Ao procederem a uma comparação entre as Cortes constitucionais europeias e a estadunidense, esperavam, em virtude dos contextos históricos, políticos, sociais, culturais, encontrar práticas deliberativas diferentes para assuntos similares. Apesar dessa diversidade, todas as Cortes constitucionais examinadas: da França, da Alemanha, da Itália, da Espanha e dos Estados Unidos apresentaram as mesmas características deliberativas descritas por Rawls. Mas, qual é o tipo de deliberação que se espera da Corte, eles questionam. E eles respondem: a concepção aristotélica de deliberação que é aquela que coloca ênfase na avaliação crítica, que possa mudar objetivos e preferências e saber se esses objetivos e propostas podem mudar como resultado da deliberação ou se elas permanecem abertas à revisão. Os autores baseando-se nessa concepção, explicam que o caminho para mudar ou reforçar objetivos, é argumentando e apresentando os motivos. Nesse sentido, deliberar é participar no processo de argumentações sobre ações públicas (2001, p. 4).

Para além da Corte publicar suas decisões, espera-se pelo conteúdo delas, ou seja, justificativas plausíveis para seus argumentos, possibilitando que mesmo aquele que não tenha interesse no desfecho da causa, possa respeitá-lo. Dessa maneira, a expectativa deliberativa configura-se em dois sentidos: primeiro, que essas razões e justificativas possam ser adotadas em sentido normativo, como expõe Rawls: razões de interesse público; segundo, atuando como uma instituição colegiada, suas razões sejam efetuadas através de um processo interno de deliberação, seja emitindo um único

parecer ou vários, em um consenso majoritário (apud FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 4).

Acrescenta-se, ainda, que apresentar a justificação e a fundamentação é importante para o Tribunal em dois aspectos: primeiro, o democrático, pelo fato dos juízes não serem eleitos devem apresentar a razão de suas decisões fundamentadas em princípios constitucionais ou morais. Esses argumentos são democráticos indireta ou transitivamente. Nesse sentido, as opiniões e decisões judiciais podem ser vistas como princípios constitucionais aparecendo em novas circunstâncias e na particularidade de casos específicos (FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 5). Analisados por esse prisma, os juízos deliberativos podem reforçar o poder daqueles que foram eleitos democraticamente, pois a decisão naqueles moldes apresenta um sistema “flexível e inteligente”, para refinar a própria legislação e decretos públicos. Visto assim, as decisões judiciais, que acolhem os princípios constitucionais e morais, acabam por reforçar a autoridade das pessoas como distintas de seus representantes democráticos. Tomando por base esses argumentos, Ferejohn e Pasquino (2001, p. 5), salientam o que é principal no argumento de Rawls, qual seja, que “a razão pública pode ser vista enfatizando o caráter democrático dos juízes, no sentido de que as razões de interesse público, são as razões de todos, quaisquer que sejam as nossas visões do bem, espera-se que as aceitem” (apud FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 5). Não obstante, as deliberações judiciais também apresentam riscos para o Legislativo, tendo em vista que os juízes, mesmo justificando suas decisões, podem, utilizando-se de argumentos, modificar ou anular os comandos democráticos.

O segundo aspecto não se relaciona apenas ao caráter democrático dos tribunais, uma vez que ao apresentar suas razões, o Tribunal reforça sua autoridade, pois permite que outros não envolvidos no processo (funcionários de Estado, outros juízes, advogados, cidadãos comuns etc), conhecendo a justificativa e as razões do decidido, possam antecipar as implicações da decisão atual para casos futuros, permitindo a sociedade coordenar suas ações de forma mais eficaz para atingir fins comuns importantes. As razões são fontes importantes de legitimidade dos juízes, em qualquer sistema jurídico, mas nas democracias elas têm peso especial, problema que está na raiz das preocupações sobre o aspecto contramajoritário da revisão judicial (FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 7).

John Rawls (2011), ao procurar distinguir o modo “como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns” e às autoridades estatais, destaca que a

aplicação da razão pública pelo o que ele denomina de “fóruns oficiais”, concretiza-se no papel especial que é atribuído ao Judiciário: “sobretudo a um tribunal supremo em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis” (RAWLS, 2011, p. 254). É, nessa visão do autor, a Suprema Corte um caso exemplar de razão pública, pois diferentemente do Legislativo e do Executivo, que não precisam justificar seus atos, o Judiciário, em razão de seus membros necessitarem explicar e justificar os seus, obriga-os a encontrar na Constituição, nas leis e nos precedentes argumentos pertinentes.

Destacam Ferejohn e Pasquino (2001, p. 7) que apenas os Tribunais precisam apresentar razões, ou seja, uma ligação racional (justificada) entre suas decisões e as escolhas dos legisladores. Acontece assim na maioria das democracias ocidentais. Os eleitores não exigem dos administradores, nem dos legisladores, justificativas para suas ações. Caso essas não sejam aprovadas por eles, nas próximas eleições, aqueles serão rejeitados. Também os eleitos não justificam suas ações, apenas os partidos apresentam um programa de ação. Os votos, no plano eleitoral, são baseados em um resultado numérico e não dependem de justificativas. Portanto, são números e não razões que contam (2001, p. 8). Nesse sentido, as instituições mais democráticas, em relação à proximidade das pessoas, não são aquelas esperadas a deliberar sobre tudo, é na tomada de decisões em instituições menos democráticas que a razão pública aparece, afirmam os autores (2001, p. 9).

O ponto fundamental que podemos salientar como muito presente na argumentação de Ferejohn e Pasquino (2001) se deve ao fato de os autores apresentarem uma perspectiva inovadora sobre a análise da atuação das cortes supremas; eles objetivam demonstrar o caráter democrático do exercício de jurisdição constitucional mantendo o foco no caráter deliberativo das cortes como visto anteriormente.

No que tange a esse ponto nevrálgico e importante, especialmente para a análise da jurisdição constitucional, qual seja, a deliberação judicial, também a podemos observar no estudo empreendido por Virgílio Afonso da Silva (2009), cuja proposta é se concentrar no caráter deliberativo constitucional. Poderíamos mais precisamente dizer, com base em seus argumentos, no caráter deliberativo institucional em lugar de constitucional, pelas seguintes razões. Silva (2009) tomando por base a diferença existente entre o caráter interno e externo da deliberação judicial tal como foi desenvolvida no trabalho de Ferejohn e Pasquino (2001), os quais tratam das formas de deliberação que se encontram presentes na Suprema Corte estadunidense e nos

Tribunais constitucionais europeus, especialmente: Alemanha e Espanha, intenta estabelecer outra categoria de deliberação distinta das demais.

Silva (2009, p. 213) destaca, portanto, a forma como Ferejohn e Pasquino (2001) distinguem a deliberação interna e a deliberação externa:

a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. Já a deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo (SILVA, 2009, p. 213).

A primeira forma diz respeito “ao fluxo de argumentos entre os juízes”; a segunda forma relaciona-se ao “fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele”. Salienta Silva (2009) que essa é uma distinção fundamental no modo de deliberar existente entre a Suprema Corte estadunidense e os modelos europeus. No caso da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, qualificada como de deliberação externa, os argumentos judiciais não têm por objetivo convencer os colegas de tribunal: “*Sua plateia está em outro lugar, sua plateia é externa: é o Congresso, a Casa Branca, as faculdades de direito, são os jornalistas*” (SILVA, 2009, p. 214).

Em uma democracia constitucional, questiona Silva (2009), qual das duas espécies de deliberação seria a mais adequada? O autor afirma que tanto a deliberação interna quanto a deliberação externa seriam necessárias, mesmo que sejam incompatíveis entre si em grande medida. A deliberação interna propicia uma decisão institucional, sendo esta “clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única” (SILVA, 2009, p. 215). A deliberação externa apresenta a vantagem de chamar “a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística para questões fundamentais do cenário político-jurídico de um país” (SILVA, 2009, p. 215). Virgílio Afonso da Silva (2009) ressalta que, mais do que dialogar com outros atores o importante é o diálogo entre poderes, o que ele denomina de diálogo constitucional. Quando se pensa em uma fórmula de possibilitar o diálogo entre os poderes constitucionais, constata-se que esse diálogo só é possível de acontecer através de uma comunicação institucional entre os poderes estabelecidos. Portanto, mais do que um diálogo constitucional – que pode existir entre os legitimados para provocar os poderes individualmente – Silva (2009) propõe a existência de um tipo ideal de diálogo, que a nosso ver, mais adequadamente, poderia ser chamado de institucional, em virtude de que esse tipo só poderia ocorrer entre as instituições constitucionais. Esse diálogo pode

ser percebido como um modelo ideal, tendente a reforçar o equilíbrio democrático entre os poderes, não obstante o autor não suscitar essa ideia em seu texto.

Para ilustrar a importância dessa comparação entre as formas de deliberação desenvolvidas por Ferejohn e Pasquino (2001), podemos destacar a Reclamação n. 4335 do Estado do Acre, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que vem sendo observada de perto por diversos estudiosos do comportamento do Supremo no Brasil. Virgílio A. da Silva (2009) destacou, em nota de rodapé, em seu trabalho, a importância da Reclamação, utilizando-a como exemplo. Para ele, nesta ação, ocorre uma falta de diálogo constitucional entre os poderes. Todavia, a melhor forma de deliberação é aquela que supera “radicalizações como aquelas expressas em motes como ‘todo o poder aos juízes’ ou ‘todo o poder ao legislador’, implica necessariamente a construção de um *diálogo entre poderes*” (SILVA, 2009, p. 226). O objeto dessa ação é a definição do papel do Senado Federal brasileiro no controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que o conflito presente na Reclamação abriu oportunidade para a corte brasileira apresentar outra interpretação para o art. 52, inciso X, da Constituição Federal da República de 1988, que dispõe: “Compete privativamente ao Senado Federal: - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Nessa ação, o voto do ministro relator Gilmar Mendes teria a consequência de “tornar supérfluo o papel do Senado Federal no momento final desse controle difuso” (SILVA, 2009, p. 227), como mais à frente veremos.

Ao realizar um exame comparativo entre as cortes constitucionais estadunidenses e europeias na democracia moderna, Ferejohn e Pasquino (2001, p. 11) estabeleceram uma linha com extremos: situados à esquerda, os regimes parlamentares puros encontrados no Reino Unido e na terceira e quarta República francesa; na outra extremidade, situados à direita, os regimes montesquianos com a separação de poderes. Os autores reconhecem que entre esses dois polos em destaque existem uma variedade de sistemas constitucionais. Em regimes de soberania parlamentar, por lógica, o Executivo e os Tribunais se subordinam ao Legislativo, vindo os dois primeiros implementar e executar os comandos deste último. Nesse cenário, a ideia de revisão judicial da legislação soa completamente estranha. Tendo em vista a soberania parlamentar, a revisão constitucional acontece dentro do próprio Legislativo. Isso traz duas implicações, a primeira é que a revisão constitucional só pode ocorrer *a priori*, ou seja, antes da proposta legislativa ser promulgada como lei; a segunda é que essa

revisão apenas envolve a comparação do texto legislativo com o texto constitucional, sendo, por isso, denominada de *em abstrato*. Normalmente, esse poder de revisão se concentra nas mãos de poucos, a exemplo de uma câmara superior dentro do próprio Legislativo, um Comitê com algum tipo de autoridade judicial. Na França, a revisão era prevista de ocorrer no Conselho de Estado francês, uma instituição em separado. Recentemente, relatam os autores, foi criado o Conselho Constitucional, terceiro corpo legislativo, com poder para modificar e vetar a legislação proposta, mas cabe ao próprio legislador a autoridade para rever e aplicar os princípios constitucionais à legislação (2001, p. 12).

Oposto a esse sistema é o regime de separação de poderes, tendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário competências horizontalmente separadas. Ferejohn e Pasquino (2001) relembram Montesquieu para quem a falta dessa divisão acabaria por levar a um governo arbitrário, imprevisível e despótico. Os Tribunais, ao aplicarem a lei a um caso concreto, não estariam legislando, o poder judicial seria um poder nulo, nesse sentido. Mas, ao decidir um juiz poderia deixar de aplicar a lei a um caso concreto, se verificasse que a aplicação geraria injustiça. A não aplicação da lei na solução do caso em concreto, todavia, não anularia nem aboliria a lei; resultado diverso, portanto, do modelo de soberania parlamentar. Além disso, a autoridade para exercer a revisão judicial é dispersa por todo o Judiciário. Qualquer juiz, constitucional ou legal, deve interpretar a lei a fim de aplicá-la. O âmbito de aplicação desse regime são os casos *em concreto* e *a posteriori*. Portanto, a revisão não é feita por uma autoridade legislativa, as leis não são suprimidas, apenas tem sua aplicação recusada em um caso concreto, podendo, em alguns sistemas legais, ser estendida a casos semelhantes (FEREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 13). Os autores Ferejohn e Pasquino (2001) exemplificam essa forma de atuação, tomando por base o art. 3º da Constituição dos Estados Unidos, que coloca a Suprema Corte no topo da jurisdição federal e que permite que a revisão judicial seja feita em todos os tribunais, sempre voltados para a solução de casos e controvérsias concretas. Essa forma difere, portanto, dos tribunais europeus e em especial do Francês. Sempre as Cortes estadunidenses objetivam aplicar a lei tendo em vista a Constituição, visando encaixá-la ao texto constitucional. Mesmo surtindo efeitos legais, esse procedimento não muda ou elimina os textos como acontece nos tribunais franceses, simplesmente não ocorre a aplicação da lei ao caso em concreto. Afirma-se, assim, o aspecto judicial e não legislativo da revisão judicial (FEREJOHN E PASQUINO, 2001, p. 13). Podemos observar que nesse modelo, em verdade, o Judiciário não anula a lei

posta pelo Legislativo, apenas não a aplica ao caso sob julgamento, por considerá-la inconstitucional.

A tradição de soberania parlamentar vem perdendo força em virtude de acontecimentos no século XX, em especial, após a Segunda Guerra Mundial: na Áustria, após a Primeira Guerra; Alemanha e Itália, após a Segunda Guerra; Espanha e Portugal, após o colapso dos regimes fascistas. Todos esses países aprovaram constituições baseadas no modelo de soberania parlamentar. Ferejohn e Pasquino (2001) denominam esses regimes de kelsenianos, pois cada uma das constituições de cada um desses países reflete, de várias maneiras, a ideia central de Kelsen de que a jurisdição constitucional é mais uma função legislativa do que judicial. Ao derrubar uma lei retirando sua aplicação, o Tribunal não é apenas um legislador negativo, ele também atua positivamente reconstruindo a situação jurídica antes da lei, isso é, uma função legislativa positiva (2001, p. 14).

O aspecto legislativo de jurisdição constitucional enfatizado por Kelsen é concebido como algo que envolve um texto legal em comparação com um texto constitucional, o que é denominado de revisão *em abstrato*, pois não decorre da aplicação da lei em uma dada situação litigiosa, um caso em concreto, mas apenas a comparação de textos da lei, *a priori* e *em abstrato*, com a constituição. Vista dessa maneira, a jurisdição constitucional apresenta um caráter eminentemente político, pois o Tribunal delibera, escolhendo a regra normativa de conduta social que está em consonância com a constituição. Portanto, para Kelsen, os Tribunais constitucionais devem ficar fora do Poder Judiciário e dos departamentos administrativos, devendo ser constituídos por juízes nomeados politicamente, entre pessoas particularmente competentes para fazer comparações entre textos em abstrato, com capacidade para deliberar sobre normas e explicar as decisões, não sendo necessário, enfim, pessoas com experiência judicial (apud FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 14).

Enquanto Kelsen enfatizou o controle abstrato, as cortes constitucionais modernas pós-regimes autoritários têm realizado cada vez mais a revisão constitucional em concreto e *a posteriori*. O controle de acesso é feito não somente por parte dos governos e minorias políticas, mas também por litigantes comuns em casos específicos. De maneira que os tribunais constitucionais podem atuar à maneira kelseniana, realizando o controle em abstrato, como também podem enfrentar questões constitucionais surgidas em instâncias inferiores. Mas, sempre será o tribunal constitucional que decidirá a controvérsia constitucional, não cabendo a nenhum outro

tribunal a solução da contenda (apud FERREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 15), característica que o diferencia do modelo estadunidense, em que não só a Suprema Corte pode realizar a revisão judicial, mas qualquer outro Tribunal do Estado. Em suma, no sistema de separação de poderes, ocorre a revisão jurisdicional em concreto, dispersa por todo o sistema judiciário. Em sistemas pós-autoritários, no entanto, a revisão jurisdicional é concentrada em um tribunal e, na maioria das vezes, é abstrata, os juízes ordinários não têm competência para julgar questões constitucionais. Além disso, tendo em vista o seu passado autoritário, existe uma grande desconfiança no juiz como árbitro de valores constitucionais e democráticos, tendo os professores de direito, precedência na ocupação dos assentos da corte, para além de alguns juízes (2001, p. 16). Em verdade, como salientou Cláudia Toledo e Luiz Moreira, na introdução para edição brasileira do livro de Louis Favoreu (2004, p. 13), o grande destaque na estrutura dos Tribunais Constitucionais europeus relaciona-se à exigência constitucional na grande maioria dos Estados, da nomeação de professores universitários para compor as Cortes.

Ferrejohn e Pasquino (2001, p. 18) distinguem, ainda, três padrões deliberativos identificáveis entre os sistemas, tais como: primeiramente, aqueles presentes em sistemas de separação de poderes, nos quais a revisão constitucional também pode ocorrer em tribunais comuns, ocorrendo uma grande comunicação e coordenação entre os juízes, com formas abertas de deliberação, com audiências públicas, opiniões, votos publicados e a doutrina dos precedentes; o segundo padrão, modelos chamados de kelsenianos, em que o poder de revisão constitucional é concentrado em um órgão especializado, a clareza das decisões é fundamental, por isso esses tribunais constitucionais falam a uma só voz, articulando um raciocínio fundamentado e raramente ocorrem audiências públicas ou dissidências são publicadas; por fim, regimes de soberania parlamentar. Nestes, a revisão constitucional é uma parte do processo legislativo e visa garantir que a legislação esteja em conformidade com os requisitos constitucionais.

Nos sistemas kelsenianos, também chamados de pós-autoritários, a deliberação no tribunal ocorre em segredo, raramente ocorrem audiências públicas, as opiniões são emitidas em nome da corte e sem o registro dos votos, poucos desses sistemas permitem a publicação dos votos divergentes. Os tribunais que permitem o acesso direto de litigantes, como os da Espanha e da Alemanha, possuem uma divisão interna de trabalho, por temas. Entretanto, todos esses tribunais constitucionais deliberam *internamente*, no sentido de que muito de seu trabalho é feito de forma colegiada e em

tempo real; tentativas são feitas para convencer os outros pares e, ao final, o intuito é produzir uma decisão coletiva fundamentada, o que ocorre de maneira especial na Itália.

De outro lado, contudo, têm-se as práticas deliberativas da Suprema Corte dos Estados Unidos que são bem diferentes do modelo europeu. Como dito anteriormente, no modelo estadunidense, a forma deliberativa é *externa*, contrastando sobremaneira ao modelo de deliberação interna dos Tribunais Constitucionais europeus, pelo fato de que a Suprema Corte não tem o monopólio da interpretação constitucional, tendo sua atuação voltada principalmente para a regulação do processo pelo qual a Constituição é aplicada por outros tribunais. Esse papel de regulação e coordenação obriga a Corte a fazer o seu papel de forma pública e transparente, permitindo que outros agentes, juízes, advogados possam prever como a corte julgaria o caso, antes mesmo de levá-lo a julgamento. Além disso, a questão de analisar a lei em relação à Constituição, no caso concreto, dispersa pelos tribunais inferiores, mais do que na própria Corte Suprema, tem levado a própria Corte a estimular este tipo de atuação nas cortes inferiores. Tal estratégia, destacam Ferejohn e Pasquino (2001, p. 21), está disponível nos sistemas que permitem a revisão em concreto e pode surgir em sistemas kelsenianos somente se se considerar a reclamação constitucional (como amparo ou *verfassungsheschverde*).

A Suprema Corte dos Estados Unidos age publicamente em vários sentidos. Primeiramente, o acesso é aberto aos litigantes em geral e o conteúdo de seus votos em determinado caso se tornam públicos. Segundo, a regra são as audiências publicadas, os votos divergentes são publicados e registrados e os pareceres discordantes também são publicados. Raramente, a Corte fala a uma só voz, muito ao contrário, prefere deixar o conflito e deixar fermentar o desacordo. O nível interno de deliberação tende a ser baixo, os juízes não gastam muito tempo com conferências deliberando sobre questões específicas (preferem interagir com seus funcionários e pouco com os outros ministros e raramente objetivam mudar as mentes e os votos contrários). A deliberação interna parece ter lugar após os votos, quando os juízes decidem se eles concordam no todo ou em parte com o parecer escrito para a Corte. Mas tal deliberação ocorre por escrito e não frente a frente. Na opinião de Ferejohn e Pasquino (2001, p. 21), esse fato possibilita que o processo deliberativo seja mais transparente do que a deliberação frente a frente seria. A maneira pública de condução de seus assuntos o coloca no centro dos processos deliberativos mais amplos dentro do Judiciário, das comunidades jurídicas e políticas (FEREJOHN e PASQUINO, 2001, p. 21-22).

Deste estudo comparativo, desenvolvido por Ferejohn e Pasquino (2001), podemos construir uma tipologia no quadro abaixo sintetizando as distinções:

Quadro – 1: Comparativo dos três modelos de tribunal

<b>Distinção/modelo</b>	Kelseniano	Separação de poderes (Montesquieu)	Soberania parlamentar
<b>Lugar</b>	Países em regimes pós autoritários na Europa: Áustria, Alemanha, Itália,	Estados Unidos	Reino Unido, França (3ª e 4ª República)
<b>Órgão legitimado</b>	Tribunal constitucional – fora do Poder Judiciário	Disperso por todo o Poder Judiciário – Suprema Corte e Tribunais ordinários	Dentro do próprio Poder Legislativo – em um órgão especialmente criado.
<b>Autoridade para revisão</b>	Legislativa	Judicial	Legislativa
<b>Âmbito de aplicação</b>	Em sua grande maioria <i>a priori</i> e <i>em abstrato</i> . Podendo em alguns casos ser <i>a posteriori</i> e <i>em concreto</i>	<i>A posteriori</i> (depois de promulgada a lei e questionada) e <i>em concreto</i> (em relação a um caso especial)	<i>A priori</i> (antes de promulgada a lei) e <i>em abstrato</i> (entre o texto legislativo e o texto constitucional)
<b>Efeitos</b>	Eliminação do texto em sua grande maioria	O texto não é suprimido, a lei é mantida. Quando não aplicado é somente naquele caso em questão	Elimina-se o texto
<b>Composição</b>	Juízes nomeados politicamente, podem ser professores e técnicos sem experiência judicial	Juízes nomeados com experiência judicial	Normalmente membros do poder Legislativo e outros profissionais técnicos

Fonte: Elaboração da própria autora.

### 3.3 Corte Constitucional ou Suprema Corte?

Favoreu (2004), distinguindo o modelo constitucional estadunidense do modelo constitucional europeu, procura explicar o que representa uma Corte Constitucional, esta “é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos” (2004, p. 15). Conforme explica o autor, o modelo denominado

européu de jurisdição constitucional concentra-se nas Cortes constitucionais e foi criado por Kelsen para a Constituição da Áustria de 1920, em contraposição ao modelo estadunidense (2004, p.17). O modelo estadunidense, diferentemente, não conta com uma Corte para exercer exclusivamente a jurisdição constitucional, os tribunais ordinários podem também proferir decisões em litígios de qualquer natureza, de forma que: “a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional” (2004, p. 17). No modelo europeu, como dito, a competência do Tribunal é exclusiva, tendo sido criado para o exercício dessa única atividade.

O modelo kelseniano prevaleceu em vários países da Europa, em virtude da “sacralização da lei”. Destaca Favoreu (2004) que “a partir da Revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida” (2004, p. 20). Nos Estados Unidos, por sua vez, prevalece a concepção da sacralidade da Constituição; na Europa é a lei que é sagrada (2004, p. 20). A adoção do modelo kelseniano na Europa em lugar do modelo estadunidense, Favoreu (2004) explica que se deu por razões históricas, estas foram determinantes porque “não temos mais confiança nos juizes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também” (2004, p. 23). Em relação à separação de poderes, uma Corte Constitucional surge como o modelo mais adequado, pois a jurisdição constitucional “situa-se fora dos três poderes dos quais ela é encarregada de fazer respeitar as respectivas atribuições” (FAVOREU, 2004, p. 25).

Ao discorrer sobre as características do modelo europeu, Favoreu (2004) afirmou que o exercício de uma verdadeira jurisdição é importante, a Corte Constitucional ao proferir inconstitucionalidades deve assegurar o Direito com “autoridade de coisa julgada”, que com sua declaração termine em anulações com efeito *erga omnes*, ou seja, alcançando todos. A contrário senso, se não se pode anular a lei, resta a dúvida se a Corte exerceu uma verdadeira jurisdição. Entretanto, se a Corte “oficialmente reescrever a lei e substituir os dispositivos legislativos por seus próprios dispositivos, ela exerce a função de legislador”, mas isso é impossível ao órgão que exerce jurisdição constitucional, sua atuação dever ser apenas o exercício de uma função controle (2004, p. 32-33).

A diferença fundamental que serve para caracterizar uma Corte Constitucional de uma Corte Suprema reside no fato dela estar situada fora de todo aparelho

jurisdicional, enquanto a segunda “está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional” (FAVOREU, 2004, p. 33). Distingue-se, ainda, a Corte Constitucional por exercer o controle de constitucionalidade da lei de forma concentrada, ou seja, com exclusividade, assim, nenhum outro órgão de jurisdição ordinária tem essa competência, podendo a Corte “corrigir, até anular, as escolhas políticas fundamentais feitas pelo legislador, representante da vontade geral” (FAVOREU, 2004, p. 34).

Referindo-se especificamente ao Tribunal Constitucional alemão, Favoreu (2004) sustenta que é enorme a influência da jurisprudência da Corte, seja na esfera jurídica, seja na esfera política, sendo habitual na Alemanha dizer “até mesmo acima do Estado de direito, fica o Estado dos juízes”, afirmação que levanta a questão sobre os “limites dos poderes dos juízes constitucionais” (FAVOREU, 2004, p. 75). Na esfera jurídica, os direitos fundamentais são vistos pelo ângulo objetivo, não somente subjetivo por parte dos particulares frente ao Estado, mas, “como sistema de valor imposto ao legislador, ao juiz e ao administrador” (FAVOREU, 2004, p. 75), que tem no Tribunal Constitucional mecanismo de efetivação desses direitos, qualquer desrespeito às suas decisões permite recurso a ele, fator que concede “unidade na interpretação dos textos constitucionais” e em especial aqueles relativos aos direitos fundamentais (2004, p. 75). Na esfera política, o Tribunal Constitucional defende a ordem liberal contra partidos e indivíduos que intentem ofendê-la. Sustenta Favoreu (2004) que o poder da Corte “jurisdicionou a vida e os debates políticos”; que o legislador subordinado à lei reconhece que o Tribunal pode controlá-lo; como controla, através de “um poder de arbitragem enorme”, os conflitos de “atribuições entre os órgãos constitucionais ou entre Federação e *Länder*” (2004, p. 76). Ademais, a Corte é indispensável “no estabelecimento e no fortalecimento da coesão da sociedade política, sendo ‘ao mesmo tempo *um elemento estabilizador* e uma *força de integração*” (FAVOREU, 2004, p. 76).

Favoreu (2004) exemplifica os efeitos da decisão da Corte Constitucional alemã: primeiramente, o Tribunal não é obrigado a julgar todos os recursos a fundo e realiza uma triagem pela qual a Corte seleciona os casos que carecem de evolução do direito constitucional; também pode não se restringir às conclusões que lhe chegam por provocação; pode também de ofício levantar inconstitucionalidades. Constatada a inconstitucionalidade, a Corte deve anular o dispositivo legislativo, todavia, cada vez mais evita tomar esta decisão em virtude das consequências de seu ato, optando por

caminhos alternativos: i) caso decida pela anulação da lei, não lhe concede efeito retroativo, no intuito de evitar consequências que um controle a *posteriori* sobre a lei poderia provocar, tais como a própria aplicação da lei que durante anos provocou efeitos secundários. Prefere o Tribunal, nesses casos, declarar nula a lei, mas as decisões anteriores em relação essa lei subsistem (entre 1951 a 1970, apenas 5 leis foram anuladas totalmente); ii) anulação parcial qualitativa, sem cortar o texto, decide a Corte que ela se aplica apenas a determinadas situações; iii) a partir de 1955, o Tribunal adotou a *interpretação conforme*, por esta, a lei é mantida em vigor, mas sua interpretação será conforme a interpretação dada por aquele juiz constitucional que declarou a inconstitucionalidade, “técnica só utilizada se o sentido e a finalidade da lei são respeitados” (2004, p. 72), de uso cada vez mais comum: “a interpretação conforme se mostra, com mais frequência, como uma operação de retificação normativa que permitiria aparar as ‘arestas’ da produção normativa sem desprezar a lei”; iv) em 1958, a Corte criou outra variante, “a *declaração de inconstitucionalidade* sem a subsequente anulação”, inovação que se desenvolveu a partir de 1970”; v) técnica da *anulação diferida*, casos em que a lei não é inconstitucional na sua origem, mas se torna inconstitucional progressivamente em virtude dos fatos ou do direito, o Tribunal atribui-lhe precariedade, “indicando ao legislador que ela é somente *provisoriamente* constitucional, por razões explicadas no motivo, ordenando-o modificar a lei e dando-lhe às vezes um prazo fixo” (2004, p. 72). Todas essas modalidades, nos parece, intentam preservar as atribuições específicas do Legislativo, exceto no caso da anulação total, mas como vimos é de pouquíssimo uso por parte do Tribunal.

Toda essa atuação da Corte Constitucional alemã acabou por suscitar “um questionamento da legitimidade da todo-poderosa jurisdição constitucional” (2004, p. 76), que Favoreu (2004) defende:

A dúvida formulada (quanto à) atitude do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (de) controlar o legislador, enquanto se beneficia de uma legitimidade democrática, tornou-se moda na literatura e o símbolo de um pensamento jurídico progressista. A crítica foi feita após as decisões relativas ao tratado com a Alemanha do Leste e à lei do aborto, acusou-se o juiz constitucional de imiscuir-se na esfera de ação do poder político. Mas, de fato, o controle do juiz constitucional é necessário, pois ele compensa o enfraquecimento do controle parlamentar sobre a ação governamental: “O desaparecimento na prática da responsabilidade parlamentar do governo faz com que o Tribunal Constitucional Federal seja levado

cada vez mais a assumir essa função, a fim de garantir um controle efetivo do governo” (FAVOREU, 2004, p. 76).

As observações de Favoreu (2004) a respeito da atuação do Tribunal Constitucional Federal, tais como: controlar o legislador; em relação à legitimidade democrática da Corte; sobre a possibilidade de invasão à esfera de competência de outro poder; sobre o enfraquecimento do controle parlamentar a respeito das ações governamentais, parece-nos muito semelhantes aos debates ocorridos no Brasil sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal depois da Constituição de 1988, de maneira especial ao alvorecer do século XXI.

### **3.4 Formas de controle de constitucionalidade**

Sendo a função precípua de uma corte constitucional o controle da constitucionalidade das leis, importa conhecer como nasceu esse instituto e como ele é exercido por cada sistema jurídico, seja o modelo estadunidense, seja o modelo europeu. As Constituições rígidas são aquelas que exigem um processo especial de revisão e assentam numa distinção entre o poder constituinte e o poder constituído. A obra do poder constituinte é a superioridade da Constituição frente à lei ordinária, ato comum do poder constituído, este, inferior e limitado pela existência da Constituição (BONAVIDES, 1996, p. 267), trata-se de uma hierarquia normativa, que reconhece a “superlegalidade constitucional” como a mais alta expressão jurídica da soberania. O órgão legislativo obtém sua competência da Constituição, não podendo, portanto, “introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais” (BONAVIDES, 1996, p. 268). A questão que surge se refere aos meios de retirar do sistema normativo as leis inconstitucionais e, o mais grave, qual o órgão legitimado para essa tarefa, pois dependendo de quem possuir esse privilégio poderá ser afetado o equilíbrio entre os poderes constitucionais:

O controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho lugar que muito tem por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência e supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes (BONAVIDES, 1996, p. 268).

O controle, ademais, pode ser formal e material, o primeiro é, por excelência, um controle estritamente jurídico, cabendo ao órgão incumbido da análise verificar se

foram observadas as regularidades formais na elaboração da norma, tais como: a conformidade com a Constituição; a observância das regras nelas prescrita; a competência do poder emissor da norma. Mas, como o que se pretende em países de Constituição rígida “é instituir um controle em proveito dos cidadãos” (BONAVIDES, 1996, p. 269), o relevo volta-se para a segunda forma de controle, o material. Voltando-se a existência das Constituições “para o homem e não para o Estado; para a Sociedade e não para o Poder” (1996, p. 269), esse controle possui um elevado teor de “*politicidade*”, pois incide sobre o conteúdo da norma (1996, p. 269). Outorga a quem exerce o controle “competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais” (1996, p. 270).

Podemos ver que nesse ponto a hermenêutica clássica não consegue responder às novas exigências que carecem de uma interpretação com maior amplitude, necessária para concretizar os novos valores que foram inscritos na Constituição. Esse é um poder até então desconhecido para o clássico equilíbrio entre os poderes:

fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal (BONAVIDES, 1996, p. 270).

Ao se reconhecer que o controle de constitucionalidade acarreta efeitos políticos e preeminência ao exercente, determinados sistemas constitucionais, tendo em conta a sua trajetória histórica, optam por conferir o exercício do controle a um corpo político distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (BONAVIDES, 1996, p. 272), como vimos em linhas anteriores, na maioria dos sistemas que seguem o modelo europeu kelseniano: Áustria, Alemanha, Itália e Espanha, para usar a taxonomia de Ferejohn e Pasquino (2001).

Outra possibilidade de exercício de controle é aquela que confere a competência a um órgão jurisdicional, esta, como alerta Paulo Bonavides (1996), enfrenta “o grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política” (1996, p. 272), ressaltando que:

ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade de atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. Graves objeções relativas pois à preservação de princípios básicos como os da separação e igualdade de poderes acompanham de perto a fórmula do controle judiciário, sem contudo lograr uma quebra da extraordinária importância que se tem atribuído ao seu emprego desde a célebre sentença do juiz Marshall na questão constitucional *Marbury v. Madison* (BONAVIDES, 1996, p. 272).

