

## 2

### Federalismo e jurisdição constitucional

#### 2.1

##### Estado e federação

Forma revolucionária de organização política que emergiu na modernidade – e ainda resiste, apesar das fronteiras desvanecidas pela globalização –, o Estado rompeu com a tradição medieval do poder. Num impulso pré-capitalista, incontáveis feudos que entrecortavam a Europa, com seus pedágios e barreiras comerciais, foram se aglutinando em unidades territoriais maiores e mais poderosas, pela força dos reis, e com apoio da burguesia e das doutrinas sociocontratualistas.

Embora se costume falar em outros “Estados” – grego, romano, medieval –, nenhum deles, antes do Estado moderno, deteve o monopólio da violência física legítima, critério definidor indispensável, segundo Weber,<sup>68</sup> da forma estatal de organização política.

Quanto ao aspecto político-jurídico, o Estado moderno é também de direito, na medida em que, nas palavras de Nonet e Selznik, “o dever dos cidadãos de obedecer à lei tem contrapartida na escrupulosa fidelidade das autoridades públicas ao direito positivo”, e “as instituições judiciárias adquirem autoridade e independência suficientes para impor limites ao exercício do poder governamental.”

---

<sup>68</sup> Segundo o sociólogo alemão, “o Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas. (...) No passado, a violência foi utilizada pelas mais diversas associações, a começar pela associação familiar (*Sippe*), como meio inteiramente normal. Hoje, pelo contrário, devemos dizer que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o ‘território’ é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da violência física legítima. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o permite. O Estado é a única fonte do ‘direito’ à violência.” in *O político e o cientista*, Lisboa: Presença, s. d., p. 57 e 49. in *apud* MENDES; COELHO, BRANCO, 2010, p. 195-196.

Aqueles autores identificam, naquela quadra histórica, a passagem modelar<sup>69</sup> de um estágio jurídico embrionário – o “direito repressivo”, caracterizado pela subordinação das instituições jurídicas às elites governantes, como ferramenta maleável de consolidação do poder, preservação de autoridade e garantia de privilégios –, para outro, mais evoluído, que chamam de “direito autônomo”, no qual, isolando-se da política e buscando sua própria legitimidade, a ordem legal se converte em recurso contra a repressão.

Percebe-se, assim, na gênese do Estado moderno, a atuação de uma força centrípeta que mesclou seus elementos constitutivos – povo, território e governo<sup>70</sup> – sob uma mesma soberania, justificada racionalmente no “império da lei”, e facilitada pela formação do espírito nacional.

Esse movimento de aglutinação não se deu apenas em relação à fagocitose de diversos pequenos feudos por Estados, que assim se tornavam maiores e mais fortes. Num outro plano, paralelamente, diversas formações estatais autônomas – cantões, principados, ducados, províncias, etc. – intensificaram uma antiga tendência de organização confederativa,<sup>71</sup> voltada à satisfação de seus interesses comuns (sobretudo de defesa contra agressões externas), sem prejuízo da diversidade de cada ente confederado e da liberdade quanto às suas questões internas.

---

<sup>69</sup> De acordo com os autores, “os direitos repressivo, autônomo e responsivo constituem não só tipos distintos de direito, mas, em certo sentido, etapas evolutivas da relação entre o direito e a ordem política e social”. Assim, elaborando um modelo jurídico segundo as teorias do desenvolvimento – com as quais se procura “explicar as transformações recorrentes e não planejadas cujas origens e orientação estejam inseridas na estrutura de um fenômeno, por exemplo, a passagem da seita para a igreja” –, aqueles autores buscam identificar, no direito, sua “disposição para a mudança, isto é, que forças sistemáticas ativadas numa etapa produzem determinados efeitos em outra”. Com a ressalva de que tal modelo, como quaisquer outros, “não nos pode dizer o que de fato acontecerá, pois isso sempre depende de uma grande variedade de condições e forças em sentido contrário”, os autores propõem que “o direito repressivo é *anterior* no sentido de resolver o problema fundamental de instaurar a ordem política, condição sem a qual o sistema político e o sistema jurídico não podem desenvolver aspirações *superiores*. O direito autônomo pressupõe, e avança em relação ao repressivo, assim como o direito responsivo avança em relação aos pilares constitucionais, mais limitados, ainda que fundamentais, do *império da lei*.” (NONET; SELZNICK. 2010. p. 60-67).