O controle da constitucionalidade das leis realizado por um órgão jurisdicional abarca duas formas: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

O controle da constitucionalidade das leis por via de exceção, também denominado de controle em concreto, ocorre quando durante um litígio judicial “uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar” (BONAVIDES, 1996, p. 272). De forma que essa modalidade de controle pressupõe um caso, um litígio em concreto e a provocação de uma das partes. A decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade só será estendida às partes em juízo e não “conduz à anulação da lei, mas tão somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda” (1996, p. 273). É também denominada de controle por via incidental, porque constitui um incidente do julgamento principal (1996, p. 273).

A lei não tendo sido anulada não desaparece do ordenamento jurídico, podendo ter aplicação em outro feito (BONAVIDES, 1996), a não ser que o poder competente, no caso, o Legislativo, a revogue. Dessa forma, a decisão “não ataca a lei em tese ou *in abstracto*” (1996, p. 274). Essa forma de controle pode acarretar insegurança jurídica, pois a validade da lei fica sujeita a interpretações “subjetivas de inconstitucionalidade, em ordem a gerar contradições e perplexidades” (BONAVIDES, 1996, p. 275). Ressalta Bonavides (1996), entretanto, que no sistema de controle estadunidense tal perigo fica afastado “quando a declaração é feita por um aresto da Corte Suprema” (1996, p. 275), tendo o mais alto órgão de justiça estadunidense decidido pela inconstitucionalidade, nenhum juiz ou tribunal decidiria em sentido contrário.

Essa forma de controle jurisdicional teve seu nascedouro nos Estados Unidos, em face da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, argumento afirmado pelo *justice* John Marshall, tendo ele construído o seu raciocínio com base nas fontes constitucionais e nos Federalistas, já que a Constituição Federal dos Estados Unidos, não se referia expressamente à possibilidade desse controle por parte dos tribunais,

como também não menciona a separação de poderes (BONAVIDES, 1996). O aresto proferido por Marshall no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, sustenta que “o princípio das Constituições rígidas impõe necessariamente aquela supremacia” (1996, p. 276), que coloca um enorme poder nas mãos do juiz. Descreve Paulo Bonavides (1996) fragmentos da sentença:

Os poderes do legislativo são definidos e limitados, sendo essa limitação a causa das Constituições escritas. Se não fossem eles definidos e limitados, por que reduzi-los à forma escrita, se a cada passo poderiam esses poderes ser alterados por aqueles cuja competência se pretende restringir?

[...] ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais alternativas. [...] ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura.

[...] é dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição ignorando a lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesma do dever judiciário (MARSHALL apud BONAVIDES, 1996, p. 276-277).

Esse aresto, que principiou o *judicial review* no direito estadunidense, declarou que “todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz” (BONAVIDES, 1996, p. 281) e todo o tribunal norte-americano federal ou estadual, por via de exceção, pode exercê-lo. As possibilidades de recurso se “exaurem no aresto final da Suprema Corte” (1996, p. 281), atividade com função unificadora da jurisprudência, que põe fim às dúvidas ocorridas na função interpretativa sobre a validade da lei. Salieta Bonavides (1996, p. 281) que existe nos Estados Unidos uma tendência de “só conferir-se força de lei aos textos mais importantes, após um pronunciamento da Suprema Corte”, considerando todo esse poder judicial, mais o aresto sobre a validade da lei, tem-se afirmado que: “o *status* do juiz americano não tem paralelo no mundo” (1996, 281) e que a história constitucional dos Estados Unidos tem sido a história da Suprema Corte e seus arestos (1996, p. 282).

A Suprema Corte estadunidense em alguns momentos de sua história se revelou conservadora, chegando mesmo a ser reacionária, ao espelhar “as posições

individualistas da ideologia liberal” (BONAVIDES, 1996, p. 282), em razão de seus *justices* alterarem o sentido esperado para o controle por via de exceção, transformando-o “num instrumento de resistência às leis que refletiam o progresso social ou amparavam os interesses das classes obreiras contra a violência econômica e as exorbitâncias patronais” (1996, p. 282). O que foi destacado por Paulo Bonavides (1996) em relação a esse posicionamento judicial é para nós relevante, em virtude da metodologia que foi utilizada pelos juízes, como maneira de impor suas vontades, pois sem distanciarem dos valores constitucionais, com base neles, decidiam contra os mesmos e de certa maneira acabavam por outro lado por ratificar seus poderes:

A interpretação extensiva da Constituição, o apelo frequente ao seu espírito e aos “princípios gerais” que a animavam, a utilização da chamada “teoria dos poderes implícitos” que alargava consideravelmente a noção de inconstitucionalidade, eis a ladeira por onde os juízes desceram para chegar com suas sentenças a uma jurisprudência desatualizada em face de conceitos que a doutrina ia irresistivelmente reformulando acerca da propriedade e da liberalidade contratual (BONAVIDES, 1996, p. 282).

Tal como foi observado por Ely (2010), em momentos mais recentes da história do constitucionalismo estadunidense, do mesmo modo se apresenta a narrativa de Bonavides (1996) sobre a conduta dos juízes, que serve para comprovar que era possível e a um só tempo, ser a decisão da Suprema Corte, conservadora e ativista:

Logo ficará claro para o leitor que “ativismo” e “automoderação” são categorias que existem tanto no interpretacionismo quanto no não interpretacionismo. O “interpretacionismo estrito” (*strict constructivism*) é um termo que certamente pode ser usado para designar algo parecido com o interpretacionismo simples (*interpretativism*); infelizmente, ele tem sido mais utilizado (talvez de modo mais notável, nos últimos anos, pelo presidente Nixon) para designar algo bastante diferente: uma tendência para tomar decisões constitucionais que irão agradar os políticos conservadores (ELY, 2010, p. 3).

Esses registros servem para desconstruir a imagem geral de um judiciário imparcial e, também, como salienta Bonavides (1996), que esta forma de decidir “apagava aquela imagem concebida por Wilson de uma Suprema Corte elevada a *fórum* apolítico e imparcial, espelho e modelo de independência ideológica” (1996, p. 283). Por essa conduta, a Corte era extremamente criticada por retardar as conquistas sociais da legislação estadunidense e por embargar através do “veto interpretativo”

intransigente, a política reformista (1996, p. 283). Bonavides (1996) destaca que a Suprema Corte representaria um “terceiro poder”, o mais elevado do Congresso, em muito semelhante ao “poder constituinte”:

Tem-se dito que ao ditar sua jurisprudência, interpretando leis e fulminando de inconstitucionalidades, aquele órgão tomava as dimensões de uma terceira Casa do Congresso com poderes que nenhuma das duas ultrapassava ou – o que é mais significativo – de uma “Constituinte em sessão permanente”, ao mesmo passo que emprestava ao sistema político do País a feição de verdadeiro “governo de juízes” (BONAVIDES, 1996, p. 283).

A semelhança atribuída à Suprema Corte ao “poder constituinte”, como podemos observar na narrativa de Bonavides (1996), deve-se ao veto sobre as leis promulgadas pelo Congresso a favor da política social do Executivo, no caso em tela, (1996, p. 283), apesar de, em nota de rodapé, citando Laski, afirmar que a dimensão de uma “terceira casa legislativa” manifesta-se pelo simples exercício do *judicial review*, ou seja, pelo exercício do controle de constitucionalidade, independentemente, portanto, do voluntarismo político judicial. Com a política implantada por Roosevelt, o comportamento anterior da Suprema Corte, no período compreendido entre os anos 1880 e 1936, sofreu uma reviravolta, exercendo enorme pressão sobre os *justices*, renovando sua composição, a Corte passou a adotar um “controle de constitucionalidade mais sóbrio e moderado, ao mesmo passo que se apartava da vetusta orientação anti-social, anti-sindical e anti-intervencionista de seus arestos” (apud BONAVIDES, 1996, p. 283).

As causas apontadas por Paulo Bonavides (1996) que contribuíram com o estabelecimento do *judicial review* nos Estados Unidos são de três ordens: i) a natureza do sistema federativo e os ordenamentos estatais que produzem conflito de competência; ii) a arraigada “consciência nacional de defesa dos direitos fundamentais, no caráter liberal da sociedade estadunidense; iii) a tradição política dos três poderes, com “um Legislativo sempre refreado e limitado, até mesmo pela lembrança de suas antecêdências coloniais; um Legislativo que dificilmente poderia acolher ambições pertinentes ao exercício de um monopólio de poder” (BONAVIDES, 1996, p. 286).

A outra modalidade de controle é por via de ação que possibilita o controle *in abstracto* por intermédio de uma ação de inconstitucionalidade prevista textualmente na Constituição. Em oposição à forma de controle incidental, pela via de ação, essa

modalidade de controle é diretamente exercida em um tribunal, objetivando a impugnação de uma lei, que poderá perder sua validade e, caso decida-se pela sua anulação, seus efeitos são *erga omnes*, ou seja, em relação a todas as pessoas (BONAVIDES, 1996). Salienta Paulo Bonavides (1996) que a ação direta é mais agressiva e radical, porque uma vez declarada a inconstitucionalidade, a lei é removida da ordem jurídica por ser com a Constituição incompatível (1996, p. 277). O órgão competente para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, normalmente são os tribunais constitucionais, sendo que em sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade tende a apresentar uma abertura maior dos possíveis legitimados para propor a ação (1996, p. 278). Como vimos acima, a ideia de enfeixar em um único órgão jurisdicional a competência para julgamento, ou seja, o sistema de jurisdição “concentrado” em um único órgão partiu de Kelsen, sendo, por isso, denominado de kelseniano. Esse sistema de julgamento concentrado em um único órgão contrasta com o sistema estadunidense, por via de exceção, pois o controle de constitucionalidade pode ocorrer de maneira “difusa”, ou seja, qualquer juiz ou tribunal pode apreciar a inconstitucionalidade da lei, tornando definitiva a decisão somente a partir de um aresto da Suprema Corte (BONAVIDES, 1996).

A jurisdição concentrada em um único órgão está presente no sistema de controle de constitucionalidade alemão, tendo surgido naquele país na “Lei Fundamental de Bonn (art. 92), de 23 de maio de 1949, que serve de Constituição à República da Alemanha” (BONAVIDES, 1996, p. 279). O órgão competente para exercer o controle é “o Tribunal Constitucional de Karlsruhe, composto de duas Câmaras. Cada Câmara se compõe de 12 juízes, eleitos metade pelo *Bundestag* e metade pelo *Bundesrat*” (1996, p. 280). A função exercida por cada Câmara divide-se em:

Uma das Câmaras conhece dos recursos constitucionais que importam atentados aos direitos fundamentais, ou seja, recursos impetrados por particulares, ao passo que a outra Câmara se especializa em questões de constitucionalidade pertinentes à salvaguarda do sistema federativo. As decisões dessa Corte, tendo força de lei, podem dar aos textos legais, que ao sejam anulados, uma *interpretação eficaz conforme à Constituição* (BONAVIDES, 1996, p. 280, grifo nosso).

O grande problema do controle de constitucionalidade apontado por Bonavides (1996) é a natureza política que assume a declaração emitida pela Corte no controle

abstrato, tendo em vista a “competência revogatória e paralisante” sobre a lei emitida pelo poder competente, qual seja, o Legislativo, que levanta a discussão sobre o sacrifício imposto ao princípio da separação de poderes (1996, p. 286). Pela via de exceção, não ocorre a revogação da lei, tão somente suspende seus efeitos naquele caso em concreto, retirando o viés político que caracterizaria aquela decisão. Esses argumentos, nos parece, apontam para uma concepção estritamente liberal de Estado, muito discutida por teóricos estadunidenses como Dworkin e Rawls. Mas, lembra Bonavides (1996) que o constitucionalismo contemporâneo adequado a diretrizes sociais tende a não adotar essa separação estrita entre conduta política e/ou jurídica, os argumentos do autor, por outro lado, servem para demonstrar a relativização da separação clássica entre os poderes do Estado:

A dificuldade em caracterizar o que seja questão política para fazê-la defesa ao exame de constitucionalidade dos juízes e tribunais é tanto maior quanto se *politizaram* no Estado social contemporâneo os direitos individuais, com a perda consequente daqueles traços que na época do liberalismo tão nítida fizeram a fronteira entre o indivíduo e o Estado. As regras de distinção se afrouxaram. As questões políticas, que classicamente poderiam com toda a clareza ser demarcadas numa esfera autônoma, ganharam tal latitude, que sua catalogação [...] já não exaure a matéria, para efeito de determinação dos limites de controle de constitucionalidade (BONAVIDES, 1996, p. 290).

### **3.5 O Supremo Tribunal Federal nesse cenário comparativo**

A história constitucional brasileira demonstra que o país construiu um modelo que podemos dizer próprio. Iniciamos com um controle por via de exceção, em virtude do modelo constitucional adotado em 1891, trasladado do modelo estadunidense, mas, lentamente, por influência de várias ordens, o controle por via de ação também foi se consolidando. Desse modo, contamos com as duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

O controle por via de exceção no seu nascedouro objetivava, em recurso extraordinário, proteger direitos individuais, provendo a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder. Diferentemente da forma instituída nos Estados Unidos, em que foi estabelecida, através de construção jurisprudencial, a Constituição de 1891<sup>20</sup>,

---

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição de 1891. Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: b) quando

tratou de prever textualmente o controle, que era exercido em relação a um caso em particular, ou seja, em concreto.

O controle por via de ação inicia-se de forma muito distinta da que conhecemos hoje, com a Constituição de 1934 que passou de forma inovadora a permitir essa forma de controle, o que trouxe, nas palavras de Paulo Bonavides (1996), aperfeiçoamento ao nosso sistema, que contava apenas com o controle incidental. A Constituição de 1934 expressamente deu ao Procurador Geral da República a atribuição de provocar a Corte Suprema,<sup>21</sup> quando tomasse conhecimento de lei federal que houvesse decretado intervenção da União no Estado-membro (BONAVIDES, 1996, p. 296), notificando o Senado Federal<sup>22</sup> para que suspendesse os efeitos da lei ou ato normativo julgado inconstitucional.

A Carta de 1937, outorgada pelo governo autoritário do Estado-Novo, rebaixou a atuação dos juízes do Tribunal, ao determinar, no controle de constitucionalidade, que as declarações de inconstitucionalidade deveriam ser reexaminadas pelo Parlamento, sempre que o Presidente da República entendesse que a lei ou o ato eram necessários ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional (BONAVIDES, 1996, p. 297). A Constituição de 1946 retomou o caminho aberto pela Constituição de 1934, reproduzindo-a no que tange ao controle por via de ação, mantendo a legitimidade do Procurador-Geral da República. Duas leis promulgadas durante a vigência da Constituição de 1946 disciplinaram a matéria relativa ao controle de constitucionalidade, inaugurando a criação de um novo instrumento, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, abrindo caminho para a via de ação, todavia, esse instrumento era de utilização restrita aos casos de intervenção federal.

A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, ampliou a utilização da via de ação, atribuindo à Suprema Corte brasileira, por provocação do Procurador Geral da República, competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual. Portanto, surge a previsão de ação direta intentada com a finalidade de liquidar

---

se constatar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considera válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição de 1934. Art. 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a declaração ao Senado para os fins do art. 91, IV e bem assim a autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição de 1934. Art. 91. São atribuições do Senado Federal: inc. IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando tenham sido declarados inconstitucionais.

com a lei julgada inconstitucional, em tese, abstratamente, sendo dispensada, nessa nova modalidade, a necessidade de um litígio, ou seja, de um caso em concreto, que incidentalmente provocasse a Corte. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 não alteraram esse instituto.

A Constituição de 1988 inovou ao ampliar o rol de legitimados<sup>23</sup> para propor a ação direta de inconstitucionalidade, importante mecanismo para proteção da Carta Magna que se volta para a proteção do direito objetivo, pois a via de ação dispensa o caráter subjetivo litigioso entre partes, necessário para o exercício da via de exceção. Inovou, ainda, a Constituição de 1988 ao introduzir a ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>24</sup>, de inspiração portuguesa que se dirige aos comportamentos omissivos do legislador (BONAVIDES, 1996, p. 301). Vale ressaltar, entretanto, que a previsão explícita e ampliada de proposição da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil não suprimiu o exercício da ação indireta, via incidental, ou seja, por via de exceção, do ordenamento jurídico nacional. Entretanto, em razão de várias manobras utilizadas pelo Supremo, tais como: súmulas vinculantes, repercussão geral, entre outras, essa modalidade de controle tem perdido evidência no cenário constitucional brasileiro como espécie de controle difuso. O Supremo Tribunal Federal vem buscando concentrar na Corte o julgamento das ações concretas de constitucionalidade, enfraquecendo o poder dos tribunais inferiores de declarar a inconstitucionalidade de lei em controle difuso. Dessa forma, o Supremo vem distanciando-se do tradicional modelo estadunidense e se aproximando mais do modelo europeu.

No intuito de facilitar a compreensão, elaboramos um quadro comparativo que nos permite visualizar de modo mais claro o modelo próprio de Tribunal constitucional que foi idealizado pelo constituinte para o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 103: Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Quadro 2 – Modelo de tribunal constitucional existente no Brasil em comparação com o modelo estadunidense e com o modelo alemão:

	Alemanha	Estados Unidos	Brasil
<b>Modelo</b>	Kelseniano	Separação de poderes (Montesquieu)	Separação de poderes (Montesquieu) e Kelseniano
<b>Órgão legitimado</b>	Tribunal Constitucional Federal. Fora do Poder Judiciário	Disperso por todo o Poder Judiciário	Disperso por todo o Poder Judiciário nas ações por via de exceção e concentrado no Supremo Tribunal Federal nas ações diretas
<b>Autoridade para revisão</b>	Legislativo	Judiciário	Legislativo, quando por via de exceção o Senado concede efeito <i>erga omnes</i> à decisão; Judiciário, quando por via de ação direta anula a lei inconstitucional.
<b>Âmbito de aplicação</b>	Em sua grande maioria <i>a priori</i> e em abstrato. Podendo ser em alguns casos <i>a posteriori</i> e em concreto.	<i>A posteriori</i> (depois de promulgada a lei questionada) e em concreto (em relação a um caso especial).	<i>A priori</i> , por via de ação direta e em abstrato. <i>A posteriori</i> , por via incidental e em concreto.
<b>Efeitos</b>	Eliminação do texto em sua grande maioria.	O texto não é suprimido, a lei é mantida.	Na via de ação direta, a lei é anulada. Na via incidental, o texto é mantido, podendo o Senado suspender o efeito da lei.
<b>Composição</b>	Juízes, nomeados politicamente, podem ser professores e técnicos sem experiência judicial	Juízes nomeados com experiência judicial.	Juízes nomeados com experiência judicial, podendo ser professores, magistrados, advogados.

Fonte: Elaboração da própria autora.

O Brasil com a Constituição de 1988, conforme demonstrado anteriormente, ainda manteve o controle de constitucionalidade difuso próprio do sistema constitucional estadunidense e diretamente incluiu, no texto constitucional, o controle de constitucionalidade abstrato, concentrado em um único órgão, que é utilizado pelos constitucionais europeus. Portanto, o país conta com essas duas formas de controle de constitucionalidade previstas na Constituição. Entretanto, os observadores do Supremo têm indicado que a corte tende, cada vez mais, a se aproximar do modelo europeu, mas sem abrir mão do sistema de controle norte-americano. Esta postura do Supremo o coloca às vezes numa posição mais proeminente entre os poderes, já que a corte pode, através do controle abstrato de normas, exercer o poder de rever leis e atos normativos expedidos pelo Executivo e Legislativo, mas também, através do controle incidental de normas atender especificamente interesses particulares em relação à inconstitucionalidade de normas, permitindo a outros, através de casos particulares e para além do rol taxativo dos legitimados para o controle direto de constitucionalidade, socorrer-se do Supremo. Não podemos nos esquecer de que além das formas de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 disponibilizou outros mecanismos facilitadores de concretização de direitos.

O constituinte de 1987 intencionou, como vimos no capítulo anterior, dar essa forma diferenciada entre as Cortes e Tribunais constitucionais ao Supremo Tribunal Federal. Esse fato quando somado às amplas garantias de direitos que a Constituição de 1988 apresenta, transforma-se em fatores que fazem do protagonismo judicial, fenômeno detectado em todo o ocidente, no Brasil, apresentar uma conformação muito própria.

A maneira de atuação dos tribunais e das cortes constitucionais nos Estados Unidos e na Alemanha encontra sérias críticas nesses países. Alguns teóricos discutem a possibilidade de limites sobre as decisões dos juízes em particular e das cortes como um todo. Nos Estados Unidos, conforme esclareceu Ferejohn e Pasquino (2001), a opinião pública exerce uma forte pressão sobre a Suprema Corte e na Alemanha o debate é mais interno ao Tribunal. Selecionamos alguns teóricos para, no próximo capítulo, enriquecer nossa compreensão sobre essa importante questão.

#### **4 ESTADOS UNIDOS E ALEMANHA ORGANIZANDO O DEBATE SOBRE A CORTE CONSTITUCIONAL**

No capítulo anterior, tivemos por objetivo conhecer os modelos de cortes constitucionais. Focamos nas principais distinções utilizadas pelos teóricos para estabelecermos um quadro comparativo. Os pontos destacados e que indicam maior distinção entre os tribunais se referem à forma de funcionamento, à inserção entre os poderes do Estado, à autonomia e legitimação, ao âmbito de aplicação, aos efeitos das decisões e a sua forma de composição. Procuramos salientar dois modelos, o estadunidense e o alemão, por consideramos serem esses os que maior influência exercem, ou exerceram, no Brasil. O quadro comparativo sobre os modelos de cortes constitucionais e as teorias que estudam o funcionamento das cortes nos permitiu delimitar um modelo de atuação para o Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988. Concluímos pela forma peculiar de funcionamento do Supremo, quando em comparação com o modelo norte-americano e com o modelo alemão.

Tendo compreendido a forma de atuação das cortes constitucionais e a inserção diferenciada do Supremo Tribunal Federal, pretendemos, neste capítulo, apresentar algumas abordagens teóricas sobre o funcionamento dos tribunais constitucionais que discutem sobre a sua atuação. Como esse tema conta com uma ampla gama de estudos, selecionamos cinco autores que são considerados mais relevantes na abordagem do tema sobre a forma de atuação dos tribunais constitucionais: de um lado, Ronald Dworkin (2006/2006), John Rawls (2011) e John Hart Ely (2010) pelos trabalhos desenvolvidos sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, e de outro lado, Jürgen Habermas (2003) e Ingeborg Maus (2000), autores alemães que comentam sobre a atuação do Tribunal Federal Constitucional e que em seus estudos criticam as ideias de Dworkin. Como veremos, todos esses teóricos, através de uma argumentação profundamente elaborada, tentam encontrar respostas para o papel proeminente entre os demais poderes do Estado que as cortes constitucionais vêm alcançando. Como as fontes de referência sobre o estudo da atuação das cortes é bem amplo, procuramos selecionar aqueles que mais se aproximam do nosso objeto de pesquisa. Em todas as teorias aqui exibidas, poderemos ver uma clara preocupação dos autores com o comportamento esperado dos juízes da corte e a relação dessa atuação com o sistema democrático.

#### 4.1 Ronald Dworkin entre o fórum de princípios e a leitura moral da Constituição

Iniciaremos por Dworkin (2005) e suas várias questões teóricas fundamentais sobre filosofia política e sobre a teoria constitucional, que interessam a esta tese, que consiste em saber se o direito é antes uma questão de interpretação que de criação ou se os juízes devem tomar decisões políticas. Dworkin (2005) ressalta que na atualidade, os Estados Unidos, ainda mantêm o antigo debate sobre se os juízes devem criar o Direito, afirmando que o Supremo Tribunal, instituição dominante, realmente, cria (2005, p. VII). No país, o Direito exerce um papel importante nas controvérsias políticas, pois as esclarece, baseando-se em princípios: “a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça, porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa” (2005, p. VIII).

Dworkin (2005) sustenta que Direito e política não são mundos “diferentes e independentes”, como, também, as decisões dos juízes não são reflexos de suas próprias convicções políticas pessoais “como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte”. Ele, entretanto, tenta mostrar que sua teoria defende não uma ampla margem de discricionariedade judicial, cabendo ao próprio Direito dar a base para responder a essa questão. Para Dworkin (2005), existe um limite para as convicções políticas dos juízes, devendo somente ser consideradas aquelas que eles “acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade” (2005, p. IX). Ao explicar a relação entre direito e política, salienta que a prática política estadunidense tem mostrado dois diferentes argumentos e que estes devem ser utilizados para justificar uma decisão política. São eles: o argumento de política – que tem por objetivo proporcionar bem estar à comunidade – argumentos baseados no objetivo; e os argumentos de princípio – que, ao contrário, referem-se à implementação ou ao abandono de programas particulares, quando estes causarem “impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior”, esses argumentos são baseados em direitos (2005, p. IX).

Aqueles que entendem o Direito e a política como sendo a mesma coisa não percebem a distinção entre o argumento de política e o argumento de princípio. Para Dworkin (2005), os juízes ao decidirem impõem suas próprias convicções sobre questões de princípio, que são baseadas em direitos, mas não impõem suas próprias convicções sobre questões de política. Em suma, a decisão em um julgamento deve

estar voltada sobre questões baseadas em direitos, ou seja, com argumentos de princípio. Dworkin (2005) reconhece que ocorrem críticas a essa sua forma de análise seja sobre o estabelecimento de distinção entre os dois tipos de argumento, como também sobre a questão de a decisão judicial se basear em argumentos de princípio que de política (2005, p. X).

Dworkin (2005) levanta duas questões: a primeira busca responder o problema sobre como os juízes decidem e deveriam decidir casos controversos e, a segunda se os juízes estadunidenses e anglo-saxões tomam decisões políticas. Dworkin (2005) afirma que em algum sentido as decisões judiciais são políticas. Saliendo que o que deve ser questionado, na verdade, é se ao decidirem casos os juízes utilizam de ‘fundamentos’ políticos, que nas palavras do autor significa “que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos” (2005, p. 3). Ressalta Dworkin (2005), entretanto, que falar de fundamentos políticos na decisão, não significa dizer que esta teria alguma relação com fundamentos de política partidária.

Em relação à Grã-Bretanha, existe um entendimento por parte daqueles que compõem o meio acadêmico e profissional jurídico que responde a questão levantada por Dworkin (2005), todos afirmam que “os juízes não devem tomar suas decisões, baseando-se em fundamentos políticos”; entretanto, alguns juristas críticos sustentam “que os juízes efetivamente tomam decisões políticas, apesar do entendimento estabelecido de que não deveriam fazê-lo” (2005, p. 4). Cita Griffiths para quem “é inevitável o judiciário desempenhar um papel político em um Estado capitalista ou semicapitalista” e o juiz Denning que defende que os juízes devem ser mais políticos, todavia ressalta que essas são posições excêntricas e de minorias (2005, p. 5).

De modo diferente é pensado o papel dos juízes nos Estados Unidos. Para uns, as decisões judiciais “são inevitável e corretamente políticas”, sustentam que “os juízes atuam e devem atuar como legisladores” no vácuo legislativo. Essa visão encontra resistência entre juristas e pessoas, além de políticos que se opõem claramente, prometendo se eleitos exercer controle sobre aqueles juízes que assumem “o poder político erroneamente”. Todavia, ressalta Dworkin, que recentemente um público maior tem aceitado que o juiz atue politicamente (2005, p. 6).

A crítica de Dworkin volta-se tanto para a visão britânica quanto para a estadunidense, porque ambas não consideram a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio por ele exposta, qual seja: “argumentos de princípio político,

que recorrem aos direitos dos cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”. O correto assevera, é que “os juízes baseiam e devem basear em seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento políticos”, posição situada a meio termo de ambos os países (2005, p. 6).

Mas, o que seriam esses princípios políticos sobre os quais deve se debruçar o juiz ao decidir? Seriam relativos à moralidade pessoal do juiz? E, como ficaria a democracia por essa perspectiva? Não conduziria a uma insegurança uma decisão ficar a depender da interpretação do juiz a respeito de qual é o princípio aplicável, escolha que depende única e exclusivamente dele?

Esses questionamentos conduzem à segunda questão levantada por Dworkin (2005): “o que é o Estado de Direito?”. Duas concepções são apresentadas por ele: a primeira diz respeito ao que ele chama de centrada no texto legal – “o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”, cabendo a todos, Estado e cidadãos, conduzir assim suas ações até que essas regras sejam mudadas, em respeito ao modo como devem ser alteradas, cujo mecanismo de alteração também deve estar especificado no conjunto de normas (2005, p. 6-7). O autor salienta que essa concepção é muito restrita, pois não faz referência ao conteúdo das normas. Contudo, essas regras devem ser seguidas até serem alteradas. A justiça substantiva seria um ideal do Estado de Direito (2005, p. 7).

A segunda concepção é a centrada nos direitos, que avança para além da concepção centrada no livro de regras, porque “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”. Fixa que esses direitos devem estar reconhecidos pelo Direito positivo para “que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais”, não divisando, portanto, como na concepção centrada no texto legal, “o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” (DWORKIN, 2005, p. 7). Todavia, a concepção centrada nos direitos apresenta dimensões que podem conduzir ao fracasso do Estado de Direito, quais sejam: o primeiro fracasso pode se manifestar no âmbito dos direitos individuais – o Estado “declina de impor direitos contra si, por exemplo, embora reconheça que os cidadãos têm tais direitos”; o segundo

fracasso refere-se à exatidão dos direitos – provendo alguns direitos, mas “por erro oficial, deixar de reconhecer direitos importantes”; pode, ainda, o Estado fracassar na equidade ao impor direitos quando adota regras – “que colocam os pobres ou alguma raça desfavorecida em desvantagem para assegurar os direitos que o Estado reconhece que eles possuem” (DWORKIN, 2005, p. 7-8). Já em relação à concepção centrada no texto legal, o autor identifica uma única dimensão deficiente, quando o Estado usa o poder policial “sobre cidadãos individuais de outras maneiras que não a especificada no livro de regras” (2005, p. 7).

Apesar de diferentes, ambas as concepções são “compatíveis enquanto ideais mais gerais para uma sociedade justa”. De modo que melhor é a sociedade em que seus tribunais seguem o livro de regras previamente publicadas e quando os direitos individuais de seus cidadãos são observados. As diferenças apontadas por Dworkin (2005) entre as duas concepções se referem inicialmente, à concepção centrada no texto legal, em virtude do alto grau de aceitação deste. Assim, afirma Dworkin (2005):

qualquer governo que atue contrariamente ao seu próprio repertório legal muitas vezes – pelo menos em questões importantes para cidadãos particulares – pode não ser justo, não importa quão sábias e justas suas instituições possam ser em outros sentidos (DWORKIN, 2005, p. 8).

Não obstante essa aquiescência seja importante, se suas regras forem injustas e a sua aceitação incontestada “provocará injustiça muito séria”, alerta Dworkin (2005, p. 8). Para a concepção centrada nos direitos, o entendimento é outro, de modo que se se alcançar:

um bom índice em cada uma das dimensões da concepção centrada nos direitos (*âmbito, exatidão e equidade*) é, quase que certamente, uma sociedade justa, embora possa ser mal administrada ou carecer de outras qualidades de uma sociedade desejável” (DWORKIN, 2005, p. 8).

Diferem ainda, ressalta Dworkin (2005), ambas as concepções, em relação a “sua neutralidade filosófica”. A concepção centrada nos direitos sofre maiores objeções filosóficas, porque “supõe que os cidadãos têm direitos morais – isto é outros direitos que não os declarados pelo direito positivo” e a crítica volta-se ao não reconhecimento desses direitos para além do texto legal, bem como se mostra polêmica a tentativa de descobrir que direitos morais seriam estes. Em suma, a questão que se coloca é “que ela

pressupõe um ponto de vista filosófico que é, ele próprio, controvertido, e que, portanto, não será aceito por todos os membros da comunidade” (DWORKIN, 2005, p. 9).

Todas essas concepções e dimensões muito bem trabalhadas por Dworkin teriam algum sentido para a forma de interpretação jurídica elaborada pelos juízes no Brasil, de maneira específica para a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal? No STF, as decisões sendo fundamentadas em argumentos de princípio, em que sentido a moralidade do juiz pode ganhar espaço, qual das concepções poderia basear a decisão? Numa concepção centrada no texto legal ou centrada nos direitos? E, o Estado Democrático brasileiro como ficaria dependendo da concepção adotada?

A última diferença une as duas concepções, no sentido de que essas especificam rumos sobre “determinar se os juízes devem tomar decisões políticas em casos controversos”, porém cada uma das concepções adota um posicionamento diferente. Vale ressaltar o que são casos controversos para Dworkin (2005). Ele qualifica esses últimos como aqueles “em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes” (2005, p. 10). A grande diferença, segundo o autor, reside em saber “qual é considerada como o ideal do Direito porque é esse ideal que governa nossas posturas quanto à representação jurisdicional” (2005, p. 10). Em relação à concepção centrada no texto legal, encontram-se orientações positivas e negativas sobre como devem os juízes decidir. As orientações positivas determinam que os juízes devam tentar “descobrir o que está ‘realmente’ no texto jurídico”. As orientações negativas estabelecem que “os juízes nunca devem decidir tais casos com base em seu próprio julgamento político”. Esta concepção é semelhante “à visão britânica convencional a respeito de juízes políticos” (2005, p. 10).

Em relação às orientações positivas, valem as regras tradicionais de interpretação de um texto jurídico, técnicas e metodologias, tais como: para a semântica – o significado da palavra fixa as normas estabelecidas pelo legislativo; para a psicologia – “os legisladores receberam da comunidade como um todo autoridade para *decidir* que normas governarão. As palavras que eles escolhem são normalmente a melhor prova do que decidiram” (2005, p.11); para a história (a que Dworkin chama de *contrafactual*), parte-se de “outras decisões que os mesmos legisladores tomaram em outras áreas do Direito”, o que fica evidente, segundo Dworkin (2005), que nesta metodologia “a regra aplicada não está no texto legal efetivo”, diferenciando esta técnica das duas outras orientações (2005, p. 12-13). Todas, entretanto, para o autor, mostram “um texto jurídico ‘retificado’” (2005, p. 14), pois na interpretação, o juiz

procura estabelecer tentativas de aproximar mais fielmente da vontade do legislador final. Essas orientações que, segundo Dworkin (2005), são politicamente neutras possibilitarão, entretanto, a cada juiz, formular uma resposta própria que, por sua vez será distinta de qualquer outro juiz. Por essa razão, pode-se concluir que, mesmo sendo metodologias que objetivam uma neutralidade política na interpretação, abrem ao juiz a chance mesmo de corrigir – ou exatamente na fala de Dworkin (2005) – de retificar o texto jurídico.

No que tange à concepção centrada nos direitos, Dworkin (2005) busca levantar uma questão política que aparece, quando feita a análise dos casos controversos “o queixoso tem o direito moral de receber no tribunal aquilo que exige”, sendo certo para essa pessoa, que se o legislativo concedeu o direito, e se estando em uma democracia, também para todas as demais pessoas “está claro o que elas têm direito moral de receber no tribunal” (2005, p. 14). O direito moral primeiro diz respeito “a que os tribunais imponham o direito que o legislativo aprovou”. Assim, se o direito foi estabelecido pelo Parlamento as pessoas “têm o direito moral de receber no tribunal” (2005, p. 14). É desse modo que a concepção centrada no texto legal passa a ser entendida como “uma fonte de direitos morais no tribunal”, de maneira que o texto jurídico extrapola a percepção de ser tido como “a fonte exclusiva de tais direitos” (2005, p. 15). Dworkin (2005), então afirma que a decisão que considera a concepção centrada nos direitos “será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (2005, p. 15).

Atuando num Estado de Direito, o juiz que adere à concepção centrada nos direitos tentará “estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso” (DWORKIN, 2005, p. 15). Todavia, ao aplicar este princípio, este não pode estar em conflito com nenhuma regra e nenhum princípio (2005, p. 15). De todo modo, Dworkin (2005) delimita de alguma forma a atividade judicial, no caso a legislação: “o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional” (2005, p. 16). Podemos ver nesse entendimento de Dworkin (2005), a sua crença na eficiência da atividade parlamentar como realmente aberta aos anseios de regulação dos direitos morais de uma comunidade.

Num litígio, se entre as duas partes surge uma questão controversa, elas têm o direito moral de obter no Judiciário, cada uma, o direito que julga ter, como o juiz deverá decidir qual é o princípio compatível com o repertório legal e com base “em fundamentos políticos”; qual será a decisão se ambas as partes possuem direito moral compatível com a legislação? Para Dworkin (2005), certo é que “dois juízes decidirão um caso controverso de tal tipo de maneiras diferentes porque defendem visões diferentes quanto aos direitos morais de fundo dos cidadãos”, isso porque, cada juiz, explica Dworkin (2005):

acredita que o seu princípio está correto ou, pelo menos, mais próximo de ser correto do que outros princípios também não excluídos. Assim, sua decisão é uma decisão política no sentido descrito. É justamente esse tipo de decisão política que a concepção centrada na legislação regularmente condena”(2005, p. 16).

Essa concepção centrada no direito de Dworkin (2005) e que resulta em uma decisão política encontra no meio jurídico e político, na verdade, duras críticas, porque dá subsídio ao arbítrio judicial, ou o mesmo o que é o mesmo, enseja uma abertura à moral do juiz da causa, o que pode resultar em moralidades conservadoras ou progressistas.

Ao unir, entretanto, a questão prática – casos controversos – com a questão teórica – “qual das duas concepções do Estado de Direito é superior”, Dworkin (2005) levanta outra questão que consiste em saber “se é fundamentada a convicção de que os juízes devem manter-se fora da política” (2005, p. 17).

Aqueles que sustentam que é errado os juízes tomarem decisões políticas como as descritas na concepção centrada no direito, argumentam que as decisões políticas devem ser tomadas por membros “eleitos pela comunidade, como um todo, que possam ser substituídos periodicamente”. Se os juízes “não são eleitos, nem reeleitos”, esse fato os coloca imune a pressões populares, dando-lhes maior independência na aplicação da legislação, o que Dworkin (2005) vê como sensatez. Todavia, ressalta o autor, essa independência não os autoriza “a modificar ou expandir o repertório legal”, para os quais é necessário o escrutínio do controle popular (2005, p. 17), base do clássico argumento democrático.

Na Grã-Bretanha: “se o Parlamento, que é eleito pelo povo, está insatisfeito com uma decisão política particular tomada pelos juízes, ele pode revogar essa decisão por meio da legislação adequada” (DWORKIN, 2005, p.17). Entretanto, ressalta o autor,

essa é uma visão simples e breve, pelos seguintes motivos: o primeiro é o tempo escasso do legislativo assoberbado com prioridades políticas, nesse contexto, nenhuma alteração legislativa seria tão rápida (DWORKIN, 2005, p. 17); o segundo diz respeito às questões controvertidas decididas pelos juízes, possivelmente, uma parcela da comunidade que se beneficiou ficaria enfurecida caso fosse revogada, provocando oposição política ao Parlamento, permanecendo este atrelado, por fim, à decisão judicial (2005, p. 18).

Salienta Dworkin (2005) que a resposta breve para o argumento da democracia não satisfaz e aponta outros defeitos. O primeiro em relação “a solução para casos controversos centrada no repertório legal”, para solucioná-los esta concepção sustenta que os juízes devem fazer perguntas históricas, tais como: o que o legislador quis com determinada lei, em lugar de questões políticas. Mas, esse argumento não apresenta nenhum fundamento, porque considera apenas que perguntas históricas poderiam traduzir melhor a diretriz adotada pelo legislador (2005, p. 18). Na verdade, “quando o juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar”, ele quer perguntar sobre “que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram” e que respostas “decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram”, portanto, nada de questão psicológica ou histórica e sim “que princípios o legislador endossou ao votar a favor da lei” e que “respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram” (2005, p. 24-25).

Questões de psicologia ou de história não são respostas suficientes, pois em todas, os juízes tomam uma decisão política. De acordo com a concepção centrada nos direitos, ocorrendo conflito entre princípios, a questão na interpretação deve se voltar para descobrir qual “decorre mais ‘naturalmente’ da lei como um todo exige uma escolha entre maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade política do juiz” (DWORKIN, 2005, p. 25). Nesse ponto, Dworkin (2005) esclarece a questão inicial em relação aos britânicos: “os juízes britânicos realmente fazem julgamentos políticos segundo suas próprias luzes, *disfarçados* como julgamentos sobre intenções ou história legislativa” (2005, p. 25, grifo nosso). Eis aqui o problema levantado por aqueles contrários à ideia de que os juízes devem tomar decisões políticas. Evidente parece ficar a possibilidade de excesso de subjetivismo em decisões que contam com a própria moralidade política do juiz, a não ser que Dworkin apresente um limite a essa postura.

Com base no desenvolvimento dessas proposituras, Dworkin (2005) afirma que “o argumento da democracia, portanto, não oferece um argumento a favor da concepção da prestação jurisdicional centrada no repertório legal” (2005, p. 25). O principal, destaca o autor, é o problema das questões políticas de princípio que tem que ser decidido por tribunais e não por membros eleitos. Isso ofenderia alguma teoria sobre a democracia (2005, p. 26)?

Um primeiro argumento justifica que as decisões do legislativo eleito pela maioria do público é, em última análise, a melhor maneira de decidir questões de direito. A legislação pode ser um processo mais *preciso* do que outros para decidir o que são os direitos, ou pode ser “um procedimento melhor por outras razões que não a exatidão”. Existem razões para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata do que uma decisão judicial? Destaca Dworkin (2005) que abstratamente essa questão da exatidão se torna mais difícil de ser analisada. Independente dessa demonstração, “decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações do que menos informações” (2005, p. 26). “Mas a técnica de examinar uma reivindicação de direito” é muito mais desenvolvida em juízes do que em legisladores (2005, p. 27).

Em áreas politicamente sensíveis, como as que envolvem questões raciais, grupos poderosos podem desfavorecer os direitos das minorias e deixar os legisladores sem resistência diante da pressão daqueles grupos, situação, em princípio, longe de acontecer com os juízes. Portanto, os legisladores não estão, afirma Dworkin (2005), em melhor posição que os juízes para defender direitos (2005, p. 27).

Dworkin (2005) questiona, ainda, se “há outras razões de equidade, além de razões de exatidão, pelas quais a legislação deva ser a estratégia exclusiva para decidir que direitos as pessoas têm” (2005, 27-28). Pondera Dworkin (2005) que é pouco provável que os legisladores enfrentem, sob a pressão de grupos que reivindiquem direitos, setores influentes da comunidade a ponto de comprometer a ordem pública, sob pena de cair o governo que cometer esse erro. Diferentemente, os “tribunais não têm nenhuma defesa automática contra decisões muito impopulares porque os juízes não têm nenhum temor direto da insatisfação popular com seu desempenho” (DWORKIN, 2005, p. 28), alguns sentem até prazer com essa insatisfação. De modo que se os juízes tomam uma decisão política ultrajante, o público não pode vingar substituindo-os. E a consequência seria uma perda de respeito pelos juízes e pelas instituições jurídicas, se os juízes fizerem julgamentos políticos podem levar ao efeito de menor respeito à lei

(2005, p. 28). Destaca Dworkin (2005) que o público não distingue “decisões políticas tomadas pelo legislativo e aquelas tomadas pelos tribunais, e que o público acredita que as primeiras são legítimas e as segundas, não”.

Dworkin (2005) ressalta a diferença entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos. Nas últimas décadas, o Supremo Tribunal tem deslocado a interpretação dos argumentos históricos para os argumentos políticos. Tal interpretação não resultou em perda de respeito do público pelo Tribunal. Pelo contrário, “a Corte Warren conseguiu uma aquiescência quase milagrosa a decisões extremamente impopulares”, numa época em que era popular a interpretação histórica e não política (2005, p. 30).

A razão pela qual a maioria das pessoas quer que as decisões sobre direitos sejam tomadas pelo legislativo é uma razão de equidade, defende Dworkin (2005). A igualdade democrática de poder político se concentra no legislativo e não em juízes não eleitos (2005, p. 30). “Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas” (2005, p. 30). Os cidadãos perderiam poder político se as decisões fossem atribuídas aos tribunais (2005, p. 31)?

Numa democracia, o poder está nas mãos do povo, mas nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político: grupos de interesse, minorias privilegiadas, grandes negócios, sobressaem diante dos que são “inteiramente destituídos de poder”. São imperfeições do caráter igualitário democrático. A transferência do poder institucional do legislativo para os tribunais acarretariam perdas para todos os grupos? Alguns ganhariam em poder político. Alguns têm poder na concepção do Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Apesar de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los (DWORKIN, 2005, p. 31). Os ricos tem mais poder sobre o legislativo do que os pobres. O tribunal é mais valioso para o pobre, nesse as minorias têm mais a ganhar, pois o viés majoritário do legislativo atua contra.

O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas, tal como se aplica nos Estados Unidos, sustenta Dworkin (2005). Não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político, pode muito bem promover esse ideal (2005, p. 32). A questão não é que os juízes deliberadamente ignoram seu dever de chegar a

decisões valendo-se de fundamentos históricos e não de fundamentos políticos. É que as decisões ‘históricas’ devem, dada a natureza de alguns casos, ser políticas (2005, p. 33).

As questões de semântica, justamente porque não têm forma política, não fazem discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que, inevitavelmente, irão influenciar as respostas que os juízes dão. Elas atraem julgamentos políticos ocultos, incompatíveis com a legislação supostamente aplicada. Essa questão semântica é a que se manifesta na Câmara dos Lordes, na Inglaterra, afirma Dworkin (2005); sendo que na proposta teórica por ele desenvolvida considera que as questões políticas que o modelo centrado nos direitos recomenda são diferentes, porque exigem que as respostas políticas dadas a elas sejam explícitas e fundadas em princípios (2005, p. 36). Ampliada a concepção centrada no direito, segundo Dworkin (2005), levaria aos mesmos resultados percebidos nos Estados Unidos: uma educação jurídica mais ampla e interessante; aqueles que se interessam por promover justiça social se voltariam para a carreira jurídica; os juízes seriam diferentes. Em suma, afirma Dworkin (2005), se na Grã-Bretanha “o Direito tivesse um lugar diferente [...], pessoas diferentes teriam um lugar no Direito (2005, 37).

Dworkin (2005) salienta sobre o papel diferente do direito nos Estados Unidos e Grã-Bretanha. No primeiro, o terreno é mais fértil para a concepção centrada nos direitos. Estes pertencem a indivíduos (liberal) e não a coletividades como ocorre na Grã-Bretanha (2005, p. 37). Nos Estados Unidos, os juristas não recebem honra pública tal como destinada a médicos e professores, lá os advogados, como grupo, é que possuem poder e influência em várias questões, inclusive no governo (2005, p. 38). Na Grã-Bretanha, apesar da aparência têm pouco poder real.

A sociedade que tem uma concepção centrada nos direitos faz uma promessa aos indivíduos, destaca Dworkin (2005):

ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Seus pedidos serão seriamente considerados. Não pode prometer-lhe que a decisão o agrada ou mesmo que estará certa. Mas cria um senso de justiça, pois trata as pessoas como iguais (DWORKIN, 2005, p. 38).

A visão do Estado de Direito, que Dworkin (2005) defende, encontra-se fundamentalmente no fórum de princípios, ele argumenta:

enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum de princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não isoladamente, uma questão de bem público (DWORKIN, 2005, p. 39).

Dworkin (2005) salienta que a Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e que os juízes devem aplicar a lei. Com o juiz Marshall, em 1803, foi instituída a revisão judicial da legislação, segundo Dworkin (2005), “orgulho e enigma da doutrina jurídica norte-americana” (2005, p. 41). O enigma consiste na proibição constitucional de que o Congresso e os legislativos estaduais legislem sobre certos assuntos, mas não existe concordância “quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergências” (2005, p. 41). Os juízes poderiam exercer “um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegarem a decisões que eles, em número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas”. Levanta o autor as seguintes questões: como essa atividade pode ser conciliada com a democracia? Qual seria a alternativa a esse modelo, sem que fosse necessário abrir mão do poder declarado por Marshall? A revisão judicial já se encontra tão incorporada ao sistema constitucional estadunidense que renunciar a ele acarretaria prejuízos maiores (2005, p. 41). Eis o dilema apontado por Dworkin, (2005) entre democracia ou Direito, o que se deve fazer?

A saída poderia ser um programa apolítico para decidir questões constitucionais. Os juízes decidiriam se leis sobre o salário mínimo e sobre o aborto são constitucionais, mas sem decidir se são justas ou violam direitos fundamentais. Mas como podem os juízes decidir tais casos apoliticamente se o próprio texto da constituição não é decisivo? Duas ideias são relevantes: a da intenção constitucional (original – ou dos fundadores), para a qual os juízes não estariam eles mesmos fazendo escolhas substantivas, mas impondo escolhas feitas há muito tempo por outros, escolhas a que o povo conferiu autoridade ao ratificar e aceitar a Constituição (DWORKIN, 2005, p. 42).

A segunda estratégia vincula-se ao que foi proposto pelo juiz Stone numa famosa nota de rodapé e com os argumentos de John Hart Ely (2011). A ideia não se liga à intenção original, mas em uma nítida distinção entre matérias de substância e matérias de processo (DWORKIN, 2005, p. 42). A revisão judicial do processo político

apenas policia a democracia; não procura sobrepor-se a ela como faz a revisão judicial da substância (DWORKIN, 2005, p. 43).

Duas maneiras para fugir da substância em decisões constitucionais terminam em fracasso, de acordo com Dworkin (2005):

Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes devem tomar. A intenção e o processo são ideias nocivas porque encobrem essas decisões substantivas com a piedade processual e finge que elas não foram tomadas (2005, p. 43).

É comum, destaca Dworkin (2005), distinguir as teorias de revisão judicial entre ‘interpretativas’ e não interpretativas (2005, p. 43). Para a teoria interpretativa, a revisão judicial de decisões legislativas deve basear-se na interpretação da própria Constituição (2005, p. 44), interpretar o texto ou a intenção do constituinte ou uma mistura de ambas. De forma contrária, as teorias não interpretativas defendem como válido que o tribunal confronte decisões legislativas com modelos retirados de outra fonte que não o texto, tais como: a moralidade popular, teorias de justiça bem fundamentada ou alguma concepção de democracia genuína (2005, p. 44). Essa distinção permite, para além dessas classificações, a possibilidade de discussão sobre essas teorias.

Salienta Dworkin (2005) que:

qualquer teoria passível de revisão judicial é interpretativa, no sentido de que tem como objetivo oferecer uma interpretação da Constituição enquanto documento jurídico original e fundador, e também pretende integrar a Constituição à nossa prática constitucional e jurídica como um todo (DWORKIN, 2005, p. 45).

Ninguém propõe a revisão judicial sem uma teoria que a embase. Cada teoria – interpretativa e não interpretativa, segundo Dworkin (2005) possui “uma visão particular de como interpretar melhor a Constituição como texto original”. Desse modo, para Dworkin (2005), essas distinções geram mais confusão do que benefícios (2005, p. 45).

Entende Dworkin (2005) que as teorias ‘não interpretativas’ – são para ele “mais ativistas ou liberadas do texto efetivo da Constituição” – se mostram evidentemente ‘interpretativistas’, porque objetivam colocar o texto constitucional “no contexto

adequado”, pois não desconsideram o texto nem os motivos dos que fizeram a Constituição. Os ‘não interpretativistas’ pressupõem um compromisso prévio com certos princípios de justiça política que, se devemos agir com responsabilidade, devem, por conseguinte, ser refletidos pela maneira como a Constituição é lida e aplicada, aclarando o significado do texto e da intenção original dos fundadores (2005, p. 45).

As teorias interpretativas, consideradas mais vinculadas ao texto da Constituição, revelam-se ‘não interpretativas’ em sentido amplo, porque não prestam atenção à finalidade de se ter uma Constituição como lei fundamental, afirma Dworkin (2005). Tudo começa e termina no texto. Essa aparência é enganosa, alerta. Os ‘interpretativistas’ supõem que estão certos quanto à maneira como os juizes da Suprema Corte devem levar a cabo a revisão judicial, mas as razões de estarem limitados ao texto, não podem ser extraídas do texto considerado isoladamente: “Devem ser extraídas de princípios de moralidade política que representem a conclusão ou finalidade da prática constitucional mais amplamente concebida” (DWORKIN, 2005, p. 46).

Um teórico preso ao texto, interpretativista, portanto, que tipo de justificativa poderia apresentar para se opor a uma decisão que ao final acabaria por extrapolar o texto considerado isoladamente, questiona Dworkin (2005). Ele propõe um exemplo, que ele chama de “decisão mítica”, em relação ao resultado final de um julgamento em que se discutiria na Suprema Corte sobre a possível ilegalidade do Senado instituído por emenda. Estando o teórico preso ao texto como poderia opor-se a essa decisão (2005, p. 46)? Dizer que “era a intenção dos que escreveram, ratificaram e aceitaram a Constituição que ela fosse a lei suprema” ou porque ela assim determina, seria uma resposta singela. Segundo Dworkin (2005), o que está em discussão é “a força da Constituição e, portanto, as relevâncias das intenções que se pode dizer que ela incorpora” (2005, p. 47). Se a Constituição representa um documento escrito aceito pelo povo desde o seu nascimento, isso a torna um direito, porque aceitou-se que “princípios de moralidade política [...] têm essa consequência”, apesar desses princípios também permitirem limites a ela. Porém, para entender essa consequência é imprescindível que se esclareça “o que são esses princípios”. A resposta para Dworkin (2005) deve:

assumir a forma de uma teoria política demonstrando por que a Constituição deve ser tratada como direito, e certas teorias políticas plausíveis pelo menos levantam a questão de se o documento deve ser limitado de alguma maneira (DWORKIN, 2005, p. 47).

Utilizando-se de uma teoria política o teórico preso ao texto poderia argumentar que “o governo legítimo deve contar com o consentimento dos governados”, por óbvio esta proposição é ambígua, destaca Dworkin (2005), até mesmo para a ‘decisão mítica’ (2005, p. 47). Melhor seria para o teórico textualista buscar uma teoria do Direito, todavia, ele afirma que em nenhuma teoria filosófica do Direito se encontram argumentos, nem mesmo nas teorias positivistas – como as de Bentham, Austin, Kelsen – para todas “se a decisão do tribunal fosse aceita, isso demonstraria que o Tribunal é soberano”. Nem mesmo a teoria positivista de Hart pode se prestar (2005, p. 48).

Objetiva Dworkin (2005), ao exemplificar com a ‘decisão mítica’ da ilegalidade do Senado, demonstrar que ela é uma decisão absurda porque, segundo afirma: “os dispositivos claros da Constituição estão, para nós, fora do alcance da contestação jurídica” (2005, p. 49) e prossegue “pelo menos até esta data, nenhuma interpretação minimamente plausível da nossa prática jurídica como um todo pode contestar a posição fundamental da Constituição” (2005, p. 49). Destaca o autor a força da Constituição no seu país, que “como o Direito fundamental está tão cimentada nos pressupostos comuns que constituem nossa ordem jurídica que uma interpretação que a negasse seria a interpretação de outra coisa completamente diferente” (2005, p. 49).

Difícil é, segundo afirma Dworkin (2005), “identificar a intenção do Congresso ou de uma convenção constitucional como um todo, porque se trata de uma questão de combinar intenções individuais em alguma intenção de grupo geral” (2005, p. 50). Duas escolas partem desse ponto com raciocínios diferentes. Uma defende que todos os esforços devem ser feitos, com recursos da história e análise, para se chegar à intenção dos constituintes em julgamento de casos controversos, de modo que “somente identificando a intenção constitucional original é que os juízes podem evitar tomar decisões substantivas que ameaçam a democracia” (2005, p. 50). Outra acredita ser “infrutífero, ou mesmo desarrazoado” essa tentativa, assim sustentam que essas não existem, ou são poucas, que são indeterminadas ou até mesmo “contrárias a nossa presente concepção de justiça que, no fim, devem ser rejeitadas como guia para a presente Constituição” (2005, p. 51). As duas escolas concluem que “a intenção dos constituintes, se existe, é um fato psicológico complexo, trancado na história, à espera de ser extraído de panfletos, cartas e antigos anais”. Dworkin (2005) vê nessas posições “um erro comum e sério porque não há nada semelhante a uma intenção dos

constituintes esperando para ser descoberto [...] apenas alguma coisa esperando para ser criada” (2005, p. 51).

Salienta Dworkin (2005) a dificuldade de se estabelecer “uma intenção de grupo, considerada como um fato psicológico complexo” (2005, p. 52) e, dificilmente pode ser vislumbrada uma “intenção ‘real’ estabelecida na história, independente de nossas opiniões sobre a prática jurídica ou constitucional adequada”, portanto, “a ideia de uma compreensão constitucional original [...] não pode ser o início nem o fundamento de uma teoria da revisão judicial”, podendo ser o meio e “o que veio antes não é a análise psicológica da ideia de intenção e, menos ainda, a pesquisa história detalhada”, sendo antes “uma moralidade política substantiva – e controvertida” (2005, p. 52).

Dworkin (2005) objetiva entender a intenção original. Para esse intento distingue duas concepções: a psicológica pura – “constituída apenas por processos ou disposições mentais selecionadas ou outros estados psicológicos de indivíduos identificados, como congressistas ou delegados de uma convenção constitucional” e, concepção mista – para a qual é “a intenção constitucional constituída parcialmente por algumas características mais ‘objetivas’ – a leitura ‘natural’ do documento” ou, ainda, “o conjunto de valores ou propósitos que o esquema do documento, tomado como um todo, supõe ou promove” (2005, p. 57). A primeira dificuldade seria indicar precisamente a intenção de quem participou do processo constituinte, sabe-se que vários grupos e indivíduos participam e opinam, de maneira que fazer referência à intenção do constituinte, entendendo este como um grupo coeso, parece ser impraticável, o mesmo vale para a expressão muito usada na doutrina estadunidense, a intenção dos ‘fundadores’, “sem nenhuma tentativa de indicar quem eram – ou são – essas pessoas, e por quê” (DWORKIN, 2005, p 58).

Em seguida, Dworkin (2005) faz referência ao que ele chama de “estado psicológico: esperanças e expectativas”. Estas podem ser vistas na intenção do legislador individualmente considerado ou como um grupo, ou, ainda, quando uma maioria aprova determinada posição contra uma parte que possuía outra intenção com a aprovação da lei. Como definir qual é a intenção legislativa (2005, p. 60). Outra análise sobre o estado psicológico tem relação com a “negação e delegação” da intenção do constituinte. Dworkin (2005) cita os argumentos de Perry para quem a intenção do constituinte “pode pretender proibir, ou não proibir, ou deixar a questão em aberto, delegando a decisão a outras instituições” (2005, p. 61). Mas, Dworkin (2005) salienta que todas essas três possibilidades podem ser falsas e que os congressistas podem nunca ter imaginado determinado efeito para a lei (proibindo, permitindo ou deixando em

aberto, nem mesmo delegando à outra instituição a decisão) ou mesmo que tal pensamento nunca tenha lhe ocorrido (2005, p. 62).

Dworkin (2005) afirma que alguma parte de qualquer teoria constitucional tem de ser independente das intenções, convicções ou mesmo de atos das pessoas que a teoria designa como constituintes. Alguma parte deve ter força própria na teoria política ou moral (2005, p. 75).

Em suma, a escolha mais importante, ao construir uma concepção de intenção constitucional, é a escolha entre um enunciado abstrato e um enunciado concreto dessa intenção. Não se trata de descobrir qual das intenções um determinado constituinte teve; ele teve ambas, sustenta Dworkin (2005, p. 76). Tampouco podemos estabelecer, por meio de evidência histórica, que as intenções concretas dos constituintes foram dominantes para eles. Afirma Dworkin (2005) que “temos boas provas, na linguagem da Constituição, de que os constituintes não sustentavam a opinião interpretativa de que somente suas intenções concretas deveriam ser levadas em conta” (2005, p. 76).

Esses problemas e questões foram utilizados por Dworkin (2005) para demonstrar que a ideia de uma intenção legislativa ou constitucional não tem nenhuma interpretação natural estabelecida que faça do conteúdo da intenção dos constituintes uma simples questão de fato histórico, psicológico ou de outro tipo. Qualquer justificativa para uma formulação e, portanto, para um entendimento do que os constituintes pretenderam, deve ser encontrada não na história, na semântica ou na análise conceitual, mas na teoria política (2005, p. 77).

Portanto, para Dworkin (2005) os juízes não podem tomar decisões apolíticas ao descobrir e impor a intenção dos constituintes. Os juízes não têm como descobrir essa intenção sem construir ou adotar uma concepção de intenção constitucional em vez de outra, sem tomar as decisões de moralidade política que tinham como objetivo evitar (2005, p. 77). Talvez a intenção constitucional original não seja uma questão histórica neutra. Talvez seja necessário tomar decisões políticas ao escolher uma intenção em vez de outra. A escola da intenção original quer que os juízes evitem tomar decisões substantivas: tais como as que decidem se é injusto ou não proibir o aborto, executar assassinos condenados ou interrogar suspeitos sem um advogado (2005, p. 79), dentre outras.

Citando John Hart Ely, Dworkin (2005), realiza uma crítica aos argumentos apresentados por Ely sobre o caso *United States v. Carolene Prods. Co.*:

Os Estados Unidos são uma democracia. A Constituição estabelece isso [...]. Esse fato oferece simultaneamente um freio e um incentivo à revisão judicial da constitucionalidade das leis. Democracia significa (se é que significa alguma coisa) que a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes eleitos do povo, não por juízes não eleitos. Assim, a revisão judicial não deve basear-se nas opiniões dos juízes [...] (ELY apud DWORKIN, 2005, p. 80).

Dworkin (2006) se utiliza de uma paráfrase apresentada por Ely:

Mas, se nosso compromisso com a democracia significa que o Tribunal não pode tomar decisões de substância, significa igualmente que o Tribunal deve proteger a democracia. Em particular, o Tribunal deve fazer a democracia funcionar assegurando, nas palavras da famosa nota de rodapé do juiz Stone, que não se permita legislação “que restrinja os processos políticos dos quais comumente se pode esperar que ocasionem a anulação de legislação indesejável”, e que não se permita que “o preconceito contra minorias definidas e isoladas” limite a ação dos processos políticos dos quais comumente se pode esperar que protejam minorias”. O tribunal deve ser agressivo em sua proteção da liberdade de expressão e sensível às consequências do preconceito, porque esses são valores da própria democracia (ELY apud DWORKIN, 2005, p. 80-81).

Ely apresenta a sua teoria da revisão judicial, a partir da substância (DWORKIN, 2005, p. 80-81). Todavia, nega as decisões baseadas em substância e se atém ao processo da legislação. Dworkin (2005) salienta os seguintes argumentos: a) a revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo; b) ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia; c) a revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela; d) erra o Tribunal quando se utiliza de um valor substantivo para revogar uma decisão legislativa (2005, p. 81). Dworkin (2005) concorda somente com o primeiro argumento.

De acordo com Dworkin (2005), a revisão judicial deve atentar para o processo não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas, antes, em virtude da resposta correta a essas questões. A ideia de democracia é pouco útil para dar resposta a essas questões (2005, p. 81). O compromisso com o processo confere a algumas dessas decisões um respaldo novo e mais poderoso (2005, p. 82).

Dworkin (2005) critica Ely pela sua insistência em afirmar “que o papel adequado do Supremo tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos” (2005, p. 82), as escolhas

representativas. Porém, afirma Dworkin (2005) que Ely reconhece que o conceito político de democracia não é preciso (2005, p. 82). Pelo que propõe Ely, teríamos que conceber a democracia como um conceito político certo, afirma Dworkin (2005) – certo “como questão de moralidade política ‘objetiva’ – dessa forma caberia ao Tribunal defender essa “concepção certa de democracia”. Partindo dessa análise, Dworkin (2005), parece-nos, encontra uma contradição nos argumentos de Ely quando este sustenta se posicionar contra as teorias por ele chamadas de “teorias de revisão constitucional de ‘valor fundamental’” (2005, p. 82). Parte do argumento de Ely considera que: “não pode haver direitos políticos substantivos a serem descobertos pelo Tribunal porque não há nenhum consenso quanto a quais direitos políticos substantivos as pessoas têm, ou mesmo se elas têm algum” (DWORKIN, 2005, p. 82).

Procura Dworkin (2005) entender “em que sentido o conceito de democracia é um conceito processual distinto de um conceito substantivo?” Em qual caso uma concepção de democracia é superior a outra? Para alguns é a substância. Nas democracias populares, a teoria de democracia supõe que nenhuma sociedade é democrática se a sua distribuição de renda é muito desigual. Outras insistem em que a democracia é um processo para tomar decisões políticas, um processo independente de qualquer decisão tomada, considerando um conjunto de processos: votar, falar, fazer petições, exercer pressão. Mas, dentre esses processos, quais constituem a melhor concepção de democracia (2005, p. 83), o substantivo ou o processual?

Dworkin (2005) propõe para responder essa questão, duas estratégias a favor da democracia, a primeira é por ele chamada de “argumentos-insumos a favor da democracia” – estes:

baseiam-se inteiramente em alguma teoria sobre a alocação adequada do poder político, entre as pessoas e os oficiais que elas elegem ou entre as próprias pessoas, e não fazem nenhum tipo de referência à justiça ou sabedoria da legislação que possa ser o resultado dessa alocação de poder (DWORKIN, 2005, p. 84).

De outro lado, Dworkin (2005) refere-se ao que ele chama de “argumentos-resultados” – que pelo menos em parte se baseiam na justiça ou sabedoria da legislação, o exemplo é o argumento utilitarista puro a favor da democracia. A distinção entre esses dois tipos de argumentos é significativa para a teoria constitucional. Ao deparar com o desenvolvimento de uma concepção de democracia, o Supremo Tribunal precisa desenvolver a sua própria concepção, e quando não encontra nenhuma “concepção

precisa na história ou no consenso presente”, deve encontrar um “bom argumento” para optar por uma ou por outra concepção (2005, p. 84). Utilizando-se de argumentos-insumos, pode evitar questões de justiça substantiva, como pretende Ely. Se não puder utilizá-los, a favor da democracia, restam os argumentos-resultados e as questões de substância.

Entretanto, salienta Dworkin (2005), que a ideia de que o Supremo Tribunal se preocupa mais com o “processo *enquanto distinto da substância*”, não se aplica, pois: “a única versão aceitável da própria teoria de ‘processo’ faz o processo correto – o processo que o Tribunal deve proteger – depender de se decidir que direitos as pessoas têm ou não” (2005, p. 96), objeta Dworkin (2005) a caracterização de Ely.

Dworkin (2005, p. 100) afirma que algumas pessoas tentam reconciliar a revisão judicial com a democracia, no intuito de demonstrar que a revisão judicial adequada não “requer que o Supremo Tribunal substitua julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria”. Caso concordemos com a revisão judicial, também devemos aceitar que o Tribunal “deve tomar decisões políticas importantes” (2005, p. 101). Entretanto, salienta Dworkin (2005) que na sua concepção, o Tribunal não deve tomar decisões políticas, somente decisões de princípio, entendidas estas como decisões “sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional”, tendo por base “a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”. Decisões políticas, diferentemente, estão voltadas “sobre como se promove melhor o bem-estar geral” (2005, p. 101).

Objetiva Dworkin (2005, p. 101) promover uma análise sobre a moralidade da revisão judicial. O Supremo Tribunal realiza mudanças no direito e nos costumes estadunidenses, sendo que a revisão judicial “assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não de poder político”, questões que não alcançam êxito no âmbito do Legislativo. Isso é importante mais do que a própria revisão judicial (2005, p. 102). O fórum de princípios proposto por Dworkin (2005) pretende que os direitos sejam prevaletentes contra a vontade da maioria.

Representa a revisão judicial uma característica distintiva da vida política norte-americana, que é invejada e copiada por outros sistemas judiciais. Segundo Dworkin (2005), ela obriga a inclusão no debate político de argumentos de princípio, antes, durante e depois de um caso chegar ao Tribunal, por isso é por ele vista como um debate “valioso” (2005, p. 102). O exemplo foi o debate sobre a moralidade da segregação

racial que alcançou “um grau de consenso, no nível do princípio, que antes se julgava impossível”, sendo que o caráter desse debate deve-se ao “fato e o simbolismo das decisões do Tribunal” (2005, p. 102). O consenso é menos essencial para o valor que Dworkin (2005) tem em mente, pois pode haver discordâncias sobre o que o Tribunal disse, mas existe uma cultura jurídica e política, mesmo entre aqueles que discordam das decisões da corte, de que a “revisão judicial constitui o âmago” (2005, p. 103).