<sup>70</sup> Com a ressalva de que, além desses – indiscutíveis – há controvérsia doutrinária, irrelevante para esta dissertação, acerca de outros possíveis elementos essenciais do Estado, tais como sua finalidade (bem comum) e ordenamento jurídico.

<sup>71</sup> Augusto Zimmermann anota que, inspirada pela associação das tribos de Israel e pelos tratados confederais das *polis* gregas da antiguidade, a Confederação Helvética – fundada em 1291 por quatro pequenos cantões suíços, aos quais outros nove foram se juntado ao longo dos séculos – foi a precursora desse movimento na Europa medieval. Dali em diante, processos semelhantes se seguiram, em terras holandesas e alemãs, alastrando-se depois para fora do continente. (ZIMMERMANN, 2005, p. 218-235).

A ideia de unidade na diversidade viria, então, a se consagrar definitivamente com o federalismo moderno,<sup>72</sup> que emergiu com a Revolução Americana.

Essa nova forma estatal distinguir-se-ia, sobretudo, pela distribuição do poder, quanto à qual ocupou posição intermediária entre o estado simples ou unitário – no qual, independentemente da descentralização de funções meramente administrativas, só há um órgão de governo político – e as formas até então existentes do estado composto,<sup>73</sup> no qual o poder é dividido entre uma pluralidade de entidades políticas.

Na federação, embora haja uma pluralidade de pessoas políticas – o que a caracteriza como estado composto –, a soberania é detida apenas pelo ente central,<sup>74</sup> sem prejuízo da autonomia política das esferas descentrais, isto é, da sua autolegislação, autogoverno (pela eleição de representantes políticos) e autoorganização (pela promulgação de constituições estaduais – e também leis orgânicas municipais, no caso peculiar do nosso federalismo tridimensional).<sup>75</sup>

Ao se livrarem do jugo da metrópole, organizadas numa confederação, as treze ex-colônias inglesas da América sentiram o quão forte se fizeram, unidas. Em seguida, a disparidade de suas leis e propósitos, e a insuficiência de seu pacto confederativo quanto àquelas e outras questões de interesse comum, recomendaram a revisão dos “Artigos de Confederação”, que regulavam apenas muito sucintamente suas relações. Por outro lado, os norte-americanos valorizavam muitíssi-

---

<sup>72</sup> Embora sem maiores consequências dentro dos limites desta dissertação, vale ressaltar que o conceito de federação dá margem a algumas divergências doutrinárias. Em que pesem seus elementos comuns, há correntes terminológicas divergentes quanto aos critérios de identificação de um arranjo político federativo. Enquanto Riker e Wheare defendem um modelo USA-centrado – no qual, por exemplo, o poder estadual de veto às emendas constitucionais é requisito *sine qua non* da federação –, outros teóricos adotam uma visão mais abrangente, respeitando as particularidades institucionais e enquadrando outras realidades na mesma categoria (TOMIO; CAMARGO; ORTOLAN, 2007, p. 56 et seq).

<sup>73</sup> Dentre as quais, além da federação e da confederação, tem-se as raríssimas união pessoal e união real, desimportantes no âmbito desta dissertação.

<sup>74</sup> Registre-se que houve divergências doutrinárias, já ultrapassadas, quanto à questão da soberania – se seria detida pelos Estados-membros, pela União Federal, ou por ambos.

<sup>75</sup> O conceito de autonomia política federativa compreende uma família de significados próximos, mas distintos, relacionados às dimensões organizacional, legiferante e governamental em que os entes federativos exercem sua liberdade. No seu sentido mais amplo, portanto, envolverá também a escolha e o controle dos prefeitos, governadores, presidente etc – prisma este, todavia, pelo qual não será investigado nesta dissertação o fenômeno centralista, e sua relação com a jurisdição constitucional. Aqui, a expressão autonomia política federativa se refere apenas à autonormatividade jurídica – constitucional e legislativa – dos entes federativos.

mo, e recebiam perdê-la, a liberdade recém-conquistada, que os encorajara à aventura americana e depois à guerra pela independência.