Cita Dworkin (2005) *Learned Hand* que fez um alerta segundo o qual “não deveríamos ser governados por juízes-filósofos mesmo que nossos juízes fossem melhores filósofos” (2005, p. 103). Dworkin (2005) vê que o Tribunal exerce uma função no governo, mas com equilíbrio, pois não exerce o papel principal. De maneira que se deve trabalhar para que “o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte” (2005, p. 103). Reconhece Dworkin (2005) que o Tribunal é uma instituição que presta o serviço de levar “algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum de princípio”, passando as questões de justiça a serem resolvidas pelo Direito (2005, p. 103). Assim, o Tribunal:

oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito (DWORKIN, 2005, p. 103).

Esse posicionamento de Dworkin (2005) reforça a crítica firmada por Habermas (2003) de que “Dworkin exige a construção de uma teoria do direito e não de uma teoria da justiça” (2003, p. 263).

Em outro trabalho, Ronald Dworkin (2006) propõe o método da leitura moral da Constituição, método particular de ler e executar uma constituição política (2006, p. 2). A maioria das constituições contemporâneas apresenta os direitos dos indivíduos perante o governo de uma forma ampla e abstrata e a leitura moral é uma proposta de Dworkin (2006, p.2) a todos: juízes, advogados e cidadãos de que “interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”, inserindo-se a “moralidade política” no cerne do direito constitucional. Dworkin (2006, p. 2) reconhece como certo que essa visão é “intrinsecamente incerta e controversa”, de modo que todo o governo que incorpora tais princípios às suas leis precisa decidir a quem caberá a “autoridade suprema para compreendê-los e aplicá-los”. Nos Estados Unidos, cabe, em última instância, à

Suprema Corte (2006, p. 3). Os que criticam a leitura moral da Constituição argumentam que ela concede “aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público” (2006, p. 3). Para Dworkin (2006), isso não tem fundamento.

Como também não tem fundamento, sustenta Dworkin (2006), a distinção feita por juízes e acadêmicos entre juízes conservados ou liberais, mas essas não explicam as diferenças nos padrões de decisões e sim na “diferente compreensão que eles têm dos *grandes valores morais* inseridos no texto da Constituição” (2006, p. 3, grifo nosso). A leitura moral da constituição por si só não é liberal nem conservadora (2006, p. 3). Ela não é revolucionária na prática defende Dworkin (2005, p. 4). Cotidianamente, advogados e juízes “partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas, que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos” (2006, p. 4). A leitura moral é acusada, ainda, afirma Dworkin (2005), de eliminar a importantíssima distinção entre direito e moral, como também:

constranger de modo grotesco a soberania moral do povo – parece tirar das mãos do povo e entregar a uma elite profissional as grandes questões que definem a moralidade política e que o povo teria o direito e o dever de avaliar e decidir por si mesmo (DWORKIN, 2006, p. 4).

Essa é uma questão recorrente nos Estados Unidos: pode um Tribunal cujos membros não são eleitos pelo sistema majoritário, definir os direitos morais do povo? Na visão dos políticos conservadores, “os grandes casos constitucionais não giram em torno de profundas questões de moralidade política (e eles giram, sim), mas em torno de uma questão muito mais simples: se os juízes devem mudar a Constituição por decreto ou deixá-la como está” (DWORKIN, 2006, p. 6). Os liberais defendem que a “Constituição é um documento ‘vivo’ que tem que ser ‘atualizado’ para fazer frente a novas circunstâncias e sensibilidades” (2006, p. 6).

Na visão dos políticos, nas indicações de juízes para a Corte, se deve dar preferência para a nomeação àqueles que “respeitem os devidos limites de sua autoridade e deixem a Constituição em paz” (DWORKIN, 2006, p. 7). Entretanto, essa ideia na prática gera frustrações, pois os juízes no exercício de seus cargos são confrontados com realidades que os impedem de seguir na direção desejada. Em 1961, na presidência dos Estados Unidos, Eisenhower condenou o chamado “ativismo judicial” e afirmou que cometeu dois grandes erros no exercício da presidência, ambos estavam na Suprema Corte: Earl Warren, por ele indicado para presidir a Suprema

Corte, responsável pelo dito período mais ativista na história da Corte; e Brennan, por ele também indicado para presidente da Suprema Corte, este como narra Dworkin (2006, p. 7), “se tornou, na época moderna, um dos adeptos mais liberais e explícitos da leitura moral da Constituição” (2006, p. 7).

Tanto Ronald Reagan quanto George Bush sentiam-se chocados com o fato de a Suprema Corte ‘usurpar’ os privilégios do povo. Ambos condenaram a decisão da Corte no caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973, que foi favorável ao aborto, e prometeram indicar juízes que a revertissem. Mas, três juízes indicados por Reagan e Bush “votaram não só para confirmar a dita decisão como também para fornecer-lhe novos fundamentos jurídicos que se baseavam de modo ainda mais evidente na leitura moral da Constituição” (DWORKIN, 2006, p. 7). Salieta Dworkin (2006) que a leitura moral está incorporada na prática do direito constitucional estadunidense, sendo que ela se perde quando o juiz, em razão de suas “convicções pessoais”, passa a considerar “moralmente admissível que a maioria da população torne o aborto um crime, por exemplo” (2006, p. 8).

A participação do Senado na sabatina do juiz indicado para a Suprema Corte produz praticamente o mesmo resultado. Tanto o juiz indicado quanto os legisladores “fingem que casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra pela simples obediência ao ‘texto’” (DWORKIN, 2006, p. 8). Seria, nas palavras de Dworkin (2006), “um ato de suicídio” para o sabatinado e “um embaraço” para o inquiridor reconhecer publicamente “que os dispositivos constitucionais são princípios morais que devem ser aplicados por meio de um juízo moral” (2006, p. 9).

Entretanto, salienta Dworkin (2006, p. 9) que “o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política”, apesar do público estadunidense não compreendê-la. Para muitos juristas e cientistas políticos a leitura moral dentro de uma estrutura política, que “atribui aos juízes a suprema autoridade em matéria de interpretação é elitista, antipopulista, anti-republicano e antidemocrático” (2006, p. 9). Ideias essas que se encontram na relação entre democracia e vontade da maioria. Ressalta Dworkin (2006, p. 9) que não se deve afirmar que “a leitura moral de uma constituição política é antidemocrática”, ao contrário ela é indispensável para a democracia. Não pretende dizer Dworkin (2006) “que a democracia só existe quando os juízes têm o poder para deixar de lado as ideias que a maioria das pessoas tem acerca do que é bom e justo” (2006, p. 10). Afinal, a “democracia não faz questão de que os juízes

tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (2006, p. 10).

A Constituição dos Estados Unidos, no que tange aos direitos dos indivíduos e de minorias frente ao Estado, traz nas primeiras emendas a Declaração de Direitos, muitos desses dispositivos foram redigidos “numa linguagem moral excessivamente abstrata” (DWORKIN, 2006, p. 10). Verifica-se a existência de discordâncias quanto à maneira pela qual esses princípios devem ser traduzidos. Dworkin (2006, p. 11) sustenta que em sua opinião os princípios constitucionais devem ser enunciados “num nível mais geral possível”, com a ressalva de que não cabe a leitura moral na interpretação de todos os dispositivos da Carta. A interpretação constitucional pelas lentes da leitura moral “é disciplinada pela exigência de *integridade constitucional*”, de maneira que afirma Dworkin (2006) enfaticamente, os juízes “não podem dizer que a Constituição expressa *suas próprias convicções*” (2006, p. 15, grifo nosso). Portanto, destaca Dworkin (2006), os juízes:

Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominante seguida por outros juízes no passado (DWORKIN, 2006, p. 15).

A leitura moral não requer ao julgador que ele siga “os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido”; reconhece Dworkin (2006, p. 16), ainda, que nesse exercício os juízes “podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la”.

Muitos esperam encontrar uma maneira de limitar a possibilidade de uma ampla interpretação judicial (DWORKIN, 2006, p. 17). Dworkin (2006) apresenta duas. A primeira aceita que a leitura moral é correta, a “Declaração de Direitos pode ser compreendida como um conjunto de princípios morais” (2006, p. 18). Mas não aceita que o juiz seja a autoridade suprema para fazê-la. Essa linha reserva ao povo a autoridade de interpretação. Salienta, nesse ponto, Dworkin (2006, p. 18) a distinção segundo a qual “a leitura moral é uma teoria acerca de o que a Constituição significa, e não acerca de quem deve nos dizer o que ela significa”. Cita Learned Hand, para quem “os tribunais só devem tomar para si a autoridade suprema na interpretação da Constituição, quando isso é absolutamente necessário para a sobrevivência do Estado”

(apud DWORKIN, 2006, p. 18). Entretanto, Dworkin (2006) constata que esse pensamento já foi superado, “a prática já estabeleceu que os tribunais têm a responsabilidade de declarar a sua melhor compreensão daquilo que a Constituição proíbe e agir segundo essa compreensão” (DWORKIN, 2006, p. 18).

Outra linha diverge da primeira ao recusar a leitura moral da Constituição, ela é denominada de “estratégia ‘originalista’ ou da ‘intenção original’” (DWORKIN, 2006, p. 19). Esta veementemente defende que a Constituição possui o significado que seus autores pretendiam que tivesse. Alguns originalistas, entretanto, pensam em outra forma de interpretação, como o juiz Antonin Scalia da Suprema Corte. Para ele, o que vale é o significado da palavra e não o que os legisladores esperavam e pretendiam ao elaborar a Constituição. Por outro lado, Scalia também insiste em limitar os dispositivos abstratos da Declaração de Direitos, ao sentido que eles supostamente teriam quando de sua promulgação (DWORKIN, 2006, p. 19). De acordo com os originalistas, os dispositivos da Declaração devem ser lidos em referência aos pressupostos e expectativas dos próprios autores. Entendido assim, o dispositivo de “igualdade de proteção” não levaria a uma igualdade de *status*, pois ao tempo da promulgação a segregação era aceita. O caso *Brown v. Education Board*, julgado em 1954, representa uma clara ruptura com a linha originalista, conforme destaca Dworkin (2006): “os autores do dispositivo de igualdade de proteção não acreditavam que a segregação escolar, que eles mesmos praticavam, era uma negação da igualdade de *status*, e não esperavam que um dia ela viesse a ser vista como tal” (2006, p. 20).

Por isso, os constitucionalistas afirmam, segundo Dworkin (2006, p. 21), que devemos evitar dois enganos opostos: “o da leitura moral, que dá um poder demasiado aos juízes, e o do originalismo, que faz da Constituição contemporânea uma extensão morta do passado” (2006, p. 21). O melhor, talvez, fosse uma terceira via “que opere um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais essenciais e a obediência à vontade popular” (2006, p. 21), apesar de não dizerem qual é esse justo equilíbrio. Voltando-se ao problema sobre como a Constituição deve ser interpretada, Dworkin (2006) relembra outra questão que suscitou o tema: “se os juízes devem mudar a Constituição ou se devem deixá-la em paz” (2006, p. 23). O problema, segundo ele, é a visão daqueles de que a leitura moral na interpretação ofenderia a democracia, mas o que democracia realmente é questiona Dworkin (2006, p. 23).

A simples resposta como governo do povo frente à realidade democrática suscita controvérsias. De todo modo, a premissa majoritária tem sido defendida como uma tese

razoável. Destaca, entretanto, Dworkin (2006, p. 25) que nos Estados Unidos aceita-se, em determinadas ocasiões, que “a vontade da maioria não deve predominar”. Dworkin (2006, p. 26) propõe, ainda, uma “concepção constitucional de democracia”, a qual rejeita a premissa majoritária. Por essa perspectiva, o objetivo para definir a democracia deve ser: “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito” (DWORKIN, 2006, p. 26), a preocupação deve estar voltada para a “igualdade dos cidadãos” e não com a intenção da “soberania da maioria”.

Por isso, Dworkin (2006) vê nessa premissa majoritária “uma influência poderosa – ainda que frequentemente discreta – sobre a imaginação dos constitucionalistas e advogados constitucionais nos Estados Unidos da América” (2006, p. 27). Por essa perspectiva majoritária, a revisão judicial comprometeria a democracia, devendo se saber o quanto esse comprometimento se justifica. Esse argumento de Dworkin (2006) demonstra bem o quanto é seriamente observada a relação entre a prática da revisão judicial e a democracia nos Estados Unidos.

Dworkin (2006, p. 47) defende que a revisão judicial das normas “pode ser um modo superior de deliberação republicana” em contraposição aos comunitaristas norte-americanos, que sustentam que o único “tipo de ‘participação’ política que existe, ou o tipo mais benéfico, é a eleição de representantes que depois fazem as leis” (2006, p. 48). Não só os juízes, segundo Dworkin (2006, p. 48), “devem discutir os mais elevados princípios políticos”, o legislativo também “é um guardião dos princípios, inclusive dos princípios constitucionais”, de forma que o “ideal de comunidade” não refuta a leitura moral, nem corrobora a premissa majoritária. Afirma Dworkin (2006, 48) que “temos que deixar de lado a premissa majoritária e, com ela, a concepção majoritária de democracia”, pois ela não é coerente com a concepção de verdadeira democracia, nem com a concepção norte-americana (2006, p. 49).

Para Dworkin (2006), a premissa majoritária deve ser abandonada, quando se verifica a possibilidade de erro de uma “legislatura majoritária [que] toma uma decisão constitucional errada que continua de pé” (2006, p. 50). Também um tribunal “dotado de autoridade” pode tomar uma decisão errada “a respeito das exigências das condições democráticas”. O erro, afirma Dworkin (2006, p. 50), é simétrico. Isso serve para demonstrar a falácia do argumento popular de que a revisão judicial é antidemocrática e de que a leitura moral da constituição seria um dano maior infligido à democracia

(2006, p. 50). Todavia, a leitura moral trata-se de uma teoria de “como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou ‘lidos’” (2006, p. 52). Não se trata de uma teoria “sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos”, por isso, afirma Dworkin (2006) “a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional” (2006, p. 52). Ela prega fidelidade à Constituição e ao direito:

exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão (DWORKIN, 2006, p. 57).

Reconhece Dworkin (2006, p. 57) que essa teoria motiva “juristas e juízes a interpretarem uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça”, pois têm eles de dar respostas morais às perguntas que a constituição abstrata lhes envia. Só o positivismo “tosco” de Hart poderia produzir esse tipo de isolamento, afirma Dworkin (2006, p. 58). O texto constitucional aberto, por si só, não tem como eliminar esse efeito. Mas os argumentos proferidos devem se basear em princípios e não em “*slogans* superficiais ou metáforas batidas” (2006, p. 58). Reconhece, ainda, Dworkin (2006), que seu livro apresenta “uma visão liberal da Constituição norte-americana” (2006, p. 58).

O caso *Roe v. Wade*, decidido pela Suprema Corte, em 1973, é um dos que aparecem no trabalho de Dworkin (2006), que é por ele utilizado para demonstrar a utilização de sua teoria da leitura moral da constituição. Para nós, a análise é relevante pela caracterização do julgado no embate do jogo político existente em relação a, e na Suprema Corte, seja pelas forças externas ao Tribunal, seja pelos embates internos entre seus membros. Por fim, para nós, o polêmico precedente e o caso posterior *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey*, ação relacionada ao aborto decidida no dia 29 de junho de 1992, se mostram significativos na observação da atuação da Suprema Corte estadunidense, pelo fato de através dele, poder o Tribunal reafirmar seu próprio poder na composição do Estado, sua autoridade perante a opinião pública e a preservar o funcionamento do sistema jurídico estadunidense.

No julgamento de *Roe vs. Wade*, em 1973, foi decidido que “a mulher tem o direito constitucional de abortar até o feto tornar-se capaz de sobreviver fora do útero” (2006, p. 190). Essa decisão incomodava alguns norte-americanos pelo fato de ser vista

como uma “usurpação” da Suprema Corte dos privilégios do povo, tendo essa decisão que “protegia o direito ao aborto”, servido de motivo para, nos discursos políticos de Reagan e Bush, condenarem o ativismo praticado pela Corte (2006, p. 7). Como vimos anteriormente, os juízes indicados por cada presidente além de confirmarem a decisão, apresentaram fundamentos jurídicos que se baseavam na leitura moral da Constituição, segundo Dworkin (2006).

O julgamento do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey*, em 1992, contou com o parecer de três juízes: Anthony Kennedy, David Souter e Sandra Day O’Connor, “todos indicados por Ronald Reagan e George Bush” (DWORKIN, 2006, p. 190), que exerceram pressões externas na Corte, mas a corte também convive com pressões internas. Esse parecer suscitou uma manifestação “amarga e sarcástica” do juiz Scalia, que havia dado voto discordante ao caso, narra Dworkin (2006):

os três juízes que assinaram o parecer conjunto, e que neste semestre rejeitaram as opiniões conservadoras ortodoxas não só sobre o aborto mas também sobre a liberdade de religião e vários outros assuntos, parecem ter formado uma força nova e surpreendente que reafirma uma atitude jurídica tradicional perante a interpretação constitucional, uma força que até agora frustrou o desejo da direita de diminuir o poder da Constituição de proteger os direitos individuais contra a vontade da maioria (DWORKIN, 2006, p. 191).

A questão discutida nesse último caso se refere à inconstitucionalidade da Lei de Aborto adotada na Pennsylvania, em 1982, que determinava, entre outras coisas que os médicos forneçam informações específicas às mulheres que pensam em fazê-lo; determina um prazo de 24 horas após as informações para realizar o procedimento; o consentimento dos pais quando se tratar de adolescente; e, exige das mulheres casadas a notificação ao marido (DWORKIN, 2006, p. 192). Cinco clínicas de aborto e um médico pediram na justiça uma declaração de inconstitucionalidade da lei por violar *Roe vs. Wade*. O tribunal federal distrital da Filadélfia concordou e suspendeu os dispositivos. O Terceiro Tribunal de itinerante de Apelações reverteu a decisão do tribunal distrital. Ambas as partes apelaram para a Suprema Corte (2006, p. 192).

Objetivando revogar *Roe vs. Wade*, o governo Bush protocolou uma petição na Corte, como já haviam feito as administrações anteriores de Reagan e Bush. Apesar das expectativas do governo, de juristas e de comentaristas na revogação do caso Roe, os três juízes contrariaram as previsões e a pressão exercida pelo governo, se colocando

como um “novo centro moderado” na Corte (DWORKIN, 2006, p. 193). Essa é uma clara manifestação do jogo de forças externas sofridas pela Corte, que deu vitória à independência da Corte e de seus juízes frente ao governo. O’Connor, Kennedy e Souter em parecer conjunto sustentaram, conforme salienta Dworkin (2006):

que os principais direitos individuais protegidos pela Constituição não devem ser entendidos como uma lista de regras isoladas e limitadas, nascidas no passado de antigas soluções políticas e dotadas tão-somente da força que os políticos que as criaram esperavam que tivessem, mas sim como os elementos que definem um compromisso nacional global com a liberdade e a justiça (DWORKIN, 2006, p. 194).

A conclusão do parecer conjunto também foi destacada por Dworkin (2006):

Nossa Constituição é uma Aliança, “disseram”, que veio da primeira geração de norte-americanos até nós e de nós corre rumo às gerações futuras [...] Aceitamos a responsabilidade de não nos furtar a interpretar o pleno sentido dessa Aliança à luz de todos os nossos precedentes (DWORKIN, 2006, p. 194).

O que se mostra interessante para nós é esse respeito ao precedente que foi reafirmado nessa última decisão. Como argumenta Dworkin (2006), “o grupo todo se uniu em torno da ideia de que um sólido respeito pelo *stare decisis* – a tradição jurídica pela qual um tribunal não deve alterar levemente suas decisões passadas” (2006, p. 201). Mas, conseguiu não só reafirmar esse respeito à doutrina passada como proibiu qualquer reconsideração sobre ela no momento atual. Constava do parecer: “as reservas que alguns de nós podem ter quanto à doutrina central de *Roe* são menos importantes do que a teoria da liberdade individual que aqui apresentamos, associada à força do *stare decisis*” (2006, p. 201).

Essa é uma questão relativa à força do sistema jurídico e da Suprema Corte nos Estados Unidos, a revogação de uma decisão “seria antes de mais nada danosa para a integridade do direito e, portanto, para a própria legitimidade da Suprema Corte” (DWORKIN, 2006, p. 202), sendo pelo Tribunal reconhecida. Conforme ressalta Dworkin (2006), essa colocação reafirma a sua teoria de que “a Constituição não deve ser entendida como uma lista de regras isoladas e independentes, mas como uma carta de princípios que deve ser interpretada e importa como um sistema coerente” (2006, p. 202). Decorrem daí duas responsabilidades para o Judiciário: primeiro, “os juízes têm de decidir os casos particulares à luz de princípios gerais” e respeitá-los; segundo “que a

Corte seja compreendida como uma instituição jurídica e não como mais uma Câmara política” (2006, p. 202). Se a Corte afirma que errou no passado ela perde o respeito pela integridade de suas decisões; se o faz com frequência, pode perder a legitimidade “que lhe é dada pelo *status* de ser um fórum não-eleito que baseia suas decisões em princípios” (2006, p. 202).

Conclui Dworkin (2006, p. 208) afirmando que se os juízes amam o seu ofício, as expectativas do Presidente não servirão para mudar a concepção que eles possam ter da Constituição:

O’Connor, Kennedy e Souter são somente os exemplos mais recentes dessa feliz realidade: os juízes Warren e Brennan foram nomeados por Eisenhower e Blackmun foi nomeado por Nixon. Esses exemplos bastam para provar o erro dos cínicos que dizem que, uma vez que as nomeações para a Corte têm motivação política, ela mesma não passa de mais uma instituição política (DWORKIN, 2006, p. 208).

#### 4.2 John Hart Ely entre democracia e desconfiança

Conforme apresentamos anteriormente, a teoria de John Hart Ely (2010), que foi criticada por Dworkin (2005), discute a distinção entre interpretacionistas e não-interpretacionistas. Os primeiros defendem que “os juízes que decidem questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita” (2010, p. 3). Os não-interpretacionistas, por sua vez, sustentam que “os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento” (2010, p. 3). Tais distinções, ressalta Ely (2010), não guardam relação estrita com os conceitos de ativismo e automoderação judicial (2010, p. 4). O que os distingue resulta do fato de os interpretacionistas só declararem nulos os atos dos poderes políticos que tenham referência clara na Constituição.

Ely (2010) publicou originalmente esse livro, em 1980. O caso *Roe vs. Wade*, julgado em 1973, também foi comentado por ele que afirmou que a vertente interpretacionista, à sua época, estava passando por um “relativo *apelo popular*” (2010, p. 5, grifo nosso). Segundo Ely, a controversa decisão no caso *Roe* representa o exemplo mais claro de “‘raciocínio’ não interpretacionista por parte da Corte em quatro décadas” (2010, p. 5). Os observadores antes:

ficavam satisfeitos em deixar os juízes imporem seus próprios valores (ou a sua interpretação dos valores da sociedade) hoje em dia ficam um pouco incomodados com isso e tendem a seguir uma linha interpretacionista, privilegiando os valores dos constituintes (ELY, 2006, p. 6).

Salienta Ely (2010) que o interpretacionismo sempre foi uma tendência da Corte. Primeiro, porque, segundo Ely (2010), essa linha “se encaixa melhor em nossas concepções costumeiras de o que é o direito é e como ele funciona” (2010, p. 6); segundo, porque a linha oposta, o não interpretacionismo, se depara com dificuldades para conciliar com a teoria democrática dos Estados Unidos pois “a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes eleitos [...]. Os juízes [...] não são eleitos nem reeleitos” (2010, p. 7). Nada pode diminuir a importância do processo eleitoral, afirma Ely, e o controle judicial de constitucionalidade “choca-se contra essa característica” (2010, p. 7). Ely (2010) reconhece que “os tribunais criam o direito o tempo todo”, buscando inspiração em fonte não interpretacionista, como os princípios fundamentais, mas fora das questões constitucionais limitam-se a preencher lacunas deixadas pelo legislativo (2010, p. 8).

Ely (2010) estabelece uma distinção entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária. Em relação a essa última, suas decisões “estão sujeitas à anulação ou alteração pela lei à ordinária”, o legislativo entende que a Corte o está substituindo (2010, p. 8). De outro lado, quando a “Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos e, em geral, o faz de maneira que não esteja sujeita à correção pelo processo legislativo ordinário” (2010, p. 8), o que serve para demonstrar o grande poder da jurisdição constitucional. A função do controle judicial de constitucionalidade, também é um problema já que “um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (ELY, 2010, p. 8).

O controle majoritário é discutido por Ely (2010) que verifica o desenvolvimento do constitucionalismo no último século, tendo este contribuído para fortalecer “o compromisso original com o controle do governo pela maioria dos governados” (2010, p. 11). O núcleo da democracia norte-americana se encontra no consentimento da maioria ao governo, mas também salienta Ely (2010, p. 12) “que uma maioria com poder ilimitado para determinar a política governamental tem todas as

condições para conceder benefícios em detrimento da minoria restante”. Existe, como sempre existiu, uma dificuldade “de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio majoritário” (ELY, 2010, p. 12), sendo esse o problema do não-intervencionismo apontado por Ely, o de como se desvencilhar dessa contradição (2010, p. 12). Uma maioria com total liberdade para agir é inegavelmente perigosa, mas “a imposição de uma ‘constituição não escrita’ por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada a uma república democrática” é um grande salto (2010, p. 12).

Propõe Ely (2010) dois caminhos para lidar com essa questão: o primeiro é contrário à possibilidade de imposição judicial de “valores fundamentais” e adequado ao sistema norte-americano, trata-se da tese da democracia representativa. Para esta “é inaceitável afirmar que juízes nomeados e com cargo vitalício refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos” (2010, p. 135). Todavia, os mecanismos representativos devem ser policiados. O segundo, também contrário à imposição judicial de “valores fundamentais”, reforça a ideia de que “a representatividade dá aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar” (2010, p. 135). Ely (2010) defende que a capacidade judicial se limita ao conhecimento técnico do processo, no qual os juízes são especialistas, devendo agir com imparcialidade nas questões políticas, assegurando que “todos tenham voz”, não há outra serventia para os juízes (2010, p. 136), afirma criticamente.

A linha recomendada por Ely (2010) é semelhante às orientações *antitruste*, a intervenção é orientadora, e não de conteúdo substantivo (2010, p. 136). Reafirma Ely (2010) que “numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos” (2010, p. 137) e o seu controle é feito pelo voto. A desconfiança dessa representação democrática decorre do mau funcionamento no seu processo que se dá quando em primeiro lugar, “os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão” (2010, p. 137); ou, em segundo lugar, quando:

embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que os sistema representativo fornece a outros grupos (ELY, 2010, p. 137).

A desconfiança nos representantes eleitos, ou na democracia, emerge quando se identifica algumas dessas situações. Os juízes estão “à margem do sistema governamental” e não têm preocupação com sua permanência no cargo. Mas, segundo Ely (2010), isso não lhes dá acesso “aos valores genuínos do povo norte-americano”, isso lhes é negado. Apesar disso, Ely (2010) reconhece, mesmo com ressalvas, o papel fundamental que os juízes devem ter numa democracia representativa em casos como esses, em que ocorre a perda de confiança no representante eleito:

Isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canis da mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar (ELY, 2010, p. 137).

#### **4.3 John Rawls e a Suprema Corte como modelo de razão pública**

John Rawls (2011), por sua vez, considera que numa democracia constitucional o papel do Judiciário opera como um fórum oficial entre o Parlamento e o Executivo, sobretudo ao seu Tribunal Supremo que exerce o controle de constitucionalidade das leis. Justifica Rawls (2011) tal posicionamento afirmando que “os juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedentes” (2011, p. 254), os poderes Executivo e Legislativo estão dispensados dessa forma de justificação. Caracteriza Rawls (2011) os fóruns em que o poder político como um poder coercitivo pode ocorrer e ser exercido entre pessoas de uma determinada sociedade, que enfrentam uma diversidade de “doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis encontrada em sociedades democráticas [que] constitui uma característica permanente da cultura pública, e não uma simples circunstância histórica fadada a logo desaparecer” (2011, p. 255).

Rawls (2011) descreve o seu ideal de razão pública numa sociedade política. Trata-se de um “modo de formular seus planos, de colocar seus fins em uma ordem de prioridades e de tomar suas decisões em conformidade com tais planos e prioridades” (2011, p. 250). A razão pública “é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual” (2011, p. 250), o objeto é o bem público. A razão é pública de três maneiras, segundo Rawls (2011): i)

“como a razão dos cidadãos enquanto tais é a razão do público”; ii) “seu objeto é o bem público, além de questões de justiça fundamental”; iii) “sua natureza e seu conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade” (2011, p. 251).

Defende Rawls (2011) que a Suprema Corte é um modelo de razão pública, pois num regime constitucional, em que ocorre o controle de constitucionalidade das leis, “a razão pública é a razão de seu tribunal supremo” (2011, p. 272). Distingue Rawls (2011) uma importante questão sobre essa afirmativa. Primeiramente, “a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal, ao exercer seu papel de intérprete judicial último, mas não o de intérprete último da lei mais alta” (2011, p. 273); segundo, porque “a Suprema Corte é o ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar de razão pública” (2011, p. 273).

Justifica Rawls (2011, p. 273) essas assertivas, estabelecendo cinco princípios: i) o primeiro se refere à distinção entre o poder constituinte do povo e o poder ordinário, aquele regula este e somente aparece perante a dissolução do último; ii) o segundo guarda relação com a distinção entre a lei mais alta e a lei ordinária: “a lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e é investida da autoridade mais elevada da vontade de ‘Nós, o povo’” (2011, p. 273), a lei ordinária é a expressão da atribuição do Parlamento e do poder do eleitorado. “A lei mais alta obriga e guia este poder”; iii) o terceiro princípio trata da Constituição democrática como “uma expressão fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo se autogovernar de certa maneira” (2011, p. 273), o objetivo da razão pública é regular esse ideal. Alguns desses estão descritos no preâmbulo da Constituição.

Como quarto princípio Rawls (2011) sustenta que: iv) que por intermédio de uma Constituição democrática e ratificada, que agregue a seu texto uma Carta de Direitos, o povo fixa os seus elementos constitucionais essenciais, como a liberdade. As leis ordinárias devem ser promulgadas obedecendo à forma e ao conteúdo, por meio da qual o “povo pode expressar, mesmo que não o faça, sua vontade democrática refletida, e certamente essa vontade não tem como existir sem esses procedimentos” (2011, p. 274); o quinto princípio se refere aos três poderes do Estado. Afirma Rawls (2011) que “o poder supremo não pode ser depositado nas mãos da legislatura, nem mesmo de um tribunal supremo, que é somente o intérprete judicial de última instância da Constituição” (2011, p. 274). Para nós, esse é um dos princípios que mais possibilidade concede à distinção da obra de Rawls (2011) perante aquelas que enxergam que o poder

supremo reside no povo. Quando ele afirma que “o poder supremo pertence aos três poderes, em uma relação adequadamente especificada entre si, em que cada um deles é responsável perante o povo”, ele parece impor uma mediação para o exercício do poder do povo, seja através do Executivo, do Legislativo e mesmo do Judiciário num sistema democrático de freios e contrapesos.

Rawls (2011) refere-se à concepção dualista de democracia constitucional que distingue o poder constituinte do poder ordinário, a lei mais alta do povo e a lei ordinária “aprovada por instituições legislativas” (2011, p. 275). Nesse cenário, a supremacia legislativa é rejeitada. Não se pode acusar o supremo tribunal de exercer um papel antimajoritário, quando aplica a razão pública “o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos” (2011, p. 275). Por outro lado, exerce um papel antimajoritário quando na revisão judicial, que é uma prerrogativa do tribunal frente à lei ordinária inconstitucional, de forma que o tribunal não é antimajoritário quando guarda a Constituição.

Quanto ao segundo princípio, Rawls (2011) afirma que o tribunal supremo não pode atuar apenas defensivamente. Sendo ele o modelo institucional da razão pública, é “o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente a ela” (2011, p. 278). Os cidadãos não precisam justificar seus votos, os legisladores também não, desde que questões constitucionais não estejam em jogo. Os juízes devem recorrer à razão pública, justificando por que votam e como o fazem, seu papel é “fazer precisamente isso e, ao fazê-lo, eles não dispõem de nenhuma outra razão, nem de outro valor, a não ser aqueles de índole política” (2011, p. 278). Por isso que afirmar que a Suprema Corte:

é a instituição exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem (RAWLS, 2011, p. 279).

Diante dessa obrigação de fundamentação das sentenças com base na interpretação da Constituição, não cabe qualquer juízo que reflita a moralidade pessoal do juiz, “nem os ideais e as virtudes da moralidade geral” (2011, p. 279). Conforme esclarece Rawls (2011), “o papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e

constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública” (2011, p. 279). Não se trata de impor que os juizes não divirjam entre si ou mesmo os cidadãos em relação ao que entendem sobre a Constituição, salienta Rawls (2011):

o papel da Suprema Corte como mais alto intérprete judicial da Constituição supõe que as concepções políticas que os juizes subscrevem e seus pontos de vista sobre os elementos constitucionais essenciais atribuem aproximadamente o mesmo lugar ao núcleo central das liberdades fundamentais (RAWLS, 2011, p. 280).

Um terceiro aspecto em relação à Suprema Corte como modelo de razão pública deve estar voltado ao seu papel de “dar força e vitalidade à razão pública no fórum público, e isto o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2011, p. 281). Caso assim não aja pode cair no “centro de uma controvérsia política cujos termos de resolução são valores públicos” (2011, p. 281).

Ressalta Rawls (2011) que “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é” (2011, p. 281). Esse é um ideal defendido por Rawls. Porém, reconhece Rawls (2011), ao se referir à possibilidade de emendas constitucionais, que “qualquer grande mudança constitucional, que seja legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsia” (2011, p. 283). O papel desempenhado pela Corte reconhece Rawls (2011), não raramente:

Obrigue a discussão política a transcorrer com base em princípios, de modo que a questão constitucional seja tratada em conformidade com os valores políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública se converte em algo mais do que uma disputa por poder e por cargos. Ao fazer com que os cidadãos focalizem sua atenção em questões constitucionais básicas, educa-os para que utilizem a razão pública e seu valor de justiça política (RAWLS, 2011, p. 283).

Podemos ver, pelo recorte teórico apresentado anteriormente, através das teorias de Dworkin, Ely e Rawls, que todas elas se voltam para o mesmo problema referente à atuação da Suprema Corte como uma instituição, que compõe um dos poderes do Estado, o poder Judiciário. Cada um dos autores faz uma abordagem do Tribunal, objetivando discutir possíveis limites sobre os juizes, que o compõem em relação a um comportamento democrático frente à Constituição. Cada qual defende sua própria teoria

tendo o mesmo objeto de análise. Porém por uma visão específica, assim nos deparamos com fórum de princípios, leitura moral, razão pública. Fato que demonstra a importância da eleição do objeto de análise e a riqueza das teorias desenvolvidas. Todas essas formas nos permitem compreender o comportamento da Suprema Corte e tentar explicar a partir dessas teorias o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.4 Habermas e os pressupostos comunicativos e procedimentais

Dando continuidade a essa linha investigativa, a teoria de Habermas (2003) não pode ser deixada de lado. O Supremo Tribunal Federal, como dissemos alhures, vem recebendo fortes influências do Tribunal Federal Constitucional alemão, portanto, merece essa análise. Apesar de nossa pesquisa ter como corte investigativo a atuação do Supremo não podemos deixar de reconhecer a importância da obra de Habermas para a filosofia política, para a sociologia e para o direito no mundo ocidental.

De maneira não diferente dos teóricos estadunidenses, Habermas (2003) também levanta uma questão, segundo ele ainda não resolvida, relativa à prática interpretativa realizada pela Corte constitucional: “de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras”? (2003, p. 297). Reconhece Habermas (2003) que a decisão jurídica deve estar ligada ao direito e à lei, que por sua vez, depende da legitimidade do direito vigente, que depende do processo de legislação, o qual “sob condições de divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito” (2003, p. 297). Com essa pequena introdução, já podemos observar que sua teoria também se preocupa com a possibilidade do tribunal vir a legislar.

Esclarece Habermas (2003) que esse é ponto nevrálgico da jurisdição constitucional que “é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes” (2003, p. 298). Habermas (2003) refere-se inicialmente aos críticos do tribunal constitucional alemão, que se fundamentam “numa interpretação liberal do clássico esquema de divisões de poderes” e que veem como perigosa a tarefa de se exercer “uma legislação concorrente”, imposta pelo Estado intervencionista e de bem-estar (2003, p. 298).

Inegavelmente os tribunais constitucionais têm realizado várias funções todas destinadas à interpretação da constituição. O Tribunal Federal Constitucional possui três esferas de competência: i) disputas entre órgãos; ii) o controle de constitucionalidade das leis; iii) os recursos constitucionais. Destaca Habermas (2003) que as duas últimas frente à divisão de poderes é problemática, pois nestas, ele atua uniformizando o direito (2003, p. 299). O Tribunal é o órgão máximo que se ocupa das tarefas de “reflexão e controle”. Mais problemática, porém, é “a decisão constitucional de litígios entre órgãos” (2003, p. 299). Essa competência atinge a separação de funções do Estado, justificada pela necessidade de solução de conflitos entre órgãos, que dependem de entrosamento (2003, p. 300).

Para obedecer fielmente à separação de poderes postulada por alguns críticos, o próprio legislativo deveria fazer a revisão das leis, para evitar a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado. Afirma Habermas (2003, p. 300) que isso seria mesmo recomendado. Quando se toma a divisão de poderes, fundamentada pela teoria da argumentação, a revisão das leis, sugere Habermas (2003) deve ser dar autorreflexivamente, ou seja, ele controlaria a sua própria atividade. O Executivo não pode ser o guardião da Constituição, pois inverteria a lógica da divisão de poderes, o legislativo não possui competência para examinar se os tribunais ao aplicarem o direito se fundamentam na racionalidade da lei. Sustenta Habermas (2003, p. 301) que por essa perspectiva, é função indiscutível do legislador o controle abstrato de normas, inclusive nesse seu reexame “assumir as proporções de um processo judicial” (2003, p. 301), portanto reconhece Habermas (2003) que o controle de constitucionalidade das leis deve ser função do Legislativo, mesmo ocorrendo em segunda instância.

Mas, quando se transfere essa competência para o tribunal constitucional isso “implica uma fundamentação complexa” (2003, p. 301). Surge em primeiro lugar a discussão sobre os direitos fundamentais, de modo que a lei simples e concreta não faz parte desse discurso, “no seu lugar entram as determinações dos direitos fundamentais, muito abstratas, abertas e carregadas de ideologia” (ALEXY apud HABERMAS, 2003, p. 301). Ao se discutir direitos fundamentais, a competência é a do tribunal constitucional, em casos de aplicação do direito vigente, do controle de leis promulgadas, de colisão de direitos fundamentais com direitos fundamentais etc. “entram em jogo princípios que envolvem a interpretação construtiva do caso particular, no sentido de Dworkin” (2003, p. 303). O tribunal nos casos de colisão decide quase sempre por princípios.

Essa questão sobre a indeterminação do direito terminou numa resolução do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 14 de fevereiro de 1973, em relação à Lei Fundamental, art. 20, al. 3, conforme BVerGE 34, 269, p. 304, que foi citado por Habermas (2003) como um exemplo claro de solução por princípios:

O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões (HABERMAS, 2003, p. 303).

Esta decisão e outras formulações, sustenta Habermas (2003), concedem ao tribunal constitucional “a função de desenvolvimento do direito através do ‘encontro criativo do direito’” (2003, p. 303), função esta que é compreendida pelo próprio tribunal como própria de seu dever. Função que não se constitui, portanto, numa ameaça à lógica da separação de poderes. E é essa ameaça que preocupa aos críticos que veem um “deslocamento preocupante dos pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais” (2003, p. 304).

A clássica divisão entre poderes do Estado de direito divide as competências entre esses da seguinte maneira, destaca Habermas (2003): a “decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente”; o “legislador toma decisões voltadas para o futuro” e a “administração controla os problemas que surgem na atualidade” (2003, p. 305). As relações entre as pessoas privadas, intersubjetivas “não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão de poderes” (2003, p. 305), essa é uma representação positivista do direito, salienta Habermas (2003). Tendo em conta essa arquitetura constitucional a “ordem jurídica materializada no estado social” traz uma “remoralização”, pois a argumentação jurídica “se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins”, essa ordem representa uma ruptura com a divisão anterior (2003, p. 306).

Salienta Habermas (2003) que essa ordem exigida pelo estado social, no interior do sistema de direito “significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito” (2003, p. 306), a jurisprudência passa então a ter que olhar para os problemas do presente e do futuro. Os críticos “cuidadosos” como “Böckenförde,

Denninger e Maus decifraram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais”, não mais com base em uma sociedade econômica liberada (2003, p. 306). O efeito protetor dos direitos fundamentais deixa de ser visto apenas pela ótica negativa, de defesa contra ataques, mas também como pretensões de garantias positivas (2003, p. 307).

Portanto, afirma Habermas (2003, 307), surge como inegável a mudança no conceito dos direitos fundamentais, que impõe “mudanças nos princípios de uma ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção” (2003, p. 307). Abandona-se o “conteúdo de direitos *subjetivos* de liberdade”, rumo ao “conteúdo jurídico *objetivo* de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas” (2003, p. 308, grifo nosso). Analisando a teoria de Böckenförd, Habermas (2003) sustenta que apesar da ordem jurídica apoiada pelo estado social não convencer mais plenamente, não deve ser razão suficiente para se restaurar a ordem antiga (2003, p. 312). E, segundo Habermas (2003), “toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sunstein qualifica como ‘normas de fundo’” (2003, p. 313), de modo que toda a interpretação de princípios “ultrapassa uma interpretação do texto da lei” (2003, p. 314). Mas, a questão inicial levantada por Habermas (2003) permanece:

tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático (HABERMAS, 2003, p. 314).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal pode sofrer reservas se se utilizar uma concepção metodológica que é muito criticada por alguns. Por exemplo, Habermas (2003) cita o comentário de Böckenförd sobre a “jurisprudência de valores”, afirmando que para o Tribunal “a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ‘ordem concreta de valores’” (2003, p. 315). Distingue Habermas (2003) as várias diferenças entre normas e valores: “as normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida”, os valores “devem ser entendidos como preferências compartilhadas subjetivamente”; normas possuem “uma pretensão de validade binária” – válidas ou inválidas, os valores são da ordem “de preferência”, e o assentimento a “proposições valorativas podem ser maior ou menor”; as normas possuem um sentido

absoluto “de uma obrigação incondicional e universal”, os valores têm sentido relativo, “exprimem aquilo que é bom para nós (ou para mim)” (2003, p. 316-317).

Tomando por base essas distinções, fica evidente que o Tribunal não pode aplicar uma e outra da mesma maneira. Com base nas normas, “é possível decidir o que deve ser feito”, considerando-se os valores “é possível saber qual é o comportamento recomendável” (HABERMAS, 2003, p. 317). A jurisprudência de valores coloca a jurisprudência do Tribunal, quando se parte para a concretização de normas, num estado de legislação concorrente (2003, p. 320). Isso implica em que a adoção de valores na interpretação pode abrir espaço para arbitrariedades:

normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários (HABERMAS, 2003, p. 321).

Desse modo, salienta Habermas (2003), quando um “tribunal constitucional adota a doutrina de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (2003, p. 322). Quando “uma jurisprudência é orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento sobre valores” (2003, p. 323), como salienta Habermas (2003) nem sempre aquilo que é melhor para cada um de nós, pode coincidir com “aquilo que é igualmente bom para todos” (2003, p. 323).

Discorrendo sobre as teorias que analisam a jurisdição constitucional desenvolvida nos Estados Unidos, Habermas (2003) verifica que a legitimidade dessa jurisdição se atém “mais na linha politológica do que na da metodologia do direito” (2003, p. 330). Entre o trabalho desempenhado pelo “tribunal constitucional e o legislador democrático”, as opiniões se dividem. A teoria normativa parte do aspecto normativo no intuito de discutir a relação entre aqueles dois poderes (2003, p. 330). Habermas (2003) faz referência a Frank I. Michelman que estabelece duas tradições da interpretação da constituição: “o paradigma republicano” e o “paradigma liberal”, que são decisivos para se compreender o “papel do processo democrático” (2003, p. 332). A

visão liberal pressupõe que “o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública” (2003, p. 332), a sociedade e as pessoas privadas são estruturadas conforme a economia do mercado.

A política ressalta Habermas (2003), nesse paradigma liberal, serve para “enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos” (2003, p. 332). No paradigma republicano, ela não serve apenas a essa função mediadora, ela “é constitutiva para o processo de socialização em seu todo”, os membros se tornam conscientes de sua interdependência (2003, p. 333). O conceito de cidadão também se mostra distinto para um e outro paradigma. Na concepção liberal, os direitos são os negativos; na visão republicana, “os direitos dos cidadãos, em primeira linha os direitos políticos de participação e de comunicação, são, ao invés, liberdades positivas” (2003, p. 334-333). Sobre a natureza do processo político, também existe dissenso entre os dois paradigmas: “na interpretação liberal, a política é essencialmente uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo (2003, p. 337); “no entendimento republicano, a formação da opinião e da vontade, na esfera pública e no parlamento, não obedece às estruturas de processos do mercado, mas às estruturas próprias de uma comunicação pública orientada pelo entendimento” (2003, p. 338).

No entendimento republicano da política, se observa o “nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos” (HABERMAS, 2003, p. 340). Assim, o tribunal constitucional necessita dos meios “disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições de *política deliberativa*, que fundam legitimidade” (2003, p. 340). Mas Habermas (2003) lembra que nos Estados Unidos se reconhece o problema decorrente da “influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado às custas de interesses gerais” (2003, p. 341). O republicanismo “renovado” reconhece “o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa” (2003, p. 341). Habermas (2003) cita C. Sunstein, o qual afirma que esse papel de guardião traz consequências para a política deliberativa.

Bárbara Freitag (1995), analisando o estudo de Habermas (2003) sobre os modelos “liberal” e “republicano” estadunidense, sugere “que suas limitações podem ser superadas com seu modelo do direito discursivo, mais adequado aos tempos modernos” (1995, p. 6). Tendo as formas tradicionais de legitimação: “religiosa, afetiva,

tradicional etc.” não se encontrando mais em vigor, “o direito discursivo” é a única forma possível de “gerar facticidade e validade”<sup>25</sup> (1995, p. 6).

Para a teoria do discurso de Habermas (2003), a formação democrática da vontade deve se dar através de “pressupostos comunicativos e procedimentos”, de forma que os melhores argumentos possam emergir pelo processo deliberativo. Um tribunal constitucional ganha em legitimidade quando “se deixa conduzir para uma compreensão constitucional procedimental”, dentro da sua competência de aplicação do direito, conduzidas pela lógica da argumentação (2003, p. 346). Ressalta Habermas (2003, p. 346) que a discussão sobre o tribunal não pode ser “conduzida em abstrato”. Entendida a Constituição “como interpretação e configuração de um sistema de direitos”, ligando a autonomia privada e a pública, o tribunal deve decidir a favor de uma jurisprudência “ofensiva”, quer dizer objetivando o respeito ao procedimento democrático, bem como a forma deliberativa da opinião e da vontade (2003, p. 347).

No entanto, Habermas (2003) não defende que o tribunal deva ir além desse agir procedimental. O tribunal constitucional, em seu entendimento, não deve se sujeitar às pressões dessa mesma política deliberativa. Não deve assumir a posição de pai, quando muito o papel de tutor (2003, p. 347). Posição que nos parece uma clara referência a Maus (2000).

#### **4.5 Ingeborg Maus e o Tribunal Federal Constitucional alemão – monarca absoluto da Constituição**

Ingeborg Maus (2000) objetiva analisar a expansão do controle normativo, tendo por protagonista o Poder Judiciário “à luz do conceito psicanalítico de imago paterna” (2000, p. 183). Entende a autora que nas jurisprudências emitidas pelo Tribunal Federal Constitucional esconde-se “a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora” (MAUS, 2000, p. 183).

Tendo como pano de fundo a psicanálise, apoia-se em Herbert Marcuse e o seu reconhecimento do “envelhecimento da psicanálise”, mais propriamente

---

<sup>25</sup> A “facticidade” refere-se a uma realidade social oriunda simultaneamente de duas fontes: (a) de processos históricos e sociais “espontâneos”, cuja normatividade pode ser atribuída ao sentimento comunitarista e à tradição; e (b) de práticas normativas, deduzidas da legislação vigente. Tal facticidade somente teria “validade”, ética e jurídica, se as normas e leis que a regem tivessem sido elaboradas segundo normas e critérios discursivos (FREITAG, 1995, p. 4).

“envelhecimento de seu objeto” (MAUS, 2000, p. 184). Assim como na família, também na sociedade, “a figura do pai perde importância na definição do ego” e a “construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai” (MAUS, 2000, p. 184). Consequentemente, a sociedade “se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego” (2000, p. 184). E, nesse contexto, Maus (2000) faz referência à “sociedade órfã”:

que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso a “sociedade órfã” ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna (MAUS, 2000, p. 185).

Ingeborg Maus (2000) refere-se ao papel do Judiciário na sociedade órfã. Mas, como salienta o autor, o crescimento da Justiça como um “terceiro poder”, no qual se reconhecem todas as características de um pai, não se restringe à “ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação”, ou mesmo à disposição em litigar, ou, ainda, “em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais” (2000, p. 185). A população tem pelo Judiciário um sentimento maior, que alcança uma “veneração religiosa”, chegando a uma aprovação de 62% da população – cita Maus (2000, p. 185) que na análise desse índice, comparativamente, as pesquisas apontam que a universidade alcançou o índice de 2% e a televisão 34% de aprovação pela população. Percentuais que corroboram a afirmativa de Maus (2000, 185) de que na Alemanha “qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito”.

A imagem do pai é mais nítida na jurisdição constitucional dos Estados Unidos, os juízes que fizeram sua história constitucional “aparecem como ‘profetas’ ou ‘deuses do Olimpo do direito’” (MAUS, 2000, p. 185). Para Maus (2000), a biografia desses juízes se assemelha mais a uma reedição dos “antigos espelhos dos príncipes”, em vez de a personalidade dos juízes se mostrarem como “pressupostos para uma decisão

racional e justa residem exatamente na formação da personalidade de juízes” (2000, p. 185).

Na Alemanha, a imagem do pai encontra outra forma de representação. Desde a época de Weimar, encontram-se defesas das prerrogativas dos juízes frente ao legislador democrático (MAUS, 2000, p. 186). Citando Erich Kaufmann, a autora narra que a queda da monarquia na Alemanha levou a uma perda de seu símbolo de unidade. Nessa fenda, surgiram “os direitos fundamentais da nova Constituição e seus intérpretes judiciais” e a ascensão dos “juízes da corte”, para o tribunal foi transferido o papel de superego da sociedade (MAUS, 2000, p. 186), o parlamento e até a esfera pública não podem “funcionar como substituto da figura imperial do pai” (2000, p. 186). Segundo Kaufmann, “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa” (apud MAUS, 2000, p. 186), o juiz: “A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça” (2000, p. 186).

Segundo Maus (2000), jurisprudência e administração da moral têm se aproximado, de acordo com as “modernas teorias de decisão judicial” (2000, p. 186). Assim é vista a teoria de Dworkin e sua ligação entre direito e moral na atividade jurisprudencial, sem desconsiderar “suas melhores intenções”. Salienta Maus (2000) que deve ser reconhecido que essa teoria possibilita e encobre decisionismos, já que o juiz seria o “mais capaz” para interpretar o conteúdo objetivo da moral social, passando a moral, portanto, a ser “produto de sua interpretação” (MAUS, 2000, p. 186). Esse modelo de inclusão da moral no direito “*imuniza* a atividade jurisprudencial à crítica à qual originariamente deveria estar sujeita” (2000, p. 187, grifo nosso). Eis aqui a censura de Maus (2000) a Dworkin sobre esse modelo de interpretação em um sistema democrático:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 187).

E diante desse cenário, Maus (2000) formula uma pergunta: “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído”? (2000, p. 187) Ascendendo a Justiça à posição de administradora da moral pública, “pontos de vista morais e de valores” podem ser introduzidos na jurisprudência, dando a ela legitimação e a imunizando de qualquer crítica, permitindo-a, ainda, liberá-la de “qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular” (MAUS, 2000, p. 189). Mas, isso não ocorre somente pelo lado dos Tribunais, a estrutura legal tem se utilizado de conceitos morais tais como – má-fé/boa-fé; inconscientemente/conscientemente que, segundo Maus (2000, p. 190), “nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas [...]”. A representação da moral na Justiça também ultrapassa as cláusulas legais, ela também se manifesta “na permanência de uma certa ‘confiança popular’” (MAUS, 2000, p. 186). Na resolução dos conflitos sociais, até quem evita a “interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis” permite a intromissão judicial. Dessa forma, afirma Maus (2000), “a Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa” (2000, p. 190). Como sustenta Maus (2000) “nos estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade” (2000, p. 191).

Nesse cenário, o Tribunal Constitucional Federal ascende à condição de “censor ilimitado do legislador”. Desse modo, destaca Maus (2000), o tribunal “assediado ilimitadamente pelas oposições do momento, e em especial sobrecarregado de queixas constitucionais [...] procede sua autorreprodução e gerencia uma ‘mais-valia’ que de longe supera suas vastas competências constitucionais” (2000, p. 191). Maus (2000) observou que decidindo questões pouco relevantes, o Tribunal oportunamente passou “a discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional” (2000, p. 191), podendo mesmo ultrapassar esses limites. Maus (2000) cita uma decisão do Repositório de Oficial de Jurisprudência do TFC, que a seguir reproduzimos, devido a sua importância na caracterização da forma como o TFC e outras cortes constitucionais vêm ampliando sua própria competência, podendo chegar a reescrever a Constituição com outras letras:

O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também *vinculam o legislador constitucional*, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente.

[...]

Não se é de excluir que uma determinação constitucional seja nula pelo fato mesmo de ela ser parte da Constituição. Existem fundamentos constitucionais que são basilares e como tais expressão de um direito anterior à Constituição, de modo que vinculam o próprio legislador constitucional, podendo tornar nulos outros dispositivos constitucionais que contra si atentem e não participem da mesma hierarquia (MAUS, 2000, p. 191, grifo nosso).

Reconhece Maus (2000), sem fazer referência, que se trata de legislador constituinte originário ou derivado, que por essa decisão ampliativa de sua própria competência, o Tribunal, passou a não derivar mais da Constituição e sim dos “princípios suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo” (2000, p. 191). Por isso, explica Maus (2000), o Tribunal, tal qual o monarca absoluto, “*legibus solutus*”, passa a dispor do “seu” entendimento do conceito de Constituição, “corretamente interpretada”, podendo “*disfarçar* seu decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição” (2000, p. 192, grifo nosso). O Tribunal, apropriando-se da persecução de “interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais” transforma o conceito de Constituição que se torna um texto fundamental, “a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’” (2000, p. 192).

Em razão de “seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como ‘Guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial” (MAUS, 2000, p. 192). No seu repositório jurisprudencial, encontram-se as fundamentações em virtude das quais não mais precisa o TFC justificar-se. Manifesta-se assim, o tradicionalismo do Tribunal a que passa a ter de se sujeitar o povo. As leis passaram a ser vistas pelos juízes como “meras previsões e premissas da atividade decisória judicial” (MAUS, 2000, p. 193), tornando quase inexistente “o condicionamento legal-normativo da Justiça”. Predominam hoje as “orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos,

eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do ‘método adequado’” (MAUS, 2000, p. 193).

Como constata Maus (2000), na Alemanha, a posição da Justiça no Estado se movimentou para ocupar o topo, de maneira que “se na República de Weimar o presidente atuava como visível imperador-substituto, na atual república esse papel parecer ter sido assumido pelo TFC” e “a libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário” (MAUS, 2000, p. 199). Assim, afirma Maus (2000):

Contra o “império da lei” despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e “valores”. Exatamente nessa autorrepresentação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade (MAUS, 2000, p. 200).

Dessa forma, a decisão judicial final, segundo Maus (2000), não é concluída “nem de longe a essa autocompreensão nem tampouco às expectativas sociais. Isto não se aplica simplesmente a decisões abertamente contrárias à moral, mas sobretudo à ambivalência dos conceitos morais presentes no repertório de decisões do Tribunal” (2000, p. 200). Do mesmo modo como a atuação dos juízes do Tribunal Federal Constitucional, com base em uma ordem de valores, foi criticada por Habermas (2003), também Maus (2000) identifica que:

a transformação da Constituição em uma “ordem de valores” confere às determinações constitucionais individuais (por meio da “abertura” de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados. No sopesamento de valores do TFC manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio (MAUS, 2000, p. 200).

Concordamos com os argumentos apresentados por Maus (2000) sobre o controle normativo, tendo por protagonista o Judiciário. Entendemos que o movimento do Tribunal Federal Constitucional, da maneira descrita pela Constituição, indica que ele caminha em direção não somente de um simples protagonismo, mas que se desloca no sentido de ocupar o papel do “próprio monarca substituído”. As decisões baseadas em uma “moral” possibilita decisionismos, por ser resultado da interpretação “do juiz”,

que não se sujeita a qualquer mecanismo de controle social. O Tribunal sobrecarregado e assediado ilimitadamente se autorreproduz e gerencia uma mais valia. Decidindo questões nem sempre relevantes, ele aproveita para discutir sua própria competência e métodos de interpretação, o que lhe possibilita dispensar qualquer limitação constitucional, tendo em conta que suas decisões não derivam mais da Constituição e sim dos valores suprapositivos por ele próprio desenvolvidos. É nesse movimento que ele passa a desempenhar o papel de “monarca absoluto”. Ele atua menos como “guardião da Constituição” do que garantidor de suas jurisprudências.

Por isso o trabalho desenvolvido por Maus (2000) é para nossa tese particularmente importante. Dworkin (2005/2006), Rawls (2011) e Ely (2010) ao analisarem a atuação da Suprema Corte estadunidense afirmaram a necessidade de fundamentação das suas decisões. Além disso, colabora com essa atuação democrática de publicidade dos argumentos decisórios o controle da Corte pela opinião pública nos Estados Unidos. Habermas (2003) sustenta, como vimos anteriormente, que a jurisprudência do Tribunal deve ser “ofensiva” em relação à manutenção dos procedimentos democráticos, retringindo-se à defesa da garantia procedimental, não devendo, portanto, assumir a posição de pai.

Acreditamos que os argumentos desenvolvidos no trabalho de Maus (2000) se adequam melhor na explicação sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, como veremos no próximo capítulo.

## 5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA AUTONOMIA

Nos dois últimos capítulos, pudemos delinear algumas das discussões teóricas sobre o funcionamento das cortes constitucionais. No terceiro capítulo, tivemos por objetivo esboçar a arquitetura distinta das cortes constitucionais, mas concedemos maior destaque aos padrões que mais influenciaram o modelo brasileiro. No capítulo quarto, o objetivo foi apresentar uma pequena parte do amplo debate teórico sobre as possibilidades de autonomia das cortes frente aos demais poderes do Estado. Encontramos posições distintas entre os teóricos, como vimos. Dworkin (2005/2006) e Rawls (2011) defendem uma liberdade maior na ação interpretativa por parte dos juízes e sustentam que a corte deve ser o órgão ideal para esse exercício; John H. Ely (2010) fundamenta sua teoria sustentando que as decisões da corte devem se ater ao procedimento legal para que se alcance a justiça dos seus julgados, posição que aproxima Ely da postura de autocontenção por parte de seus juízes. Habermas (2003) defende o procedimentalismo da corte, pelo ângulo de sua teoria da argumentação. E Ingeborg Maus (2000) verifica que a corte tem se aproveitado de formulações morais para ampliar o seu próprio poder até se transformar em um “monarca absoluto”. Em todos esses diferentes argumentos, um tema foi recorrente – o reconhecimento do crescente protagonismo das cortes constitucionais frente à democracia baseada no clássico modelo de separação de poderes.

Neste último capítulo, pretendemos verificar o comportamento das cortes constitucionais e de modo específico, o Supremo Tribunal Federal. Partiremos da análise de outras teorias estadunidenses e de alguns teóricos nacionais para que possamos dimensionar a independência do Tribunal e a sua força no jogo entre os poderes. Em razão da multiplicidade de ações interpostas no STF e da amplitude das discussões sobre o comportamento do Supremo e o curto espaço nesta tese, selecionamos dois casos que estudiosos do comportamento do Tribunal consideram que refletem a atual tendência da Corte como critério de julgamento, a Reclamação 4.335/AC e a ADI 3.367.

Com a Constituição da República de 1988, o Tribunal passou a ocupar o lugar central no cenário nacional, uma vez que a resolução dos conflitos no Brasil deixou de ser solucionada pela força e passou a ser resolvida pelo direito. A autonomia da corte se tornou uma questão crucial para os agentes políticos que sempre pretenderam reduzir uma possível centralidade do Supremo. O fato de não termos no país uma tradição

histórica democrática, o sistema político brasileiro representa, ainda, o território de um jogo em que cada um dos poderes busca estabelecer seus limites. Esse parece um movimento sem fim. Conforme explicou Dworkin (2005/2006), subjaz a toda decisão da Suprema Corte um jogo de forças que envolve o Executivo, o Legislativo e a opinião pública. Entretanto, talvez a falta de tradição democrática por si só, não seja a razão única desse movimento do Supremo no Brasil, pois como também percebeu Dworkin, vem ocorrendo nos Estados Unidos, país com sólida tradição democrática.

Conforme apresentamos no segundo capítulo, a arquitetura da Constituição de 1988, com sua ampla garantia de direitos e a atribuição do Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição, talvez tenha conduzido a Corte a uma consequência não visualizada pelo constituinte, qual seja: – o Tribunal passou a se envolver diretamente com a vida política do país e com os seus dramas. Dessa ampla gama de atribuições e para desempenhar a sua função ele não pode mais abrir mão de sua autonomia. Mas a questão básica que surge é: qual é a sua autonomia? Quem decide sobre ela finalmente? O próprio Supremo ou o Congresso? Ou o Executivo? Por isso a questão sobre a autonomia do Supremo se tornou um tema central da agenda política brasileira.

A dinâmica das forças sobre a autonomia do Supremo pende para vários lados: existem argumentos plausíveis segundo os quais o Supremo Tribunal Federal quer aumentar o seu poder, inclusive alterando a Constituição, como na mutação constitucional, caso que veremos a seguir. Existem, também, argumentos plausíveis, de que o Tribunal deve demarcar seu lugar perante o puro jogo político do Congresso e do Executivo. Essa é uma dinâmica que provoca debates intermináveis, mas que não consegue equilibrar o contínuo jogo das forças e delimitar o alcance da autonomia do STF.

Neste capítulo, retomaremos o tema da judicialização da política, o qual já foi abordado no capítulo dois. Discutiremos as teorias sobre o ativismo judicial e apresentaremos alguns estudos realizados sobre a Reclamação 4.335/AC e sobre a ADI 3.367, recentes decisões que geraram controvérsias, sobretudo sobre o alcance da autonomia da Corte diante da jovem democracia brasileira. A judicialização da política e o ativismo judicial são categorias que as teorias brasileiras vêm utilizando para explicar o protagonismo e a autonomia do Supremo Tribunal Federal. Portanto, precisamos entender como cada um desses temas vem sendo tratado pelos teóricos e

quais são as características de cada concepção. Interessa-nos saber as consequências desses fenômenos para a democracia brasileira.

Judicialização da política e ativismo judicial ou jurisdicional são temas inter-relacionados com a autonomia e a independência das ações dos juízes e tribunais no exercício de sua competência, pois implicam na capacidade desses entes de se autogovernarem, de agirem segundo as suas próprias leis, com independência moral ou intelectual, podendo, em alguns casos, não seguirem regras e costumes preestabelecidos<sup>26</sup>, como tem sido indicado por alguns estudiosos que pesquisam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

### 5.1 Judicialização da política e democracia

A judicialização da política é um fenômeno que vem sendo constatado no mundo e guarda relação com a assunção pelas cortes constitucionais de envolvimento com a política, mas também tem sido descrito pelo seu contrário, a utilização de instrumentos jurídicos pela política. O fenômeno implica no reconhecimento de um recurso maior aos tribunais como caminho para a resolução de conflitos morais e políticos. Constitui-se num problema que envolve o comportamento dos tribunais e a democracia.

Tem se constatado na França, relata Paul Ricouer, na Introdução do livro de Antoine Garapon (1996), um domínio crescente da justiça sobre a vida coletiva francesa, ao mesmo tempo em que, nos países democráticos, ocorre uma crise de “deslegitimação” das instituições. A tese central do livro une “justiça e democracia”, devendo ambas ser criticadas e aperfeiçoadas (1996, p. 9). Destaca Ricouer (1996):

é especificamente na estrutura da democracia que é necessário procurar a razão do fim das imunidades que colocavam tanta gente importante e também o próprio Estado jacobino fora do alcance dos procedimentos judiciais; é no campo político que se realiza o enfraquecimento da lei nacional, corroída, tanto pelas instâncias

---

<sup>26</sup> De acordo com o Dicionário Houaiss: Autonomia: 1. Capacidade de governar-se pelos próprios meios; 1.1. direito reconhecido a um país de se dirigir segundo as suas próprias leis; 1.2. direito de um indivíduo de tomar decisões livremente; independência moral ou intelectual. Independência: 1. Estado, condição, caráter do que ou de quem goza de autonomia, de liberdade com relação a alguém ou a algo; 2. Caráter daquilo ou de quem não adota ideias preestabelecidas, não segue regras e os usos correntes; 3. Caráter daquilo ou daquele que não se deixa influenciar, que é imparcial; imparcialidade; 4. Ausência de relação; de subordinação; 5. Autonomia política, soberania nacional, libertação. DICIONARIO ELETRÔNICO HOUAISS da língua portuguesa. Junho, 2009.

jurídicas superiores, como pela multiplicidade e a diversidade de lugares de jurisdição (GARAPON, 1996, p. 9).

Salienta Ricouer (1996, p. 9) que é em virtude dessa nova conformação que se deve interligar a transformação da própria democracia com a transformação do papel do juiz. Encontra-se nas razões da “deslegitimação” do Estado a explicação de uma “inflação judicial”. A usurpação do político pelo juiz é um símbolo do que foi diagnosticado. Ressalta Ricouer (1996, p. 10) que os juizes “constituem em novo clero, [...] comportam-se como os guardiões da virtude pública, despertando deste modo, ‘o velho demônio inquisitorial, sempre presente no imaginário latino’” (1996, p. 10). Ricouer fala em duplo diagnóstico do “declínio do político e da vertiginosa ascensão do jurídico”. Ao se colocar a justiça invadindo todas “as esferas da vida pública e privada, é necessário procurar a falha no campo da própria democracia” (1996, p. 11).

Diante de vários fatos ocorridos na vida política, social, privada e econômica Garapon (1996, p. 20) constata que, na França, “procura-se no juiz não só o jurista ou a figura do árbitro, mas também o conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública” (1996). Comparando ao que ocorria há dez anos atrás, “verifica-se que o juiz não conhecia essas questões com a mesma acuidade” (1996, p. 21). Tudo e todos devem ser justiciáveis, ninguém é mais intocável e a justiça parece “ancorar-se a um sentimento de justiça adormecido por décadas” (1996, p. 21). Essa “nova sensibilidade traduz uma demanda moral: a expectativa de uma instância que estipule o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva” (1996, p. 21). Garapon (1996) percebe esse momento como “uma viragem moral dos regimes liberais” (1996, p. 21), se a luta pela sobrevivência já não é mais uma questão “[...] a democracia olha para si própria e interroga-se sobre os seus fundamentos morais” (1996, p. 21). E essa busca pela justiça é universal, garante Garapon (1996).

Detecta Garapon (1996) um primeiro fenômeno: “a viragem judiciária da vida política [...] vê na justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado” (1996, p. 22). Garapon (1996), a nós parece, faz um estudo sobre essa virada judiciária, invertendo a posição da análise sobre esse fenômeno; por exemplo, no caso do ativismo ele afirma ser um sintoma e não uma ação intencional como grande parte de teóricos que vêm abordando o tema faz. Explica Garapon (1996):

o ativismo judicial, que é um dos sintomas mais aparentes, não passa de uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outros mecanismos como o enfraquecimento do Estado, a promoção da sociedade civil e, obviamente, a força dos *media*” (GARAPON, 1996, p. 22).

Essa ocupação pelos juízes na vida política se deve à possibilidade deles encontrarem uma “nova expectativa política que as instâncias políticas tradicionais aparentemente não satisfazem” (GARAPON, 1996, p. 22), eles usam do direito (direitos do homem) e do processo, como linguagem e gramática respectivamente. Atribui ao enfraquecimento do Estado a globalização da economia, e da conseqüente ascensão do juiz surge o risco, menos perceptível, de “desmoronamento do homem democrático” (1996, p. 22). Essa observação também foi feita por Vianna et al. (1999), conforme anotamos no segundo capítulo.

Para Garapon (1996), a expansão judiciária não é um fenômeno conjuntural, ele decorre da “própria dinâmica das sociedades”, segundo o autor:

não nos tornamos mais processuais porque as barreiras dos sistemas se abriram. A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Tem a sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito (GARAPON, 1996, p. 22).

Questiona Garapon (1996) que a proeminência do juiz não se trata de uma “escolha deliberada”, ela é antes uma defesa diante de um quádruplo desmoronamento: “político, simbólico, psíquico e normativo” (1996, p. 23). O juiz aparece como um recurso “contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram” (1996, p. 23). De modo que, descreve Garapon (1996):

o indivíduo procura, no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares (GARAPON, 1996, p. 23).

Garapon (1996) aponta duas razões para o direito ocupar o primeiro plano. A primeira é a procura de um “paliativo” para o desaparecimento do poder tutelar do Estado, “a segunda procura um substituto para a religião” (1996, p. 23); “uma é

horizontal, a outra vertical”. A primeira, salienta Garapon (1996), é externa e atinge as instituições políticas; a segunda é interna e refere-se à sociedade democrática. Refere-se Garapon (1996) ao que Tocqueville afirmava ser a democracia “tanto uma organização política quanto uma sociedade que coloca a igualdade de condições no seu cerne” (1996, p. 23). E com perplexidade questiona e ao mesmo tempo responde Garapon (1996):

Não traduzirá a judicialização um duplo sofrimento, nos dois sentidos de dor e de abandono, tanto das instituições como da sociedade democrática que partilham da mesma fragilidade? A justiça é ou não invocada para as proteger? Quanto mais a democracia se emancipar, na *sua* forma dupla de organização política e de sociedade, mais ela procurará na justiça uma espécie de protecção: eis a unidade profunda do fenômeno da vigorosa ascensão da justiça (GARAPON, 1996, p. 23).

A sociedade tem se esquecido de sua tradição, o juiz como o “último guardião das promessas”, do indivíduo e da comunidade política, não guardando a memória de seus valores se socorreram da justiça para que ela destes cuidasse (GARAPON, 1996, p. 24). Todavia, reconhece Garapon (1996) que tal entusiasmo pode conduzir a um impasse. Essa canalização irrefletida “de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo na sua onipotência *podem ser prejudiciais a ela própria*” (1996, p. 24, grifo nosso). O excesso de demanda ao judiciário pode conduzir a uma “submissão ao controle do juiz dos diversos setores da vida privada, outrora da alçada pública” (1996, p. 24). Sustenta Garapon (1996, p. 24) que “a democracia não se desmorona, mas transforma-se através do direito”. Os dois modelos “direito formal do Estado liberal, direito material do Estado-providência” estão esgotados, estando a eclodir um novo modelo de direito e de democracia.

O direito dos homens e os procedimentos judiciais são os referentes da ação política. Salienta Garapon (1996, p. 43) que a grande importância alcançada pela justiça não se trata de “uma simples passagem de testemunho da soberania do povo para o juiz, mas antes como uma transformação do sentimento de justiça” (1996, p. 43). Reconhece o autor que a proeminência do papel do juiz decorre da transformação da democracia, no lugar simbólico que ele passou a ocupar, em virtude da sua possibilidade de intervenção, sendo que “a vertiginosa ascensão da justiça é mais um sinal de mudança profunda da nossa democracia do que uma realidade concreta” (1996, p. 43). A “justicialidade” ocupa o lugar da positividade da lei. O direito passa a não mais se

definir pela imposição da lei, mas “pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro” (1996, p. 43), o que importa é a intervenção do juiz.

Por isso Garapon percebe que o espaço simbólico “da democracia emigra silenciosamente para a justiça” (1996, p. 45). Em se tratando de um Estado providente qualquer falha desemboca na justiça. Afirma este autor que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do espírito público” (GARAPON, 1996, p. 45). Ocorre uma inversão das posições, a justiça de posição secundária passa para o primeiro plano (1996, p. 47). A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo, sustenta Garapon (1996). Se antes a justiça era concebida de forma negativa, pois punitiva, ela “torna-se, progressivamente, positiva e construtiva” (1996, p. 47), o juiz, por sua vez, “tende a colocar-se acima da lei para se tornar, diretamente, proclamador de direito” (1996, p. 47). Pergunta Garapon (1996) “com que legitimidade pode o juiz pretender ser instituidor”?

As consequências, comenta Garapon (1996), “ao eleger a justiça como uma nova cena, a democracia condena o direito positivo ao um déficit permanente” (1996, p. 48), localizando-se fora da alçada do Estado, o direito passa a “ser excessivo em relação àquilo que está estipulado, e a justiça, nomeadamente a justiça constitucional, surge como o espaço permanente entre o ideal do querer viver em conjunto e a dificuldade da ação política” (GARAPON, 1996, p. 43).

Analisando o sentido da judicialização da política, Débora A. Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 57) destacam que o uso dessa expressão foi incorporado pela ciência social e pelo direito. Salientam que, no Brasil, o termo passou “a ser utilizado em pesquisas empíricas por Ariosto Teixeira (1997) e Marcus Faro de Castro (1997)” (2002, p. 57), e que estes acharam o conceito pouco adequado ao Supremo, em virtude do pouco “ativismo judicial” em suas análises sobre as ações de inconstitucionalidades julgadas pelo Tribunal. Eis aí é uma questão importante, judicialização da política se confunde com ativismo judicial?

A acepção original do termo judicialização da política foi inaugurada na obra de Tate e Vallinder (1995) ao discorrerem sobre o fenômeno por eles investigado. Este que diz respeito à expansão global do poder judicial a denominaram de “*the judicialization of politics*” (1995, p. 5). Afirmam os autores que quando eles falam de expansão global do poder judicial estão se referindo à introdução de mecanismos de decisão judicial e procedimentos jurídicos na arena política, lugar onde antes não existiam (1995, p. 13).

Os autores apontam duas formas: i) através da ampliação das áreas de atuação dos tribunais em razão da revisão judicial de atos do legislativo e executivo, pela transferência da elaboração de direitos da legislatura para os tribunais; ii) pela apropriação dos métodos de resolução judicial por quem está fora do judiciário (1995, p. 13). Apesar de constatarmos a disseminação dessa segunda forma de judicialização da política, a exemplo das comissões parlamentares de inquérito que atuam de maneira bem semelhante aos tribunais, a primeira forma de judicialização da política é a que suscita mais polêmica na teoria.

Ran Hirschl (2004), ao se referir à judicialização da política, registrou que o fenômeno da supremacia judicial, pilar da ordem política norte-americana, alcança mais de 100 países ao redor do mundo (2004, p. 139). Uma das tendências dessa supremacia tem sido chamada de judicialização da política, fenômeno descrito como “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (2004, p. 140). Os recém-adquiridos controle de constitucionalidade possibilitam aos tribunais superiores resolver vários problemas: liberdade de culto religioso, direitos de igualdade, liberdade de reprodução, políticas públicas, educação, imigração, trabalho, proteção ambiental etc. A mídia constantemente produz manchetes sensacionalistas sobre “casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para financiamento de campanha e ações afirmativas” (HIRSCHL, 2004, p. 140), que retratam questões comuns. Reconhece Hirschl (2004) que esse é um fenômeno que existe não somente nos Estados Unidos como em democracias jovens. Ao mesmo tempo os tribunais internacionais “se tornaram o *locus* central de coordenação de políticas públicas em nível global e regional” (2004, p. 140).

Hirschl (2004) descreve que essa crescente importância política dos tribunais, não apenas se tornou mais abrangente, como expandiu o seu escopo, transformando esse fenômeno “diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito – que se tornou recorrente – de elaboração de políticas públicas por juízes” (2004, p. 140). Salienta Hirschl (2004) que a judicialização da política ampliou o seu significado, passando a incluir “a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver”, a exemplo das “eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos”, o “lugar da Alemanha na União Europeia”, o “futuro político de Quebec e da federação canadense, etc” (2004, p. 140). Todos articulados como problemas constitucionais. Tudo isso conta com a

suposição de que o fórum apropriado para a discussão dessas questões cruciais são os tribunais, não os políticos, nem a população (2004, p. 141).

Todavia, ressalta Hirschl (2004), tratar judicialização da política como resultado natural dos direitos fundamentais é “pouco refinado” (2004, p. 141). Às vezes judicialização é confundida com ativismo. A judicialização da política possui muitos aspectos, como o autor disse, ela é multifacetada. Hirschl (2004) distingue três categorias abrangentes de judicialização:

a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns de processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas ‘comuns’ de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da ‘política pura’ – a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras (HIRSCHL, 2004, p. 141).

Hirschl (2004) qualifica o fenômeno judicialização da política chamando o termo de termo “guarda-chuva”, pois abrange três processos que estão inter-relacionados. De forma abstrata, judicialização da política refere-se “à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas” (2004, p. 142). Como exemplo podemos citar o caso brasileiro das comissões parlamentares de inquérito, que se caracterizam como uma forma não judicial, mas que é dominada por regras e procedimentos jurídicos.

Outro aspecto da judicialização da política é mais concreto. Trata-se da expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas “principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre os órgãos do estado (separação de poderes, federalismo)” (2004, p. 143). Normalmente esse aspecto está envolvido com decisões importantes “sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo” (2004, p. 143), que normalmente estão envolvidos com as “liberdades civis clássicas”, no sentido de “expandir e reforçar as fronteiras da proteção constitucional à esfera individual” (2004, p. 143).

O primeiro tipo Hirschl (2004) define como “judicialização das relações sociais”; o segundo tipo é por ele descrito como a judicialização que “enfoca

principalmente a justiça processual e a equidade formal em processos decisórios”, também por ele chamada de “judicialização vinda de baixo” (2004, p. 143). Esta mobilização jurídica “é favorecida pela frequente crença de que direitos judicialmente protegidos operam como forças autoimplementáveis de mudança social – isto é, forças que não dependem das restrições a que todo poder político está sujeito” (2004, p. 143). Hirschl (2004) assevera que essa concepção possui “*status* quase sagrado no debate público” (2004, p. 143). Ou o “mito dos direitos” que evidencia o contraste entre “o caráter aberto dos procedimentos judiciais e as barganhas secretas dos grupos de interesse na esfera política”, o que tende a reforçar a simbologia de “integridade e incorruptibilidade do processo judicial” (2004, p. 143).

Esse segundo tipo de judicialização da política possui consequências, ressalta Hirschl (2004), como “tornar mais atraente o uso de soluções legais e constitucionais para problemas políticos” e de outro lado “levar à expansão de um ‘discurso de direitos’ populista e ao correspondente *empobrecimento do discurso político*” (2004, p. 143). É também consequência da segunda fase da judicialização o controle judicial de atos administrativos. Afirmar Hirschl (2004) quanto a esse aspecto: “seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje, a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro ‘governo com juízes’” (2004, p. 143). Esse segundo tipo de judicialização também se expandiu na área de políticas internas.

Outra classe de judicialização da política “é o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de ‘megapolítica’”, abrangendo “controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras” (2004, p. 146).

Não obstante a afirmação de Garapon (1996) de que a democracia é que mudou, quando se verifica a ascensão do judiciário, constatamos que o tema “transformação e mudança” vem acompanhando as demais teorias que analisam a judicialização da política, ponto comum e muito relevante quando se observa a evolução desse fenômeno no mundo ocidental. Esse fato foi percebido e bem descrito por Vianna et al. (1997, p. 32) ao afirmarem que a judicialização da política é o reflexo das “profundas transformações nos campos jurídico e político-institucional”. Tal fenômeno suscitou uma “reinterpretação das condições de passagem para o mundo moderno”, cuja interpretação passou a se dar de maneira absolutamente diversa do que se encontra consolidado nas Ciências Sociais, explica Vianna et al. (1997):

O primado que as correntes do humanismo jurídico concedem à filosofia política em detrimento da política, ao Judiciário em desfavor do Legislativo, e a uma “vontade geral” encarnada nas declarações fundamentais das constituições em detrimento da vontade da maioria, vem se tornando um novo ponto de partida para a inquirição da história recente do Ocidente. O tempo da prevalência da política teria sido o das revoluções, o da resolução dos conflitos pela força, o da imposição da tirania da vontade das majorias sobre as minorias, o do monismo jurídico como representação da vontade estatal, o da dissociação entre Direito e Justiça (VIANNA et al., 1997, p. 32-33).

Portanto, através desta pequena síntese, podemos perceber que a judicialização da política é um fenômeno aparentemente irreversível, vinculado à expansão do poder judicial sobre todas as esferas do mundo social e político, podendo ser considerado reflexo das alterações sofridas pela democracia, mas também, por sua vez, nela refletindo.

O outro tema relevante em relação à autonomia do Supremo Tribunal Federal é o ativismo judicial.

## 5.2 Ativismo judicial

Se o termo judicialização da política foi apresentado por Hirschl (2004) como um guarda-chuva por abranger mais de um sentido e por isso visto como multifacetado, o termo ativismo judicial, por seu lado, implica em uma complexidade ainda maior, que apesar de ser muito usado por teóricos estadunidenses, eles próprios não chegaram a um consenso sobre o seu preciso significado. A mesma dificuldade se verifica entre os estudiosos brasileiros. De uso comum na sociedade, muitas vezes é confundido com judicialização da política. Entretanto, alguns trabalhos têm procurado criar categorias explicativas no intuito de sistematizar seu conceito.

Keenan D. Kmiec (2004) desenvolveu um trabalho em que procura identificar o significado e as conceituações mais usuais para o termo. Narra Kmiec (2004) que o termo ativismo judicial veio a público através de um artigo publicado pelo historiador e jornalista Arthur Schlesinger Jr., nos Estados Unidos, na revista *Fortune*, com o título *The Supreme Court 1947*. Nele, Schlesinger descreveu o comportamento dos nove juízes que pertenciam à Corte naquele tempo, bem como a aliança entre os juízes e as suas dissidências. O artigo despertou o interesse da comunidade jurídica e ganhou notoriedade política e popular. Desde então, o termo “ativismo judicial” passou a ser amplamente utilizado, tal como foi apresentado no artigo de Schlesinger. Este, no artigo

da revista, separou os nove juízes da corte da seguinte maneira: de um lado, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, chamados por Schlesinger de ativistas; de outro lado, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton, qualificados de “campeões da autocontenção” e a posição central foi ocupada pelo juiz Reed e o Presidente da Corte Vinson (2004, p. 1445).

Kmiec (2004), então procurou estabelecer características que mais eram usadas para descrever o ativismo judicial: i) prática de desafiar atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável; ii) prática que envolve a estratégia de não aplicação dos precedentes; iii) a conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; iv) prática do julgador se afastar dos cânones metodológicos de interpretação; v) julgar para fins de alcançar um resultado pré-determinado (VIEIRA et al., 2008, p. 7714).

Destacam Tavares et al. (2008) que tal multiplicidade de características oculta a complexidade que envolve essa prática por parte do órgão jurisdicional. A primeira característica demonstra a pouca deferência aos outros órgãos de poder, podendo lesar a separação de poderes. Duas posturas poderia adotar o órgão julgador, a de autocontenção, em que se manteria a escolha parlamentar ou administrativa, ou a ativista, caracterizada pela invalidação do ato legislativo ou administrativo, ao declarar inconstitucional a escolha desses dois órgãos estatais. Mas, aqui, salientam os autores, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade que permitirá qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo. O problema reside essencialmente na delimitação sobre “o que são casos difíceis”, que leva a corte a decidir um caso ou não (2008, p. 7714).

Em relação à segunda característica, que se refere ao afastamento da corte do precedente por ela firmado, tem grande importância no sistema de direito da família da *common law*, que adota a doutrina do *stare decisis* – o que foi decidido pelo órgão judicial superior não pode ser alterado. Os órgãos judicantes inferiores devem seguir o precedente (verticalização de precedente) e o tribunal superior não deve ignorar suas decisões anteriores (horizontalização de precedente), a não ser que ocorra o *overruling*, desconstituição fundamentada do precedente. Ativismo nessa segunda vertente estaria caracterizado com o desrespeito à decisão que tem força vinculante. Tavares et al. (2008) afirmam que “é quase inquestionável que se possa qualificar de ativista a corte inferior que não respeita os precedentes emanados da corte superior”. No entanto, é

mais difícil afirmar que incorreu em ativismo a corte quando o *overruling* foi utilizado, no sistema norte-americano. Isso não poderia ser ativismo (2008, p. 7715).

A terceira caracterização de ativismo, que se refere aos “juizes legisladores”, remete ao papel dos tribunais, “para alguns”, não cabe ao tribunal criar, “mas sim revelar o sentido contido implicitamente no texto normativo” (TAVARES et al., 2008, p. 7715). Ativista seria a corte que ultrapassa esses limites, impondo, através de sua própria eleição, a resolução de temas relevantes. Os autores destacam que a dificuldade para caracterizar o que é o direito está na raiz dessa caracterização e citam: Hart – “a criação judicial do direito está circunscrita à zona de penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas”; Holmes – “todo direito é criado pelos tribunais”; e Dworkin – “toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada não só em *standards* jurídicos quanto na distinção aplicativa entre regras e princípios” (apud TAVARES et al., 2008, p. 7715).

A quarta categoria é próxima da anterior, identificar como ativismo o afastamento dos cânones aceitos para interpretação. O exemplo é a teoria constitucional norte-americana e o embate entre originalistas, interpretacionistas etc. A falta de consenso sobre o método de interpretação dificulta o consenso sobre a configuração do ativismo judicial (TAVARES et al., 2008, p. 7715). A última categoria cria uma outra dificuldade para que se possa caracterizar como ativista a prática judicial voltada para se obter um resultado pré-determinado, pois como “descortinar os motivos subjacentes à decisão judicial”, como “evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador”? (2008, p. 7716).

Willian P. Marshall (2002) em vez de tentar uma definição única para o ativismo judicial, tenta apontar os índices de ativismo que foram por ele identificados na literatura, que são sete:

- 1) ativismo contramajoritário – a relutância das cortes em ser deferentes às decisões tomadas pelos democraticamente eleitos;
- 2) ativismo não-originalista – o fracasso de os tribunais em adotar o sentido original dos textos ou à intenção original em suas decisões;
- 3) ativismo de precedente – fracasso do tribunal em manter seus precedentes;
- 4) ativismo jurisdicional – a incapacidade de os tribunais se aterem aos limites jurisdicionais de seu próprio poder;
- 5) criatividade judicial – a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- 6) ativismo corretivo (ou remedial) – o uso do poder judicial de impor obrigações ao governo, como ações afirmativas;
- 7) ativismo partidário – uso do poder judicial com objetivos claramente partidários (MARSHALL, 2002, p. 104).

Comentando sobre a corte Rehnquist, considerada uma das mais ativistas da história estadunidense, Barry Friedman (2009, p. 343) afirmou que nem a esquerda nem a direita concordavam sobre o sentido do termo ativismo, preferindo-se, em vez de falar que a corte era ativista, a dar o nome de ativista à pessoa do juiz.

Lino Graglia, conservador e crítico da corte, definiu ativismo nesses termos:

por ativismo judicial quer dizer de forma bastante simples e específica entendo que a prática dos juízes de negar autoridade das escolhas políticas efetuadas por outros representantes ou instituições governamentais que não são proibidos claramente pela constituição (apud FRIEDMAN, 2009, p. 343).

Para Cass Sunstein, ativismo é “com que frequência uma corte que derruba as ações de outras partes do governo especialmente do Congresso” (apud FRIEDMAN, 2009, p. 343). Para outros, conservadores, para se verificar a ocorrência de ativismo importa não é medir a quantidade de leis derrubadas, mas “como” a corte derrubava os estatutos. Segundo Friedman (2009, p. 344), isso significa que “não pode ser considerado ativismo se se derruba uma lei certa”. Não significa ser ativista quando a corte está interpretando a Constituição (2009, p. 344).

Durante a alternância na Presidência da Suprema Corte, a história evolui e os argumentos a favor ou contra o ativismo vão e vêm. Friedman (2009) aponta uma razão para isso: “esses argumentos refletem a tensão entre o governo da maioria e o constitucionalismo que são inatos ao sistema de governo estadunidense” (2009, p. 367). De acordo com Friedman, “a revisão judicial evolui sim e o que a maioria das pessoas não conseguiu ver é que ela se tornou a forma americana de mitigar a tensão entre o governo pelas pessoas e o governo de acordo com a constituição” (2009, p. 367). Só “os cegos por vontade própria não veem que a Constituição mudou como o tempo de uma forma dramática e permanente” (FRIEDMAN, 2009, p. 367).

Segundo defende Friedman (2009):

são as pessoas e apenas elas que devem decidir o sentido constituição. A revisão judicial fornece um catalisador e um método para se fazer isso, com o tempo, através de um diálogo com o juízes a Constituição passa a refletir o julgamento ponderado do povo americano relativo aos seus valores mais fundamentais, com frequência os juízes se apoiam na Constituição para invalidar as ações de outros ramos do

governo, para fazer valer a vontade do povo americano (FRIEDMAN, 2009, p. 367-368).

Friedman (2009) mostra a maneira peculiar da relação do povo norte-americano com o poder. Através dela, o povo e seus representantes eleitos têm tido a capacidade de exercer pressão sobre os juízes e o fizeram em várias ocasiões. A responsabilidade dos juízes (e portanto, a Constituição) para o povo terá sido estabelecida diversas vezes. De forma que observou Friedman (2000) até que ponto os juízes terem liberdade para agir tem ocorrido porque o povo americano deu essa liberdade a eles (2009, p. 370). Dean Alfange ao se referir à revisão judicial e ao governo democrático afirma que “nenhuma instituição pode sobreviver à perda da confiança do povo, particularmente quando a fé do povo é o seu único suporte” (apud FRIEDMAN, 2009, p. 370).

Essas concepções de atuação da Suprema Corte estadunidense em relação à opinião pública nos mostra que o ativismo judicial nos Estados Unidos expõe uma conexão bem complexa.

Em relação à independência da Suprema Corte, descreve Friedman (2009), em última instância, a melhor explicação pode ser simplesmente que o público decide concedê-la a eles. Apesar de o público parecer insistir no fato de a Corte estar relativamente alinhada, na maioria dos casos as palavras “relativamente” e “maioria” são chaves aqui. Quando se trata de apoio público a instituições como a Suprema Corte, os cientistas políticos distinguem dois tipos, o apoio “difuso” e o “específico”. O apoio específico é óbvio, as pessoas apoiando as pessoas ou instituições quando gostam de suas instituições. O apoio difuso refere-se à ideia de que há apoio institucional suficiente à Suprema Corte para as pessoas tolerarem certo desvio, uma quantidade de decisões das quais desgostam. O apoio difuso é a medida da oportunidade que a Suprema Corte tem para agir como bem entende em determinadas questões (2009, p. 379).

Friedman (2009) destaca que o que importa no que tange à revisão judicial não é a função da Suprema Corte no processo, mas a reação do público a essas decisões (2009, p. 381). Não são os juízes que põem fim ao significado da Constituição. Isso ocorre através “de um processo dialógico de ‘decisão judicial-resposta popular e redecisão-judicial’ que ela passa a assumir o seu sentido” (2009, p. 382). Para facilitar essa compreensão, Friedman (2009) exemplifica com o que ocorreu na atuação da Corte

no caso *Roe v. Wade* e depois a redecisão no caso *Planned Parenthood v. Casey* (2009, p. 382).

É dessa forma que a matéria da lei constitucional é forjada. À medida que as decisões judiciais respondem às forças sociais, e vice e versa, a lei constitucional é feita. Salienta Friedman (2009) que a criação e o cumprimento do sentido constitucional são o resultado de um diálogo estendido entre as cortes e o povo estadunidense (2009, p. 384), servindo a revisão judicial “como uma forma de nos forçar a refletir e interpretar a Constituição por nós mesmos” (FRIEDMAN, 2009, p. 385).

Tomando por base os estudos até aqui apresentados sobre ativismo judicial e independência das Cortes constitucionais é que pudemos ver a importância desse tema nos Estados Unidos. E no Brasil, como os teóricos têm enfrentado esse tema?

### **5.3 Judicialização da política e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**

Alguns estudos vêm confirmando uma postura ativista por parte dos juízes brasileiros. Vanice R. Lírio do Valle et al. (2012) listam o conjunto das sete características formuladas por William Marshall (2002) que conhecemos anteriormente. Dentre todos, Valle (2012) destaca o ativismo jurisdicional como o mais importante: “esse índice é conceituado por Marshall como a *‘recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes’*” (VALLE et al., 2012, p. 39).

A tese postulada por Valle et al. (2012) é a de que o Supremo Tribunal Federal, através de uma postura ativista, “vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre poderes” (VALLE et al., 2012, p. 40). Destacam, ainda, Valle et al. (2012) que “o ativismo jurisdicional privilegia não o perfil ideológico e técnico-jurídico, mas a corte como parte de uma complexa equação de poder” (VALLE et al., 2012, p. 40).

Clarissa Tassinari (2013) também realiza uma análise pertinente sobre o tema ativismo. Tassinari (2013), antes de descrever o ativismo judicial, apresenta alguns pontos relevantes para a compreensão da judicialização da política. Primeiro que ela “emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação destes fora da jurisdição, questões que se

imbricam mutuamente” (2013, p. 55). Decorre daí, o segundo ponto que é o “fato de que a judicialização não tem seu nascedouro propriamente no interior do sistema jurídico” (2013, p. 55). Explica melhor Tassinari: “este é um problema que se apresenta como inexorável na exata medida de que sua superação não depende exclusivamente de uma estratégia jurídica que lhe ofereça controle, isto é, que seja capaz, por si só, conter a crescente judicialização” (2013, p. 55).

Portanto, a judicialização da política, afirma Tassinari (2013), muito embora não nasça do sistema jurídico, é um fenômeno que se manifesta no âmbito jurídico, não podendo se separar os elementos políticos, sociais e jurídicos que o permeiam (2012, p. 55). O próprio judiciário, por vezes tenta controlar sua expansão, como ocorre com a edição de súmulas vinculantes, a repercussão geral, a tentativa de limitar a interposição de recursos etc. (TASSINARI, 2013, p. 55).

Tassinari (2013) afirma que o ativismo judicial, por sua vez, é “um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas)” (2013, p. 56). O ativismo judicial é como um “ato de vontade”. Nesse sentido, argumenta a autora que a teoria da interpretação deve ser revisitada: “é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação” (TASSINARI, 2013, p. 56). A autora defende que a interpretação adequada deve estar vinculada à segunda opção e ressalta ainda que elementos como “vontade, discricionariedade e subjetividade” é que distinguem uma postura ativista da judicialização da política (2013, p. 64). Ao se referir ao ativismo judicial como uma categoria criada pelo direito, talvez fosse mais adequado afirmar que sendo um ato de vontade só pode ser praticado por um sujeito e não pelo direito. Assim por nós entendido, o ativismo não se trata de “um problema exclusivamente jurídico”. Parece-nos, na verdade, que o ativismo é “um problema político”, pois afeta o pleno exercício democrático, quando juízes não eleitos passam a criar direitos ou descumprem as determinações legais, sob alegação de que estariam realizando justiça.

Marcos Paulo Veríssimo (2008) qualifica o ativismo judicial utilizado pelos tribunais brasileiros, adjetivando-o de “à brasileira” (2008, p. 410). Para o autor, o excesso de atividade do STF (2008, p. 415), bem como a especificidade do controle de constitucionalidade brasileiro (2008, p. 432) seria suficiente para justificar a denominação.

Thamy Pogrebinski (2011) empreende um estudo sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal com base nos resultados das várias ADIs – Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades – decididas pela corte. Conclui a autora afirmando que a quantidade de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo é ínfima. Afirma que a corte constitucional brasileira é deferente ao Congresso Nacional e nega que ocorra judicialização da política ou ativismo por parte do Supremo (POGREBINSCHI, 2011, p. 36-37). Após analisar o número de ADIs e ADPFs julgadas pelo Tribunal, no período de 1988 a 2009<sup>27</sup>, afirma Pogrebinski (2001):

Vê-se, portanto, que não apenas o número de normas com vícios de inconstitucionalidade aprovadas pelo Congresso Nacional é extremamente reduzido, como também – e principalmente – o STF se abstém de declarar inconstitucionais quase 90% das normas que têm sua constitucionalidade contestada. Percebe-se, assim, que, por mais que os mecanismos das ADIs e ADPFs sejam acionados com intensidade significativa no STF, ele o é com bem menor intensidade para as leis do Congresso Nacional e, mais importante, na expressiva e absoluta maioria das vezes, o STF se abstém de “judicializar a política”, confirmando as normas emanadas pelo Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence (POGREBINSCHI, 2011, p. 36-37).

Segundo Pogrebinski (2011), o Supremo Tribunal Federal tem evitado “judicializar a política” e a corte vem “confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originariamente pertence” (2011, p. 37). E, ainda que as ações declaratórias de inconstitucionalidade rejeitadas preliminarmente pelo STF representam “um forte sinal da deferência que o STF faz ao Poder Legislativo” (2011, p. 37).

A análise de Pogrebinski (2011) está voltada tão somente ao número de ADI – ações declaratórias de inconstitucionalidade e de ADPF – ações de descumprimento de preceito fundamental, deferidas ou indeferidas, estas que ela se utiliza para negar que o STF faça judicialização da política ou ativismo judicial. No entanto, as ações que são interpostas no Supremo não se restringem apenas a ADI e ADPF, acolhidas ou rejeitadas, e, para uma visão sobre o comportamento da corte brasileira é necessário também uma análise que considere o conteúdo da decisão. Desse modo, compreender a atuação do Supremo, numa perspectiva democrática, conforme idealizada pelo

---

<sup>27</sup> Conforme tabela 1.7 sobre ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009): indeferidas 436 (86.68%) ações, procedente ou procedente em parte 67 (13,32) ações. (POGREBINSCHI, 2011, p. 36).

constituente de 1987, requer uma análise crítica sobre o comportamento da corte nacional que não se restrinja somente aos números.

Outra questão levantada por Pogrebinschi (2011) diz respeito ao objeto das ações protocoladas no Supremo. Segundo Pogrebinschi (2011) do universo:

total de 4.574 processos de revisão constitucional abstrata que receberam trâmite no STF entre 1988 e 2009, apenas 857 têm por objeto o questionamento de normas emanadas pelo Poder Legislativo federal, o que equivale a 18,74% dos casos. Os demais 81,26% dos casos, ou seja, 3.717 leis e atos normativos questionados têm sua origem fora do Congresso (POGREBINSCHI, 2011, p. 22).

As normas que se originam no Poder Legislativo federal podem ser consideradas de pouco expressão, pois correspondem menos de um quinto do total (POGREBINSCHI, 2011, p. 22). De acordo com Pogrebinschi (2011):

O valor pequeno do número de normas do Poder Legislativo federal questionadas no STF é inversamente proporcional ao valor da importância desse dado, que é enorme: o *suposto ativismo judicial do STF* não pode ser justificado pela judicialização das disputas havidas na arena política do Congresso Nacional. Tampouco pode pesar ao Congresso a acusação de que as normas por ele promulgadas respondem pela suposta má qualidade das normas produzidas no país, a julgar pelo vício de constitucionalidade que, em tese, conteriam originalmente (POGREBINSCHI, 2011, p. 22, grifo nosso).

Insiste Pogrebinschi (2011) que o número pouco representativo de normas expedidas pelo Legislativo federal, sujeitas à apreciação de inconstitucionalidade pelo Supremo, não pode justificar a acusação de “suposto ativismo judicial do STF”. Importa saber o que os termos *ativismo judicial* e *judicialização da política* significam no trabalho de Pogrebinschi (2011). Ou, a qual descrição de índices de *ativismo*, tais como os que foram enumerados por Marshall (2002), serviriam melhor para enquadrar o entendimento da autora.

O trabalho de Pogrebinschi (2011) foi contestado por Lênio Streck (2013), que sintetizou as teses levantadas pela autora: i) o STF não tem uma atuação contramajoritária, em virtude do número inexpressivo de ADIs de leis ou atos normativos do Congresso; ii) o STF reforça a vontade majoritária representada no Congresso, confirmando a constitucionalidade de leis e atos normativos em 86% das ADIs e ADPFs; iii) o STF não atua de forma ativista, colmatando as supostas lacunas

deixadas pelo Legislativo, de forma que, para cada ADI, havia uma média de 11,75 projetos de lei tratando da mesma matéria; iv) não há enfraquecimento majoritário do Legislativo, já que o Congresso para cada ADI propõe outros projetos versando sobre a mesma matéria; v) o STF, pelo contrário do pensado, fortalece a atuação do Legislativo obrigando-o a legislar sobre determinada matéria; vi) o comportamento do STF não se alia a nenhuma coalizão majoritária do Congresso; vii) o STF utiliza-se de recursos jurídicos para preservar ao máximo a palavra do Parlamento, tais como: interpretação conforme, nulidade parcial sem redução de texto e modulação de efeitos (2013, p. 290).

Sustenta Streck (2013), comentando sobre a pesquisa de Pogrebinschi (2011), que o “fato de se dizer [...] que o STF é ativista não quer dizer que o Legislativo é fraco” (2013), quer dizer, essa não é uma relação necessária. Destaca Streck (2013) que o “agigantamento do Judiciário não quer dizer enfraquecimento do Legislativo” (2013, p. 291). Critica Streck (2013) o fato de Pogrebinschi (2011) denominar de “outliers” (casos mentirosos) (2011, p. 8), casos em desacordo com a realidade quando a autora afirma que são poucos os que associam a expansão do judiciário à retração do Legislativo. E que essa argumentação não seria suficiente para demonstrar ativismo ou judicialização (2013, p. 291). Segundo Streck (2013, p. 291), “isso não é tão simples assim”.

Fragiliza a pesquisa de Pogrebinschi (2011), afirma Streck (2013), o fato de ela considerar que a maioria das ADIs terem sido rejeitadas significa “que o STF ‘não é ativista’ e que ‘não está judicializando’” (STRECK, 2013, p. 292). Questiona Streck: “desde quando somente um ato positivo de inconstitucionalidade é que demonstra o ativismo de uma Suprema Corte”? E, ainda: “Quer dizer que, se o STF julga de acordo com o parlamento ou de acordo com o governo, ele deixa de ser epitetado de ativista”? Por fim: “Ativismo é só quando julga ‘contra’”? “Afinal, *qual é o conceito de ativismo*”? (STRECK, 2013, p. 292).

Pelo estudo desenvolvido por Pogrebinschi (2011) e os contra-argumentos apresentados por Streck (2013), é possível vermos a importância e as implicações que esse tema adquire no Brasil. As discussões sobre ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, quando se analisa o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ganham nova feição. A discussão sobre ativismo judicial em ações declaratórias de constitucionalidade deve ser considerada quando traz implicações de fundo, pois essa forma de controle está expressa na Constituição de 1988 e está compreendida na competência explícita da Corte. Por esse ângulo, não se poderia nem

mesmo falar em ativismo judicial ou judicialização, pois o julgamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo STF foi desejado e textualmente estabelecido pelo constituinte de 1987, na Constituição de 1988. De modo distinto, se apresenta a discussão sobre a revisão judicial no direito estadunidense. Nos Estados Unidos, a Constituição não traz previsão expressa sobre a possibilidade de revisão judicial, forma que é típica dos países da família da *common law*. Naquele país a revisão judicial desenvolveu-se através de uma construção jurisprudencial que ganhou repercussão no caso *Marbury v. Madison*, como vimos alhures.

Lênio Streck (2013) afirma que tanto os tribunais brasileiros quanto o STF “fazem política quando dizem que não fazem; fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicialização quando sustentam que não fazem” (2013, p. 294).

As afirmações de Streck (2013) estão baseadas nos seguintes casos levados à apreciação do STF, que, em sua perspectiva, deveriam ter sido levados para o Congresso Nacional, local para o exercício político em sentido estrito e que evitaria que a corte realizasse “julgamentos por política e não por princípios”: i) os segmentos a favor das cotas; ii) o segmento que pediu a equiparação da união homoafetiva; iii) as pesquisas com células-tronco; iv) a descriminalização do aborto dos anencéfalos; v) a judicialização do direito à saúde; vi) o julgamento da Reclamação 4335/AC que tentou realizar uma mutação constitucional, só para citar alguns. Todos são temas polêmicos, mas reconhecemos ser de difícil aprovação pelas vias democráticas normais, o Congresso Nacional, o que nos permite enquadrá-los como casos em que se confirma a judicialização da política, mesmo que dentro das decisões tomadas possa ter ocorrido ativismo judicial.

Essas ligeiras discussões apresentadas mostram que os teóricos brasileiros já detectaram uma forte presença do fenômeno da judicialização da política como também do ativismo judicial no Brasil. A judicialização da política que, nas palavras de Hirschl (2009), torna mais atraente o uso de soluções legais e constitucionais para problemas políticos e de outro lado, contribui para a expansão de um discurso de direitos (2009, p. 143), está comprovada pelas muitas ações ajuizadas no Supremo, facilitadas pelos instrumentos dispostos na Constituição de 1988, para o exercício de direitos e de garantias, da forma como foi desejada pelo constituinte. O ativismo jurisdicional depende, por sua vez, da análise sobre “como” as decisões do Supremo vêm sendo firmadas. Entretanto, é inegável que a judicialização da política e o ativismo

jurisdicional são fatores que têm servido para o Supremo Tribunal Federal construir, expandir e consolidar sua autonomia.

#### 5.4 A construção da autonomia do Supremo Tribunal Federal

De acordo com Vanice do Valle et al. (2009), no Brasil, tem sido percebido fenômeno inverso e singular. Quando se compara a judicialização da política com o ativismo judicial, tem se compreendido que a primeira é “o resultado de um conjunto de condições estruturais” (2009, p. 38), tais como as que foram citadas por Tate e Vallinder (1995) e Werneck Vianna (1999/2002). E essas condições estruturais “estão presentes formalmente em nosso sistema político-jurídico, desde a promulgação da Constituição Federal, de 1988” (VALLE et al., 2009, p. 38), apesar de só recentemente, a temática ter ganhado o interesse dos meios de comunicação de massa e de cientistas sociais. Esse fato, destaca Valle (2009), nos leva:

a afirmar a precedência, no caso brasileiro, do ativismo judicial do STF sobre o fenômeno de judicialização da política, que se revela como condição subjetiva – uma atitude assumida pelos magistrados em relação às decisões (e omissões) dos demais poderes – indispensável para intensificar o processo de judicialização no sistema brasileiro (VALLE et al., (2009, p. 38).

Vanice do Valle (2009) parece pressupor a inversão do fenômeno nos seguintes termos: uma postura ativista por parte do Supremo é fundamental para a realização da judicialização da política. Nesse pequeno parágrafo, Vanice do Valle (2009) explica a inversão do fenômeno no Brasil, porém, nos mostra a dificuldade de se compreender precisamente o que é a judicialização da política e o ativismo judicial no país e como ocorrem na Suprema Corte brasileira. A judicialização da política, conforme afirmamos, nos parece ser um fenômeno, aparentemente irreversível, vinculado à expansão do poder judicial sobre todas as esferas do mundo social e político, podendo ser considerado reflexo das alterações sofridas pela democracia, mas também, por sua vez, nela refletindo, conforme foi bem retratado pela Ciência Social e, de modo especial, por Werneck Vianna et al (1999). O problema é o ativismo judicial, pois para a compreensão desse fenômeno precisamos contar com o auxílio de juristas, devido à especificidade da linguagem judicial e de seus procedimentos, ambos herméticos aos leigos.

Estando ciente dessas dificuldades, vamos analisar nosso primeiro caso no intuito de detectar possíveis sinais de ativismo judicial: a Reclamação 4335/AC, que teve curso no Supremo Tribunal Federal, representa uma das ações que mais debates e críticas provocou nos meios jurídicos nos últimos tempos. Pela análise do voto do ministro Eros Grau, acompanhando a decisão do ministro relator Gilmar Mendes, poderíamos qualificá-lo de ativista ou extremamente ativista? O próprio ministro Eros Grau colabora com a compreensão, pois, inicialmente, inclusive, protesta sobre um possível “excesso” no voto do relator, pela suspeita levantada dele, relator ter “excedido a moldura do texto”, bem como, pelo fato dele ainda chamar a atenção sobre o exercício de um *poder criativo* por parte do relator, o qual *extrapola o dever de interpretação* e *subverte o texto*. Todos esses termos apontam para um forte ativismo jurisdicional. Vejamos:

A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido? (BRASIL, STF, 2014).

Eros Grau salienta que Gilmar Mendes propõe uma mutação constitucional no texto da Constituição de 1988, que seria ao final promovida pelo STF, caso viesse a ser aprovada pela maioria dos ministros. Estes estariam dispensando os mecanismos formais previstos na própria Constituição para a sua alteração, a título de exemplo, a emenda constitucional. Através da mutação constitucional, o texto disposto na Constituição ficaria mantido, mas sua interpretação seria diversa do sentido textual que se encontra descrito no dispositivo. No caso, não ocorreria mais sua aplicação pela corte. Eis o trecho do voto de Eros Grau sobre a mutação constitucional:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daqueles que neles se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação do texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro (BRASIL, STF, 2014).

Conforme afirmou Eros Grau, ocorreria algo além da atividade jurisdicional, que é função própria dos juízes que compõem o Poder Judiciário, haveria “mais do que interpretação”. Passaria o Supremo a redigir texto constitucional. Atividade própria do Poder Legislativo originário, o constituinte; ou do Poder Legislativo derivado, o parlamento. Desta forma, os votos do ministro relator Gilmar Mendes e do ministro Eros Grau teriam, de fato, o condão de criar um dispositivo constitucional e, ainda, revogar o texto que o constituinte originário teve por objetivo lhe destinar aplicação. Que vertente teórica explicaria a atitude revelada pelo voto do relator Gilmar Mendes e aderida pelo ministro Eros Grau, judicialização da política, ativismo judicial?

Em relação à conduta dos ministros do Supremo, estudiosos têm apontado que a corte tem se utilizado de argumentos para além do texto legal e a Reclamação n. 4335/AC (BRASIL, STF, 2006) é um claro exemplo. A “mutação constitucional” é um instituto utilizado no direito constitucional alemão, fenômeno que Clara da Motta Santos (2013), intenta esclarecer:

O termo “mutação constitucional”, por sua vez, deriva da tradição continental. Para os alemães, denomina-se *verfassungswandel* e pode ser encarada sob um ponto de vista mais amplo como a mudança da situação constitucional em que se acha uma comunidade ou ainda como a relação entre direito constitucional e realidade social. [...] uma tentativa de distinguir a reforma constitucional sujeita à procedimentalização de outro tipo de mudança que altera o seu significado por *meios informais* (SANTOS, 2013, p. 77, grifo nosso).

O voto do relator Gilmar Mendes<sup>28</sup> na Reclamação n. 4335/AC (BRASIL, STF, 2006), como o próprio ministro sustentou, tratar-se-ia “de autêntica reforma da constituição sem expressa modificação de seu texto”, intentou, portanto, Gilmar Mendes (2006), promover uma “mutação constitucional” no art. 52, inc. X da Constituição de 1988<sup>29</sup>. Esse voto desconsiderou a escolha política do constituinte de 1987, que optou por atribuir ao Senado Federal a competência para suspender os efeitos de uma lei declarada inconstitucional em um julgamento entre partes levado ao Supremo. O art. 52,

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Parte do voto do relator Gilmar Mendes: “[...] a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de autêntica reforma da constituição sem expressa modificação de seu texto”. Disponível em: <stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11591>. Acesso em: 30 abr. 2014.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: inc. X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

inciso X da Constituição de 1988 prevê a suspensão da lei pelo Senado quando declarada inconstitucional pelo STF.

Vanice do Valle et al. (2009) afirmam que, analisando a Reclamação 4.335/AC, “verifica-se a criação legislativa e a jurisprudência dos tribunais” (2009, p. 123), gerando “um novo contexto (normativo) capaz de modificar a Constituição, sem expressa alteração do seu texto: um fenômeno conhecido como mutação constitucional” (2009, p. 124).

A mudança proposta no voto de Gilmar Mendes se refere ao seguinte procedimento, que se encontra previsto nas leis processuais e na Constituição de 1988. Em um litígio *inter partes*, a decisão do STF ao declarar inconstitucional uma questão suscitada perante a Corte pelas partes envolvidas, inicialmente, atingiria somente os envolvidos naquela ação. Essa declaração de inconstitucionalidade feita em controle difuso, todavia, manteria a vigência da lei para todos os demais casos a que ela se aplicasse. Para que a declaração de inconstitucionalidade passasse a alcançar todos os cidadãos, se faz necessário que o Senado emita uma Resolução suspendendo a vigência da lei declarada inconstitucional pelo STF. Entretanto, deve ser ressaltado que a suspensão pelo Senado se trata de uma escolha política, um ato de vontade, não estando vinculado à decisão do Supremo. O Senado Federal pode emitir ou não a Resolução. Este tema compõe a Reclamação 4335/AC. Como dito, Gilmar Mendes e Eros Grau votaram favoráveis a promover uma mutação constitucional no art. 52, inc. X da Constituição de 1988, ou seja, a dispensar a Resolução do Senado, bastando no entendimento desses, a decisão do Supremo para dar efeitos a todos, *erga omnes*. A proposta dos dois ministros é da Corte realizar uma alteração no texto, sem atentar para o processo formal de alteração, tal como a emenda, esta que conta com expressa disposição constitucional.

De acordo com Vanice do Valle et al. (2009), existe um projeto do ministro Gilmar Mendes, de racionalidade e otimização à jurisdição nacional. Com base nisso, o ministro propõe, tal como relatou no seu voto na Reclamação 4335/AC, recolher:

decisões que reconhecem a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um determinado texto para outro, semelhante, em ação distinta, como também leis mais recentes, como a ação civil pública, cujos efeitos extrapolam o interesse das partes (VALLE et al., 2009, p. 124-125).

Salientam do Valle et al. (2009) que o ministro chama essas decisões de “contexto normativo” (2009, p. 125) – que se compreende como o “contexto formado por normas provenientes tanto da produção jurisprudencial quanto da produção legislativa” (2009, p. 125). A adoção dessa posição pela Corte tende a enfraquecer o controle difuso, afastar a vontade representativa do Senado e fortalecer o controle concentrado de inconstitucionalidade. Também registraram do Valle et al. (2009) que o ministro Gilmar Mendes afirma que “a ampliação do rol de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade não apenas reforçou o controle abstrato, como também procurou corrigir o sistema geral incidental” (2009, p. 126). Segundo do Valle et al. (2009, p. 127) “o *novo contexto normativo* leva, por outro lado, à mitigação do tradicional modelo de separação dos poderes. Tudo a indicar que, na prática, fica dispensada a manifestação do Senado”.

Clara da Motta Santos (2013) reforça a ideia de que a “mutação constitucional” na Alemanha objetiva a *conservação da Constituição*, adequando-a à realidade, e não a sua reforma. No Brasil, a autora percebeu que a utilização como foi tentada por Gilmar Mendes, tem o sentido apenas de uma “casca de cientificidade” e um “verniz de neutralidade”, pois que usa o STF de adaptações na jurisdição constitucional que “vão se impondo à revelia dos mecanismos formais” previstos na Constituição de 1988 (SANTOS, 2013, p. 77-78).

A sustentação feita pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Graus de que o art. 52, inc. X da Constituição de 1988 trata-se de um dispositivo “anacrônico” poderia ser argumento suficiente para promover uma reforma na Constituição via jurisprudência do STF? O meio adequado para a mudança deve ocorrer no Supremo com os seus ministros, sendo que a própria Constituição de 1988 estabelece os procedimentos para reforma ou emenda do seu texto? Como se poderia conter a ação do Supremo no caso da realização de alterações substanciais no texto constitucional? Quem poderia contestar sua ação, quem poderia impor limites? Outro poder, a população brasileira? Qual previsão se pode fazer sobre o futuro da democracia brasileira, quando depositado nas mãos apenas de onze ministros Supremo? Nesse cenário, aquele ideal democrático surgido no final dos anos de 1980, não estaria em risco?

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1992) ao realizar uma análise sobre a revisão constitucional prevista para 05 de outubro de 1993, no art. 3º do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias<sup>30</sup>, nos possibilitou, através de seu texto didático e preciso, compreender como devem ser procedidas as alterações possíveis na Constituição, bem como os seus pressupostos e os seus limites, para que não ocorram inconstitucionalidades. Inicialmente, ressalta a razão da proteção à Constituição (FERRAZ, 1992):

Se existe constituição em vigor como Lei Máxima do país, é de se presumir ser ela obra do Poder Constituinte Originário, titulado pelo povo para estabelecê-la [...]. Significa esta Constituição o início da ordem jurídico-política no Estado, criada independente e soberana, e com ruptura com a ordem jurídica existente anteriormente (FERRAZ, 1992, p. 8).

No fragmento citado anteriormente, a autora já deixou destacado o papel que é reservado ao povo, visto como elemento fundamental do constitucionalismo. As teorias constitucionais destinam ao povo a possibilidade de realizar mudanças que ocorrem através dos tempos na Constituição. Este poder, segundo Ferraz (1992), nunca se extingue: “[...] o Poder Constituinte está permanentemente latente porque está nas mãos do seu titular soberano, que é o povo. Este, a qualquer momento, pode reavivá-lo para mudar o curso e o rumo da organização fundamental do Estado” (1992, p. 9). O povo pode chegar até mesmo a suprimir uma Constituição e criar uma nova, o que normalmente pressupõe uma revolução.

O mais usual, contudo, é procurar preservar a Constituição, pois explica Ferraz: “Toda Constituição busca refletir, como ensina Burdeau, uma ‘ideia de direito’; e busca refletir ‘os valores, os fins e os fundamentos de uma nova organização política fundamental’ (1992, p. 9)”. Esses são os valores que devem ser preservados. Contudo, como salienta Ferraz (1992), “se uma Constituição não tem vocação para ser eterna, tem, por sem dúvida, vocação para ser durável” (1992, p. 9). Por isso, o constituinte originário estabeleceu as possibilidades de modificação, reformas, emendas ou revisão das normas constitucionais. E estas implicam em: i) permanência do Poder Constituinte Originário que elaborou a Constituição; ii) permanência da ideia de direito que informa a Constituição e; iii) a permanência dos valores fundamentais que inspiram a Constituição a ser alterada (FERRAZ, 1992, p. 9).

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição Federativa da República de 1988. ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Tendo sido observados todos os pressupostos anteriores, destaca Ferraz (1992), garantir-se-á que não ocorrerá “ruptura entre a Constituição e a nova forma ou o novo conteúdo constitucional que, certamente, deverão ser conformes, em espírito, inspiração e fundamento, com a originária, vertida no texto anterior, mesmo quando e se o modifica ou substitui” (1992, p. 10). Importante, ainda, são os limites que devem ser cumpridos: i) o processo de modificação previsto na Constituição; ii) os limites fixados pelo Poder Constituinte Originário, as chamadas cláusulas pétreas, matérias subtraídas do poder de reforma, a exemplo daquelas constantes no art. 60, § 4º e seus incisos<sup>31</sup>; iii) a ocorrência de modificação dentro de um prazo ou fora de certos período, a título de exemplo o art. 60, § 1º da Constituição de 1988<sup>32</sup> (FERRAZ, 1992, p. 10).

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1992), apresenta uma análise sobre as possibilidades de modificação da Constituição, que pode contribuir para o nosso estudo sobre a maneira de atuar da Suprema corte brasileira em relação aos limites de seu próprio poder, que de maneira inequívoca se encontra expresso nos seguintes dispositivos: art. 102, incisos, parágrafos e alíneas, art. 103-A e parágrafos e art. 103-B, incisos e parágrafos da Constituição de 1988, todos que delimitam expressamente a competência constitucional do STF. Após apresentar a forma e o conteúdo para se realizar uma modificação constitucional, como foi descrito nos parágrafos anteriores, ela passa a abordar o que ela denomina de “mutações inconstitucionais” (FERRAZ, 1992, p. 11).

As modificações constitucionais serão inconstitucionais, quando alterarem: i) o processo de atuação do Poder Constituinte Originário; ii) os limites pré-fixados pelo Constituinte Originário; iii) a “ideia de direito” e os princípios fundamentais positivados na Constituição original. Estes, por sua vez, poderão, segundo Ferraz (1992), deflagrar as seguintes situações: a) a reforma constitucional não vinga, por inconstitucionalidade, mediante declaração eficaz do órgão de controle de constitucionalidade – no caso, o Supremo Tribunal Federal; b) a modificação constitucional pode subsistir, desde que conte com apoio político e jurisdicional, neste caso, após o exercício do controle de constitucionalidade do órgão competente, leia-se o STF. Nesses casos, Ferraz (1992) ressalta que, na realidade, se trata do surgimento de uma nova Constituição e não de

---

<sup>31</sup> BRASIL, Constituição Federal da República de 1988. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direito, secreto, universal e periódico; III – a separação de poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

<sup>32</sup> BRASIL, Constituição Federal da República de 1988. Art. 60, § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

uma modificação em termos de emenda ou revisão constitucionais, principalmente se ocorre alteração em todo o texto (1992, p. 11). A ordem anterior é suplantada pela nova Constituição, restando da ordem político-jurídico antecedente apenas o que, com a nova Constituição, for compatível.

É apresentada por Ferraz (1992), ainda, outra situação bem pertinente ao tema da tese:

c) a modificação, embora parcial, subsiste, porquanto infirmada pelos controles cabíveis, mas não altera e nem modifica a Constituição em sua essência ou globalidade, pelo que persistirá como anomalia constitucional, como mutação inconstitucional da Lei Maior, podendo ser questionada diante desta (FERRAZ, 1992, p. 11).

Através do trabalho analítico de Ferraz (1992), que objetiva discorrer sobre a possibilidade de revisão constitucional, podemos ver surgir pontos a serem explorados na análise do comportamento do Supremo na atualidade. Como questões da seguinte ordem: quem pode promover modificações na Constituição? Neste caso, não podemos nos esquecer de Peter Häberle (1997), que propõe uma interpretação pluralista da constituição – uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição; quando o Supremo altera o texto constitucional ele estaria afrontando o poder constituinte originário, que como afirma Ferraz (1992) se encontra em estado “permanentemente latente” (1992, p. 9), por quê? A atuação do Supremo na atualidade tem violado o processo de modificação da Constituição previsto nela própria? O Supremo tem ultrapassado os limites fixados pelos constituintes originários, a exemplo da cláusula pétrea que garante que determinados dispositivos não serão objeto de deliberação nem “tendente” a abolir, “a separação dos Poderes”, tal como disposta no art. 60, § 4º, inc. III da Constituição de 1988?

Como vimos, no julgamento da Reclamação 4.335/AC, foi cogitada a tese de conceder “eficácia *erga omnes* a decisões em controle difuso, independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo” (AMARAL JR., 2014, p. 1). Essa tese polêmica, no entanto, teve outro final. Por fim, o Supremo decidiu a Reclamação deferindo o pedido, todavia, contra a tese defendida por Gilmar Mendes e com base em outro fundamento: “a superveniência de uma súmula vinculante (a de n. 26) sobre o assunto de fundo agitado na Reclamação” (AMARAL JR., 2014, p. 1). Decisão que nos faz lembrar Barry Friedman (2009) quando este percebeu que a Suprema Corte vem

procurando um ponto de equilíbrio com a opinião pública, como em um casamento, em razão de manter a confiança na instituição e sua própria autoridade. Talvez, mesmo que por caminhos tortos, pois o Supremo, para pôr fim à Reclamação 4335/AC<sup>33</sup>, fez retroagir uma súmula vinculante n. 26, editada em 23.12.2009, conforme ficou decidido pelo voto do ministro Teori Zavascki, em 26.03.2014 (BRASIL, STF, 2014).

Vale destacarmos que a suspensão senatorial só encontra aplicação em ações de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, cabendo ao Senado a “faculdade” de suspender ou não a lei que foi declarada inconstitucional pelo Supremo, no intuito de lhe dar efeito *erga omnes* (AMARAL JR., 2014, p. 3). Em relação às ações de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, é dispensado o acolhimento senatorial, pois o efeito *erga omnes* decorre naturalmente da decisão do Supremo, pois trata-se exclusivamente de “correção constitucional da própria lei” (AMARAL JR., 2014, p. 3), e não de um caso *inter partes*.

Carlos Horbach (2014), analisando outra ação, salienta que o Supremo Tribunal Federal vem se autoproclamando como Corte Constitucional destinada a guardar o texto da Constituição de 1988. Um dos traços característicos dos tribunais constitucionais, como vimos com Favoreu (2004), é a sua autonomia não se vinculando ao Poder Judiciário. Horbach (2014) lembra que Kelsen afirmava “que o órgão encarregado de exercer a jurisdição constitucional deve ser independente de ‘qualquer outra autoridade estatal’, inclusive do Poder Judiciário” (2014, p. 2). Supõe Horbach (2014) que “quando o STF se afirma como Corte Constitucional apresenta-se como estranho ao Poder Judiciário” (2014, p. 2). Como prova dessa sua suposição, Horbach (2014) verificou que nos julgados do Tribunal, quando o Supremo se intitula como Corte Constitucional, isso implica em um “movimento de descolamento entre o Poder Judiciário e seu pretense órgão de cúpula” (2014, p. 2), tal como se deu no “Mandado de Injunção 708 (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 31/10/2008), por meio do qual o Supremo instaurou um regime jurídico genérico para a greve dos servidores públicos” (HORBACH, 2014, p. 2). E também em decisões que admitem a manifestação de *amici curiae*<sup>34</sup> em processos de controle abstrato de constitucionalidade (2014, p. 2), através do qual o “tribunal busca a articulação de um consenso legitimador de suas decisões” (2014, p. 2). Isso porque, as

---

<sup>33</sup> Anexo C. Reclamação 4335/AC. Acórdão de 20/03/2014.

<sup>34</sup> *Amicus Curiae*. “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestarem nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia judicial. Não são partes; atuam como interessados na causa. Plural: *amici curiae*. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

decisões do tribunal passaram a ser “gerais e abstratas”, necessitariam da mesma “legitimação que caracteriza as decisões *gerais e abstratas* tomadas pelo Poder responsável pela construção do consenso, qual seja, o Legislativo” (HORBACH, 2014, p. 2). Atuando “em função análoga” à do Parlamento, o Supremo busca legitimidade através do *amici curiae* e das audiências públicas.

Segundo Horbach (2014, p. 3), apesar de o Supremo vir se afastando de sua posição como órgão de cúpula do Poder Judiciário, quando o fez agiu “principalmente, na defesa de questões institucionais suas e na defesa dos interesses corporativos da magistratura” (2014, p. 3), tendo notado Horbach (2014) que essa expressão “órgão de cúpula do Poder Judiciário”, nos últimos anos foi utilizada “num único julgado em destaque” (2014, p. 3). Trata-se “da ADI 3.367 (rel. min. Cezar Peluso. DJ de 22/09/2006), por meio da qual a AMB” – Associação dos Magistrados do Brasil, “questionou a constitucionalidade da criação, pela EC 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça” (2014, p. 3).

Conforme Horbach (2014) destacou da decisão nessa ADI<sup>35</sup>, a criação de um “órgão de controle do Poder Judiciário não afeta a separação de poderes, mas o poder do Conselho não se aplica ao próprio STF”<sup>36</sup> (2014, p. 4). Destaca, ainda, Horbach (2014) que a “redação do art. 103-B<sup>37</sup> não permite, com o devido respeito, essa conclusão”, todo o Poder Judiciário se submete ao controle do CNJ.

Disso resulta um paradoxo, o Supremo Tribunal Federal, exercendo função típica, “julgando uma ação direta, atribui-se a condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, exatamente para afirmar que não é Poder Judiciário para fins de fiscalização do Conselho Nacional de Justiça” (2014, p. 4). Eis aqui:

---

<sup>35</sup> Anexo D. ADI 3367/DF. Acórdão de 17/03/2006.

<sup>36</sup> Destaca-se da Ementa da ADI 3.367: “4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. *Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal.* Preeminência deste, como *órgão máximo do Poder Judiciário*, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra “r”, e § 4º, da Constituição. *O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito*”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006, grifos nossos).

<sup>37</sup> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: § 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

a decretação expressa de sua libertação, de sua autonomia em relação ao Poder Judiciário, que continua – como Poder do Estado – submetido ao CNJ. Ou seja, a retórica do ‘órgão de cúpula’ serviu exatamente para afirmar uma característica do modelo clássico do Tribunal Constitucional, sua autonomia em relação à jurisdição ordinária (HORBACH, 2014, p. 4).

Por consequência desse entendimento, que partiu do próprio Tribunal, de que ele não é pertencente ao Poder Judiciário, sendo que este compõe um dos poderes do Estado junto ao Executivo e ao Legislativo, o Supremo Tribunal Federal “decidiu” que ele é um poder que se encontra fora de qualquer um dos poderes do Estado, o que resulta em sua total autonomia frente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo e, por essa decisão, também, fora do Poder Judiciário. Essa decisão reconfigura o Supremo no quadro comparativo elaborado no capítulo três, a autoridade para a revisão judicial não mais se prende ao Judiciário, conforme o modelo estadunidense, mas também, não se vincula ao Legislativo, como o modelo europeu. Mas, essa decisão, também, altera a sua configuração na separação entre os Poderes.

Defendem Tavares et al. (2008) a tese de que:

o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, no sentido acima adotado [recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes], vem redefinindo os limites de sua própria *competência* jurisdicional, alcançando *áreas e temas* que talvez não contivessem no *traçado inicial da Constituição*, alterando, assim, seu próprio *peso no concerto político da relação entre os Poderes* (TAVARES et al., 2008, p. 7717, grifos nossos).

A nossa tese vai um pouco mais além, a autonomia do Supremo foi pretendida pelo constituinte de 1987, diante de uma longa história de regimes de força no país, a Constituição de 1988 é o reflexo desse desejo, concedeu ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardar a Constituição. Entretanto, o Supremo já não se contenta mais em ampliar a sua competência para tratar de áreas e temas que o constituinte originário não planejou. As decisões da Corte, como pudemos ver na Reclamação 4.335/AC e ADI 3.367, servem para demonstrar que ela implementa mudanças, não mais como perceberam Tavares et al. (2009), no sentido de alterar seu peso na relação entre os Poderes, como o Poder mais proeminente do Estado. Entendemos que a Corte tem tentado se colocar fora dos Poderes do Estado. Ela própria na decisão da ADI 3.367 afirmou não pertencer mais ao Judiciário, órgão ao qual sempre pertenceu e nem se

deslocou para os outros dois Poderes do Estado. Essa atuação do Supremo não parece se enquadrar em nenhum dos índices de Marshall, nem das categorias de Kmiec sobre ativismo judicial. Uma nova modalidade de Poder está sendo lentamente construída pelo Supremo, onde chegaremos? O tempo nos dirá. Talvez devêssemos concordar com Aliomar Baleeiro (1968), agora com nova roupagem: o Supremo “ainda” esse outro desconhecido ou com Ingeborg Maus (2000) o Supremo no Brasil seria um “monarca absoluto”?

## CONCLUSÃO

Objetivamos, no decorrer desta pesquisa, investigar o Supremo Tribunal Federal brasileiro, tendo como questão básica a sua autonomia. Partimos, primeiramente do problema – qual é a autonomia do Supremo? Quem decide sobre ela afinal? O Congresso ou o próprio Supremo? Ou o Executivo?

A nossa hipótese básica é a de que existe uma grande diferença entre o Supremo Tribunal Federal, antes e depois da Constituição de 1988. Procuramos explorar, inicialmente, o seguinte ponto: entender como se dava a participação do Supremo nos conflitos sociais, econômicos e políticos, e, ainda, na garantia dos direitos frente aos demais poderes da República, desde a sua criação até 1968.

Especificamente, para desenvolver esta pesquisa, que tem por questão central a autonomia do Supremo, centralizamos primeiramente nosso foco em um conhecimento da autonomia e independência do Supremo Tribunal Federal, desde a sua formação, em 1891 até a Constituição de 1988, através do relato de vários julgamentos marcantes desse período; em um segundo momento, tivemos por objetivo compreender como o constituinte conformou a Constituição de 1988 e delimitou o papel do Supremo Tribunal Federal. Nesse percurso, uma terceira ação era necessária: comparar diferentes modelos de Tribunais constitucionais, concedendo destaque aos que maior influência exerceram na conformação do Supremo; em um quarto momento, procuramos compreender como a teoria estadunidense e a alemã podem contribuir para a nossa análise, de maneira a lançar luzes ao nosso debate e, por fim, verificar como as teorias nacionais têm entendido o comportamento do Supremo na contemporaneidade.

As razões que nos levaram a esta investigação decorrem da ênfase dada ao papel do Supremo Tribunal Federal pela Constituição da República de 1988 – como o guardião da Constituição, que ampliou as possibilidades de vida democrática no país; o destaque nos meios de comunicação, quando a Corte julga grandes causas e as discussões teóricas sobre o desempenho do Tribunal, tanto na esfera da filosofia política, quanto na esfera jurídica. Todavia, existe um problema que se manifesta em dois planos: um de ordem prática e outro de ordem teórica a envolver o Supremo. Na ordem prática, constatamos que as decisões do Supremo têm indicado que ele não mais corresponde ao seu modelo original de 1891, tendo surgido um novo Supremo concomitantemente à nova Constituição de 1998, um modelo, em princípio, desejado pelo constituinte. Todavia, o Supremo parece navegar ao sabor das suas próprias ondas

e vem mostrando, em algumas decisões, que intenciona se distanciar do modelo criado em 1988, chegando mesmo a transformá-lo. Na órbita teórica, o problema que nós detectamos relaciona-se à falta de uma única resposta capaz de explicar o comportamento do Supremo. O debate pende de um extremo a outro, ora balança para a direita, ora para a esquerda, mas todas as teorias examinadas dão centralidade às cortes constitucionais, seja nos Estados Unidos, seja na Europa e mesmo no Brasil. Posição que confirma uma tendência do protagonismo judicial que Tate e Vallinder denominaram de judicialização da política. No Brasil, como constatamos especialmente nos capítulos dois e cinco, o mesmo fenômeno de judicialização da política foi registrado, pois o protagonismo judicial apresenta as mesmas características identificadas por Tate e Vallinder.

Tentamos, inicialmente, conhecer o perfil do Supremo em seus anos iniciais, com a Proclamação da República, em 1889 e o advento da Constituição de 1891. Demonstramos, pelos registros históricos desse período, realizados minuciosamente por Rodrigues (1965/1968/1991/2002), os quais procuramos sintetizar, que o Supremo Tribunal Federal foi forjado aos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos, país de longa tradição democrática, cujo regime jurídico segue a tradição anglo-saxã – *common law*. E na procura de dar feição a Corte brasileira à semelhança desse modelo, a influência de Rui Barbosa foi decisiva para a consolidação da Corte. Com Rui Barbosa, o Supremo passou, mesmo que timidamente, a exercer o papel destinado a ele pela Constituição de 1891, com a possibilidade de frear os abusos do Estado e as vontades do Parlamento.

Pela sintética narrativa histórica empreendida no primeiro capítulo, verificamos que, no Brasil até o advento da Constituição da República de 1988, em sua grande maioria os conflitos políticos e sociais se resolviam sucessivamente pelas forças militares, o Judiciário e o sistema legal não eram vistos como reservas democráticas da sociedade, mas campo de lutas e conflitos ou como um território estranho e afastado da vida democrática. Nessas circunstâncias, cabia ao Supremo um papel secundário no jogo político e na vida da população e de seus agentes.

Verificamos a construção do papel político-institucional do Tribunal. A cada *habeas corpus* concedido, mais se fortalecia o Supremo. A Corte ao deliberar a favor das garantias das liberdades civis, ou seja, concedendo a ordem, desfaziam-se os atos discricionários e autoritários emanados pelo Executivo ou Parlamento. Nesse sentido, começa a ser fortalecido o seu poder e, paralelamente, a sobrevivência da República, de

forma que contra o autoritarismo dos anos iniciais da República, o Supremo foi uma instituição que contribuiu, mesmo que de forma débil, com a sobrevivência da República.

Desse período, deve ser destacado o desempenho mais marcante na história do Supremo Tribunal que foi a *criação* brasileira da Doutrina do *Habeas Corpus*, que vigorou até 1926 (RODRIGUES, 1991). O fim da doutrina brasileira do Habeas Corpus representou o fim de um “fértil e criativo” instrumento que teve seu uso ampliado para a proteção de direitos para além do direito de locomoção – que foi o seu sentido original. Com o término dessa doutrina, o poder e a autonomia de ação do Supremo sofreram um duro golpe e os direitos e a República sofreram com isso uma grande perda.

Por essa síntese da trajetória percorrida pelo Supremo até 1968, vimos que poucos foram os momentos em que o país buscou, no Direito, um fundamento para a vida política e social brasileira. As raríssimas exceções ocorreram nos anos iniciais da República, até 1926, quando Rui Barbosa impulsionou a Corte brasileira na defesa das liberdades civis, momento de extrema criatividade do Supremo Tribunal. De todo o modo, a instituição avançava, a cada *habeas corpus* concedido mais ela se fortalecia. Por esses fatos, nesses anos iniciais, a contribuição do Supremo nos permite afirmar que ocorreu uma verdadeira grande virada, ainda incipiente, sem dúvida, mas que colocou o Tribunal, através de sua interpretação constitucional, a promover um desequilíbrio entre as forças políticas do Estado, o que durou até 1926.

A nossa hipótese básica foi, portanto, comprovada. Apesar das ações do Supremo em busca de sua autonomia, poucos foram os momentos em que o Direito se caracterizou como um fundamento para a vida política e social brasileira, pelo menos até o fim do regime autoritário, nos anos de 1980. As questões sociais não eram resolvidas pela Constituição e nem pelos direitos, mas pelo poder político e pela força. O Judiciário e o sistema legal não eram vistos como reservas democráticas e ao Supremo coube um papel secundário. Apesar disso, o Supremo, procurando firmar sua autonomia, sob a inspiração de Rui Barbosa, foi em seus anos iniciais, uma instituição que em muito colaborou com a formação da República.

Um segunda hipótese que se relaciona com a hipótese básica se refere à possibilidade de a Constituição de 1988 ter se transformado no horizonte necessário da democracia brasileira, que tem no Supremo Tribunal Federal o seu mais independente defensor. A resposta a essa mudança rumo à consolidação da democracia deveria surgir da necessidade de dar concretude aos direitos e garantias constitucionais que passaram a

ter grande amplitude. O constituinte não tratou de esboçar um papel pré-definido para o Supremo, pois a sua missão dentro do quadro constitucional, precipuamente é “guardar a Constituição”, uma Carta política com uma ampla gama de direitos, denominada pelo constituinte Ulisses Guimarães (ATA, 1987) de “constituição cidadã” e pelos juristas de “constituição dirigente” (SILVA, 2002). Não basta apenas garantir direitos, pretendeu o constituinte de 1987, é preciso concretizá-los e diante das omissões e da vontade política do Executivo e do Legislativo, o órgão incumbido dessa importante missão passou a ser o Supremo Tribunal Federal. De modo que a existência democrática do povo brasileiro, tal como consta na Constituição, não pode mais ficar a depender da vontade política dos poderes representativos competentes. A Constituição impõe ao Tribunal o dever de dar respostas às demandas que lhe são formuladas, tal como foi desejado pelo constituinte de 1987, o Supremo passou a desempenhar um papel protagonista.

Inegável é a brutal mudança no papel da corte após o advento da Constituição de 1988, quando se compara ao papel que foi efetivamente exercido antes. O fim do regime autoritário, a promulgação da Constituição e mudanças drásticas na organização da sociedade brasileira possibilitaram a ampliação da vida democrática no país, destinando ao Supremo um novo papel, muito diferente daquele que a história da Corte anteriormente registrara.

Se a Constituição de 1988 transformou-se no horizonte necessário da democracia, o protagonismo historicamente desconhecido do Supremo entre nós não existe mais, o Supremo encarregado de interpretar permanentemente a Constituição foi conduzido a um papel de destaque.

Não obstante, existem argumentos plausíveis, por outro lado, de que o Supremo quer aumentar o seu próprio poder, inclusive até mesmo alterar a Constituição. Essa é a dinâmica de um jogo de forças, de um lado, o Supremo demarcando o seu lugar perante o puro jogo político do Congresso e do Executivo, tal como era a pretensão do constituinte de 1987, um órgão com força suficiente para desenvolver a democracia; de outro, o Supremo superando os limites estabelecidos pelo mesmo constituinte, concedendo decisões referidas “aparentemente” pelo menos à Constituição, tal como tivemos oportunidade de destacar com base no trabalho desenvolvido por Machado (2008), que analisou os Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712. Ou mesmo com Vianna et al. (1999/2002) ao examinarem o fenômeno da judicialização da política no Brasil.

No capítulo três, objetivamos realizar um relato sobre os modelos de cortes constitucionais que maior influência exerceram na conformação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, demos destaque à Suprema Corte estadunidense e o Tribunal Constitucional Federal alemão. Confirmamos a hipótese de que o Supremo possui uma confirmação *sui generis* entre os tribunais constitucionais, tal como foi pretendida pelo legislador constituinte, que manteve o Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, tal qual o modelo estadunidense e, ao mesmo tempo, como Corte Constitucional, que realiza o controle concentrado de constitucionalidade, próprio do modelo europeu. Procuramos desenvolver um quadro comparativo para facilitar nossa compreensão sobre a inserção do Supremo como Corte Constitucional e definir sua posição independente e autônoma dos demais poderes do Estado. Concluímos que o Supremo, pelo desenho dado pela Constituição está no topo do Poder Judiciário e, por esse fato, pode ser chamado de Tribunal ou Corte Suprema. Mas, como foi decidido na Constituinte em 1987, adquiriu autonomia administrativa e orçamentária. Além disso, atua como corte constitucional por ter a atribuição de ser o guardião da Constituição, podendo também ser chamado de corte constitucional em virtude de sua competência. Apesar de Favoreu (2004) caracterizar como corte constitucional aquela que foi criada especialmente para exercer jurisdição constitucional, “situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”.

As características do Supremo, próximas ao modelo estadunidense e ao modelo alemão, o colocam em posição que o distingue de qualquer dos modelos propostos por Ferejohn e Pasquino (2001). Mas essa distinta posição entre as demais cortes constitucionais e supremas analisadas e a possibilidade de exercer as atribuições de ambos os modelos, por outro lado, representam o germe de um poder insuperável em contínua mutação.

As teorias que procuramos sintetizar, no quarto capítulo, objetivam iluminar o debate sobre a independência e o limite das cortes constitucionais. Iniciamos pelos teóricos estadunidenses. Primeiramente, com Dworkin (2005/2006), que procura discutir os limites políticos da atuação jurisdicional. Segundo Dworkin (2005), os argumentos de política têm por objetivo o bem estar geral e os argumentos de princípios baseados em direito, visam os particulares. A Suprema Corte, de acordo com Dworkin (2005), deve atuar no vácuo legislativo. Na revisão judicial, a Corte realiza mudanças no direito e nos costumes estadunidenses. Dessa forma, como um fórum de princípios,

os juízes devem atuar para que os direitos sejam prevalecentes contra a vontade da maioria.

Em outro momento, Dworkin (2006) defende a leitura moral da Constituição, mas a interpretação judicial, que se baseia nela, deve ser disciplinada pela ‘integridade constitucional’. A leitura moral, explicou Dworkin (2006), trata-se de uma teoria de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou lidos. O caso *Roe v. Wade* decido pela Suprema Corte, em 1973 e o polêmico precedente no caso posterior *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey*, em 1992, especificam exatamente a cultura político-jurídica estadunidense e apontam, a nosso ver, a diferença entre as atuações dos juízes da Suprema Corte norte-americana e dos juízes do Supremo Tribunal Federal como ficou demonstrado no julgamento da Reclamação 4.335/AC e ADI 3.367.

No segundo caso, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1992, evidenciaram-se junto à decisão pontos que consideramos de extrema relevância, porque confirmam a distinta cultura dos Estados Unidos em relação ao Brasil. Por essa decisão, salientamos as seguintes características distintivas da Suprema Corte: i) a capacidade da Corte em reafirmar o seu próprio poder na composição do Estado, pelo fato de não ceder à forte pressão do Executivo; ii) a sua autoridade perante a opinião pública, pois não desconsiderou ou anulou o precedente anterior, mesmo diante de muita pressão externa; iii) e, além disso, preservou o sistema jurídico estadunidense, que envolve o respeito ao *stare decisis*; por fim, diante dessas observações, a sua autonomia e o simbolismo de sua autoridade.

Rawls (2011), ao sustentar que cabe à Suprema Corte ser um modelo de razão pública, salientou que ela deve fundamentar suas decisões, não sendo aceito qualquer juízo que reflita a moralidade pessoal do juiz, pois a “Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é” (2011, p. 281). Dworkin (2005/2006) estabeleceu, em seu trabalho, a distinção entre os tipos de argumento de procedimento político e do princípio político, como uma tentativa de estabelecer o limite da Suprema Corte e Rawls (2011), do mesmo modo, afirma que o poder da Suprema Corte está limitado pela vontade popular, argumento também sustentado por Friedman (2009).

Habermas (2003) salientou que a jurisdição constitucional é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes. Reconhece que toda a interpretação de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei. E levantou a questão se uma interpretação voltada para as normas substanciais não abriria “ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente”, que deveria estar reservada ao legislador democrático, na lógica da separação de poderes. Segundo Habermas (2003), um tribunal constitucional ganha em legitimidade quando “se deixa conduzir para uma compreensão constitucional procedimental”, conduzida pela lógica da argumentação. O tribunal deve decidir a favor de uma jurisprudência “ofensiva”, que dizer objetivando o respeito ao procedimento democrático, bem como a forma deliberativa da opinião e da vontade. Para Habermas (2003), o limite da Corte deve ser o procedimental, através da teoria da argumentação entre os atores envolvidos.

Nos teóricos norte-americanos, que destacamos quando examinam o comportamento da Corte e sua independência, reaviva-se o debate de Ferejohn e Pasquino (2001), que entendem que a Suprema Corte é uma instituição deliberativa. O caso *Roe v. Wade* e confirmam a hipótese de que a Suprema Corte possui uma grande independência e autonomia perante o Executivo e o Legislativo. Mas, como vimos com Friedman (2009), também com Dworkin (2005/2006), a opinião pública é que exerce um grande controle sobre a corte. O exemplo do caso *Parenthood* confirma a forma do povo deliberar através da corte, podendo, inclusive, alterar um precedente, em princípio imutável. Talvez a forma mais clara e firme de deliberação não seja em relação ao Congresso ou ao Executivo, mas à opinião pública, à tradição jurídica e consequentemente à autoridade da própria corte. A corte é muito vigiada e estudada e evita desviar-se do apoio popular, como diz Friedman (2009), sem o apoio popular ela cai.

Esses debates teóricos sobre a atuação das cortes constitucionais realizados com profundidade por Dworkin (2005/2006), Rawls (2011) e Habermas (2003), apontam para a complexidade do problema da autonomia e independência das cortes constitucionais em relação aos demais poderes do Estado. Constatamos o receio de que essa atuação possa interferir em questões políticas, invadindo a esfera de competência dos demais poderes, mas também uma insistência na autonomia e na autoridade dessas cortes. Essas discussões comprovam que o debate sobre o tema que envolve cortes constitucionais, constituição e sociedade é interminável. Principalmente diante de uma

sociedade complexa e do fato de que as instituições representativas tradicionais estão em crise em todo o Ocidente, e também entre nós.

Por isso, o tema judicialização da política e ativismo judicial, quando analisamos o seu emprego no Brasil, verificamos que a sua aplicação no país encontrou um campo fértil, seja por conta da arquitetura da Constituição de 1988, seja pela própria conduta dos ministros do Supremo em alguns julgados. A descrição de Tate e Vallinder (1995), Werneck Vianna et al. (1999/2002) e Hirschl (2013) sobre o fenômeno da judicialização da política nos serviu para comprovar que a judicialização já vem sendo registrada há tempos no desempenho do Supremo, casos como: ações afirmativas, união homoafetiva, células-tronco embrionárias etc., são exemplos. De outro lado, o ativismo judicial, fenômeno de difícil conceituação, como afirmam Marshall (2002) e Kmiec (2004). Estes estabeleceram critérios para facilitar a identificação do ativismo. A literatura nacional, como Valle et al. (2012), tende a identificar o ativismo pelo índice de Marshall (2002), indicando como a “recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”. Para nós, o ativismo no Brasil, apesar da possibilidade de enquadrar a conduta judicial nos índices e categorias estabelecidos por Marshall (2002) e Kmiec (2004), está mais próximo da ideia da conduta judicial que, utilizando-se de argumentos jurídicos, das garantias e direitos constitucionais e de instrumentos constitucionais, o intérprete passa a realizar um ato particular de vontade, conseguindo, inclusive através desses parâmetros, promover alterações imperceptíveis ao leigo, na Constituição, na legislação infraconstitucional e nos limites de seu próprio poder. Essa conduta, o constituinte de 1987 não poderia prever.

A Reclamação 4.335/AC (BRASIL, 2014) nos serviu para demonstrar o exercício dessa vontade, que foi afirmada no voto do relator Gilmar Mendes e do ministro Eros Grau. Caso a decisão final contasse com o apoio da maioria dos ministros, ocorreria uma mutação constitucional, mas com a violação de vários dispositivos constitucionais, inclusive cláusula pétreia, vindo afetar diretamente, pela simples vontade a atribuição do poder competente, seja o legislador constitucional original ou derivado. Como disse Dworkin (2006), ao defender a leitura moral da Constituição, “a interpretação judicial que se baseia nela deve ser disciplinada pela ‘integridade constitucional’”. Portanto, não podemos acusar o Supremo de ter realizado uma leitura moral da Constituição.

A ADI 3.367 nos serviu de exemplo por confirmar que o Supremo, discretamente, utilizando-se de argumentos jurídicos, tem objetivado ampliar seu próprio poder. Nessa ADI, a Corte afirmou que a criação do CNJ – Conselho Nacional, de Justiça, criado pela Emenda n. 45/2004, órgão de controle do Poder Judiciário, não interfere na separação de poderes, mas que o poder do CNJ não se aplica ao STF. A doutrina percebeu que com essa decisão o próprio Tribunal decidiu que ele não pertence ao Poder Judiciário, este que compõe um dos poderes do Estado, passando com a decisão ter total autonomia diante ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e, até mesmo, ao Poder Judiciário.

Essa decisão comprova a total autonomia do Supremo Tribunal Federal no país, que não encontra limites para as suas ações em nenhum dos poderes que compõe a República, a partir dela o Tribunal passou à categoria de uma jurisdição especial, mais próxima do modelo alemão. Essa decisão impõe a reconfiguração do Supremo no quadro comparativo estabelecido no capítulo três. Mas, acima de tudo, serviu para demonstrar que o Tribunal, tal como a análise de Ingeborg Maus (2000) sobre o Tribunal Federal Constitucional alemão, tratou de se esquivar de qualquer possibilidade de mecanismo de controle social, menosprezando qualquer limitação constitucional, da mesma forma como suas decisões “aparentemente” se referem à Constituição e sim aos valores e princípios por ele próprio desenvolvido. Atua, assim, o Supremo menos como “guardião da Constituição” do que garantidor de seu repositório jurisprudencial.

Por fim, concluímos que falar que o Supremo é um Tribunal ativista pode significar pouco.

A nossa tese pretendeu ir um pouco mais além. A autonomia do Supremo foi pretendida pelo constituinte de 1987, diante de uma longa história de regimes de força no país, a Constituição de 1988 é o reflexo desse desejo, concedeu ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardar a Constituição. Entretanto, o Supremo já não se contenta mais em ampliar a sua competência para tratar de áreas e temas que o constituinte originário não planejou. As decisões da Corte, como pudemos ver na Reclamação 4.335/AC e ADI 3.367, servem para demonstrar que ela implementa mudanças, não mais, como perceberam Tavares et al. (2009), no sentido de alterar seu peso na relação entre os Poderes, como o Poder mais proeminente do Estado. Entendemos que a Corte tem tentado se colocar fora dos Poderes do Estado em busca de maior autonomia. Ela própria na decisão da ADI 3.367 afirmou não pertencer mais ao Judiciário, órgão ao qual sempre pertenceu. Essa atuação do Supremo não parece se enquadrar em nenhum

dos índices de Marshall, nem das categorias de Kmiec sobre ativismo judicial. Uma nova modalidade de Poder está sendo lentamente construída pelo próprio Supremo. Onde chegaremos? O tempo nos dirá. Talvez devêssemos concordar com Aliomar Baleeiro (1968), agora com nova roupagem: o Supremo “ainda” esse outro desconhecido ou mais com Ingeborg Maus (2000) e seu monarca absoluto – o Supremo como “*legibus solutus*”.

Acreditamos ter respondido às questões levantadas inicialmente: qual é a autonomia do Supremo? Quem decide sobre isso finalmente? O próprio Supremo ou o Congresso? Ou o Executivo?

Todo o debate em torno do Supremo Tribunal é um debate sobre a distribuição de poder. De poder secundário a um poder com absoluta autonomia. Este é um debate que vai sempre acontecer e não vai terminar agora e com o qual esperamos singelamente ter podido contribuir ao tentar mostrar a drástica mudança na autonomia do Supremo ao longo dos anos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Revalorização do artigo 52, inciso X da Constituição*. Conjur, 20 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-20/analise-constitucional-revalorizacao-artigo-52-inciso-constituicao>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luiz Roberto. Entrevista ao UOL. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 dez. 2013.

BEZERRA, Elton. *Quatro ministros votam pelo fim das doações de empresa*. ConJur, 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/roberto-barroso-quarto-voto-fim-doacoes-eleitorais-empresas>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

BRASIL. Congresso. Senado. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de comissões) 3. *Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo: 3c. Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público. Ata da 7ª Reunião Extraordinária realizada no dia 28/04/1987. Brasília, DF, 1987. Disponível em: <[www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/3c-SUBCOMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/3c-SUBCOMISSÃO_DO_PODER_JUDICIÁRIO.pdf)>. Acesso em: 16 de mar. de 2013.*

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Constituição (2014). *Constituição Federal da República de 1988*. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10.11.1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.html)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.367*. Ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094652&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 410. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfconhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC410.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto do ministro Teori Zavascki na Reclamação 4.335/AC*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263396>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Acórdão em 22.10.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf>>. Acesso em: 23 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico*. Apresentação de Nelson Jahr Garcia. 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>06.06.2008./<<http://www.biblioteca.digipuc-campinas.edu.br/services/ebooks/FranciscoCampos-1.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2014.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de; VIANNA, Luiz Werneck. *República e Civilização brasileira*. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa. 3.0. São Paulo :Ed. Objetiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDES, Ricardo V. de C. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Confluências, v. 12, n. 2, Niterói: PPGSD-UFF, out. 2012, p. 106-128. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/121>>. Acesso em: 28/05/2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A revisão constitucional no Brasil*. In Revista Informativa Legislativa. Brasília, n. 29, n. 114, abr/jun – 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176072/000472898.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale (2001). *Deliberative institutions department of politics*. Disponível em: <<http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/4758/ferejohn.pdf>>. Acesso em 08 de out. 2013.

FREITAG, Bárbara. Receita para ler Habermas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/4/30/mais!/19.html>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinions has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução: Francisco Aragão. Introdução Paul Ricouer. Lisboa: Éditions Odile Jacob, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2. ed., Trad.: Flávio Beno Siebeneischler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo: 1. racionalidade da ação e racionalização do social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Mendes. reimp. 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo (2009). Disponível em <<http://www.Bibliotecadigital.fgv>>Página inicial>Vol. 251 (2009)>Hirschl>. Acesso em: 27 jun. 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal: 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaopublicacaoainstitucionalmemoriajurisprud/anexo/pedrolessa.pdf>>. acesso em: 27 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Observatório Constitucional. 22 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br?2014-mar-22/observatorio-contitucional-e-preciso-definir-a-funcao-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

JORGE JR. Nelson. *O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. 2008. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4208171U6>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

KMIEC, Keenan D. *The origin and Current Meanings of Judicial Activism*. 92. Cal. L. Rev. 1441 (2004). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LEMOS, Renato. *Justiça Militar e Ordem Republicano no Brasil: da linha de comando à defesa do Estado (1889-1895)*. Usos do Passado – Anpuh – XII Encontro Regional de História. 2006. Disponível em: <[http://www.ufcs.ufrrj.br/~lemp/imagens/textos/Justica\\_Militar\\_e\\_ordem\\_republicano\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.ufcs.ufrrj.br/~lemp/imagens/textos/Justica_Militar_e_ordem_republicano_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP Editora, 2009.

MACHADO, Joana S. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0535>>. Acesso em: 10 out. 2013.

MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism* (September, 2002). University of Colorado Law Review, vol. 73, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=330266>>. Acesso em: 05 set. 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad.: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p.183-202. nov. 2000.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. [Recurso Eletrônico]. 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/livrariasupremo/livraria.action](http://redir.stf.jus.br/livrariasupremo/livraria.action)>. Acesso em: 5 abr. 2014.

MENDES, Gilmar. *'Ativismo' do STF foi resposta ao esquema do mensalão, diz ministro*. Folha de São Paulo, São Paulo, p. A10, 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

POGREBINSCHI, Tamhy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTO, Walter Costa. *Constituição Brasileira – 1937*. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v4\\_1937.pdf?sequence=9](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Trad.: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Defesa das Liberdades Cíveis (1891-1898), v. I, Tomo I, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

\_\_\_\_\_. *História do Supremo Tribunal Federal*. Defesa do Federalismo (1899-1910). v. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968.

\_\_\_\_\_. *História do Supremo Tribunal Federal*. Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1910-1926). v. III. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

\_\_\_\_\_. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV. v. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação"*. 2013. 166 f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação conforme a Constituição*. Revista Direito GV 3, v. 2, n. 1, p. 191-210/jan-jun. 2006.

\_\_\_\_\_. (2009). *Linhas de pesquisa*. 2. Interpretação constitucional. Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.direito.usp.br/docentes/estado/des\\_docentes\\_virgilio\\_afonso\\_linhas\\_01.php](http://www.direito.usp.br/docentes/estado/des_docentes_virgilio_afonso_linhas_01.php)>. Acesso em: 01/05/2014.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli. *A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança: Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, a 45, n. 177, jan/mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/160190>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

STRECK, Lenio L. *Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* CONJUR. Senso Incomum. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. acesso em: 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York and London: New York University Press, 1995.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os comparatistas*. In Revista de Informação Legislativa, a. 28 n. 109. Jan./mar. 1991. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175845>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília. 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *O espaço público e os intérpretes da Constituição*. In: Revista Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (50), 1997. Disponível em: <[http://www.download.rj.gov.br/documentos/.../Revista50Doutrina\\_pg\\_92\\_a\\_110.pdf](http://www.download.rj.gov.br/documentos/.../Revista50Doutrina_pg_92_a_110.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

VALLADÃO, Haroldo. *O judicialismo republicano e sua realização através da doutrina brasileira do "habeas corpus"*. Rev. Inf. Legisl. Brasília, a. 17, n. 67. jul./set. 1980. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181231/000390182.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) et. al. *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. 1 ed., 1ª reimpressão (2012), Curitiba: Juruá, 2009.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo "à brasileira"*. Revista Direito G. V. São Paulo, 4 (2)/p.407-440/Jul-Dez. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>. Acesso em: 13 mai. 2014.

VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf000046.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. Luiz Werneck. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Organizador: Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, José Ribas e DUTRA, Deo Campos. *O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana*. Revista NEJ – Eletrônica, v. 18, n.1, p. 51-62/jan-abr 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

XAVIER, Mariana Corrêa. *Limites da Interpretação Conforme a Constituição no Supremo Tribunal Federal*. CONJUR Consultor Jurídico, 18/05/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-18/observatorioconstitucional-limites-interpretacao-conforme-constituicao-stf>>. Acesso em: 04 fev. 2014.

## ANEXO A

HABEAS CORPUS n. 410<sup>38</sup>

ACÓRDÃO DE 12 DE AGOSTO

Vistos e expostos os presentes autos de petição de *habeas-corporis*, em que é impetrante o advogado Rui Barbosa, a favor do paciente Mário Aurélio da Silveira, imediato do Vapor – *Júpiter*, que acha-se, segundo consta ao impetrante, detido na fortaleza da Ilha das Cobras, onde o Governo o tem, sujeitando-o à mesma incomunicabilidade em que se achavam os outros passageiros civis e tripulantes do referido vapor e deixara o impetrante de contemplá-lo na primeira petição de *habeas-corporis*, já julgada, por falta de informações a esse respeito.

Concedem a requerida Ordem de *habeas corpus* e designam o dia 16 do corrente mês, às 10 horas da manhã para ser ele apresentado à barra do Tribunal e virem as informações sobre os motivos da prisão e conservação do paciente na dita fortaleza, fazendo-se todas as requisições precisas ao Governo, por intermédio do Ministério dos Negócios da Marinha.

Supremo Tribunal Federal, 12 de agosto de 1893.

- Freitas Henriques, P.
- Piza e Almeida.
- Macedo Soares.
- Ovídio de Loureiro.
- Faria Lemos.
- José Hygino.
- Bento Lisboa.
- Ferreira de Resende.
- Aquino e Castro.
- Barros Pimentel.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 410, de 12 de agosto de 1893.

## ANEXO B

HABEAS CORPUS n. 410<sup>39</sup>

ACÓRDÃO DE 16 DE AGOSTO

Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de petição de *habeas-corpus*, em que é impetrante o advogado Rui Barbosa, a favor do paciente Mário Aurélio da Silveira, imediato do Vapor *Júpiter* – que se acha detido na fortaleza da – Ilha das Cobras, onde o Governo o conserva, sujeitando-o à mesma incomunicabilidade em que se achavam os outros passageiros civis e tripulantes do referido vapor; resolve o Supremo Tribunal Federal proceder ao julgamento da mencionada petição, conquanto o Secretário de Estado de Negócios da Marinha não tenha prestado as informações que lhe foram exigidas nem expedido as ordens necessárias para ser o paciente apresentado perante o Tribunal no dia e horas marcadas e que lhe foram requisitadas por ofício de 14 do corrente, de acordo com as imperativas disposições do art. 343 e seguintes do Código do Processo:

E considerando:

Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país;

Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos ocorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra “a”, da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição Constitucional;

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 410, de 16 de agosto de 1893.

Que a não aplicação de um Decreto regulamentar ou ato legislativo a casos ocorrentes, sob o fundamento de inconstitucionalidade não importa a revogação do mesmo ato, a qual formalmente só pode competir ao Poder de quem ele emana;

Que, para firmar-se a competência do foro da Marinha, não podem ser invocadas as regras estabelecidas no Código Penal da Armada de 7 de março de 1891; porquanto o dito Código se funda no Decreto de fevereiro do mesmo ano que autorizou o Ministério da Marinha a reformar o primeiro Código da Armada de 5 de novembro de 1890, e uma tal autorização não tendo sido utilizada, durante o período do Governo Provisório e ditatorial, não podia mais sê-lo, como aliás o foi, no período constitucional;

Que, com efeito, o artigo 83 da Constituição manda somente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regime e, sendo um dos princípios fundamentais da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competência do Congresso para legislar, a autorização legislativa contida naquele Decreto caducou, *ex-vi* da promulgação da Constituição, faltando assim ao Código de 7 de março toda a base legal;

Que não vigorando também o primeiro Código Penal da Armada de 5 de novembro de 1890, indefinidamente suspenso pelo Decreto de 4 de fevereiro do ano seguinte, a competência do foro comum e a do foro especial militar se discriminam em face das disposições do Código Penal comum e das leis militares em vigor;

Que a lei n. 631 de 18 de setembro de 1851 é a única que, alargando o conceito do crime militar estritamente fixado pela provisão de 20 de outubro de 1834, declarou militar certos crimes cometidos por paisanos e sujeitou os delinquentes, ainda quando não seja militar, ao julgamento dos Conselhos de Guerra;

Que, segundo o art. 1º da mesma lei os paisanos sujeitos à justiça militar são somente os que no caso de guerra externa e no território, onde tiverem lugar as operações do exército, cometerem os seguintes crimes: - 1º espionagem; 2º sedução de praças que fazem parte das forças do governo, para que desertem para o inimigo; 3º sedução de praças que se levantem contra o Governo ou os seus superiores; 4º ataque dirigido contra as sentinelas; 5º penetrar nas fortalezas por lugares desfeitos; que o

paciente não pode ser compreendido em nenhum dos casos excepcionais mencionados no art. 1º da lei citada; porquanto, falta na hipótese a circunstância elementar do estado de guerra externa;

Que, além disto, dos cinco delitos ali declarados, dois os dos números 2 e 3 cessarão de ser militares quando cometidos por paisanos, ainda mesmo em estado de guerra externa.

Com efeito, o Código Penal comum prevê e define nos arts. 91, 92 e 93 os crimes de sedução de praças para deserção ou para se levantarem contra o Governo, em tempo de paz ou de guerra, e como o mesmo Código só compreende os crimes civis, segundo decorre do seu art. 6º, 1. *b*, segue-se que os paisanos acusados daqueles delitos ao podem ser processados e julgados no foro militar.

Que, assim, nenhum princípio ou regra de direito há, sobre que assente, no caso vertente, a competência do foro militar para tomar conhecimento do delito ou delitos imputados ao paciente; que, por outro lado, contra o paciente não prevalece a exceção estabelecida do art. 47 do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, que inibe o *habeas corpus*, quando a prisão é decretada por autoridade militar, nos casos de jurisdição restrita e contra os indivíduos da mesma classe ou de classe diferente, mais sujeitos a regimento militar; porquanto, não se dando caso de jurisdição restrita militar e não sendo o paciente militar nem pertencendo a classe sujeita a regimem militar; é manifesto, que não se verificam as condições do citado artigo 47;

Que, finalmente, a prisão militar e a incompetência de foro onde o paciente responde constitui constrangimento ilegal, nos termos do artigo 353 §§ 3º e 4º e do art. 18 da lei de 20 de setembro de 1871; e têm, portanto cabimento o *habeas corpus* conforme o preceito do art. 72, § 23 da Constituição, que manda dar sempre que alguém sofrer ou estiver em iminente perigo de sofrer coação ilegal;

Assim, deferem a petição de fls. 2 e mandam que se passe ordem de soltura a favor do paciente.

Custas *ex-causa*.

Supremo Tribunal Federal, aos 16 de agosto de 1893. – *Freitas Henriques, Presidente.*

- *José Hygino.*

- *Ovídio de Loureiro:* - vendido; não impugnando só a conclusão.

- *Pereira Franco.*

- *Piza e Almeida.*

- *Faria Lemos.*

- *Ferreira de Resende;* neguei a soltura do paciente: 1º porque tendo o detentor desobedecido à ordem do Tribunal a este o que cumpria, era dar as providências para que o comparecimento do mesmo paciente se efetuasse e só então é que eu o poderia soltá-lo ou não, art. 350 do Código de Processo Criminal combinado com os arts. 347 e segs. e segundo porque, não existindo informações de qualidade alguma, não me considerei habilitado para julgar, quando nem sequer tinha certeza se era o paciente militar ou não, arts. 351 e 352 do mesmo Código.

- *Bento Lisboa.*

- *Aquino e Castro,* de acordo na conclusão.

- *Macedo Soares.*

- *Barros Pimentel.* Não fui presente à aprovação do enunciado ou redação da sentença; sou, porém, de acordo com a conclusão, como se venceu no julgamento do *habeas corpus*. Quanto aos motivos do meu voto, - expendi-os com o necessário desenvolvimento na discussão da causa, à qual me reporto.

## ANEXO C

**Reclamação 4335/AC – Acre<sup>40</sup>**

**RECLAMAÇÃO**

**Relator(a): Min. GILMAR MENDES**

**Julgamento: 20/03/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

### **Publicação**

DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014

EMENT VOL-02752-01 PP-00001

### **Parte(s)**

RECLTE.(s): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECLDO.(A/S): JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS DA COMARCA DE RIO BRANCO (PROCESSOS Ns. 001020117345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00103015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 E 00105007298-7)

INTDO. (A/S): ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES

INTDO. (A/S): ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO

INTDO. (A/S): SILVINHO SILVA DE MIRANDA

INTDO. (A/S): DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA

INTDO. (A/S): RAIMUNDO PIMENTEL SOARES

INTDO. (A/S): DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ

INTDO. (A/S): ANTONIO FERREIRA DA SILVA

INTDO. (A/S): GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE

INTDO. (A/S): JOÃO ALVES DA SILVA

INTDO. (A/S): ANDRÉ RICARDE NASCIMENTO DE SOUZA

### **Ementa**

---

<sup>40</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2014). Acórdão de 22-10-2014

**Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.**

## **Decisão**

Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 1º.02.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas-corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas-corpus, pediu vistas dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Carmem Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, que não conhecia da reclamação, mas concedia habeas-corpus de ofício, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Não votam os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 16.05.2013.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vendidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas-corpus de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Carmem Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade de Veneta, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014.

## ANEXO D

**ADI 3367/DF – DISTRITO FEDERAL<sup>41</sup>**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**Relator(a): Min. CEZAR PELUSO**

**Julgamento: 13/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

### **Publicação**

DJ 17-03-2006 PP-00004

EMENT VOL-02225-01 PP-00182

REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029

### **Parte(s)**

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMS

ADV.(A/S): ALERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS (A/S)

REQDO: CONGRESSO NACIONAL

### **Ementa**

EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional n. 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional n. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de 17-03-2006

reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.

3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da respectiva Justiça.

4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência do art. 102, caput, inc. I, letra “r”, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional n. 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo.

6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não

constante das normas da Emenda Constitucional n. 45/2004. Pendência de projeto tendente a torna-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outros cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional.

### **Decisão**

O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício forma de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 135. No mérito, o Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 135. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menos extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do caput do artigo 103-B. Votou o Presidente Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República.