Tendo, pois, se tornado Estados independentes, as ex-colônias inglesas não se arriscariam, depois de tanto sacrifício, a entregar toda sua liberdade a um poder central distante, que impusesse um só modo de vida a comunidades tão diversas.<sup>76</sup>

Criativamente, os norte-americanos souberam conciliar uma pluralidade de interesses gerais e específicos, seus e dos subgrupos grupos sociais com os quais se identificavam, preservando a liberdade das pessoas políticas formadoras da nação. Confiando tais interesses a pessoas políticas também plurais – a União Federal e os Estados membros –, os norte-americanos puderam, a um só tempo, aproveitar a força de uma comunidade mais ampla, mantendo a liberdade das esferas menores para cuidar de seus assuntos mais particulares. Assim se concretizou a ideia federativa que já se esboçava em Montesquieu:

“Uma república, se é pequena, é destruída por uma força estrangeira; se é grande, ela se destrói por um vício interior. (...) Assim, ao que parece, os homens acabariam tendo sempre de viver sob o governo de um só, se não tivessem descoberto um tipo de constituição que possui todas as vantagens interiores do Governo Republicano e a força externa da Monarquia. Falo da república federativa. Essa forma de Governo é uma convenção, pela qual diversos corpos políticos concordam em se tornar cidadãos de um Estado maior, que querem formar. É uma sociedade de sociedades, as quais constituem uma nova, que pode aumentar com novos associados, até que o seu poder baste para a segurança dos que se uniram.”<sup>77</sup>

Compatibilizando as culturas e interesses de Estados independentes com as vantagens naturais de sua agregação num único e mais forte Estado soberano, o esquema federalista é marcado pela liberdade das pessoas políticas formadoras da unidade nacional.

<sup>76</sup> Houve, inclusive, os que se opuseram não só ao seu viés centralista, mas ao próprio projeto federativo, defendendo, sem prejuízo da revisão dos seus “Artigos”, a manutenção da Confederação. Os antifederalistas – cuja imagem associou-se à cultura provinciana, da pequena propriedade rural, em contraste com a burguesia cosmopolita das regiões costeiras e seus interesses comerciais – recebiam que o poder central então cogitado se tornasse despótico. Teve lugar, assim, em torno da carta proposta pelos Convencionais da Filadélfia, um acirrado debate sobre a sua ratificação, sintetizadas suas ideias, de um lado, nos “Artigos Federalistas” de Hamilton, Madison e Jay, e, de outro, nas “*Lee’s Letters from the Federal Farmer to the Republican*” de Richard Lee. (ZIMMERMANN, 2005, p. 253-254). Mesmo depois de consumada (com menos votos do que se combinara), prosseguiu questionada a Federação, especialmente quanto à sua suposta indissolubilidade. Não prevaleceu, contudo, a tese de John Calhoun no sentido de que os Estados-membros preservariam sua soberania, inclusive quanto ao direito de denunciar o pacto federativo.

<sup>77</sup> MONTESQUIEU, 1992, p. 151-152.

Na federação, respeitadas as margens constitucionais de competências atribuídas aos seus Estados membros, há um *locus* privilegiado para o exercício da cidadania, tanto no que diz respeito à contribuição das singularidades para a formação das leis, especialmente às de interesse mais localizado, quanto para a fiscalização mais próxima das atividades legislativas e administrativas desempenhadas na ordem democrática e representativa.

No que toca, mais especificamente, ao controle popular dessas atividades administrativas e legislativas desempenhadas por seus representantes, ressalta A. H. Marshal que “uma das vantagens especiais que o governo local oferece quando comparado com um sistema de administração de campo é que é mais rigoroso e próximo o controle dos cidadãos e dos seus representantes sobre a administração da política. O servidor do governo local, conclui Marshall, “está mais vividamente consciente de sua responsabilidade política do que seu colega do governo central, cuja responsabilidade é mais remota. O primeiro tem o seu senhor às suas portas.”<sup>78</sup>

Por outro lado, repartido o poder não só horizontalmente – na clássica tripartição funcional imaginada (também) por Montesquieu –, mas ainda verticalmente, entre uma pluralidade de entes políticos, mais dificilmente qualquer deles acumulará poder excessivo, tendendo à ambição de aumentá-lo mais e mais.<sup>79</sup>

Essa proteção dobrada, e sua capacidade de equilibrar a pluralidade de interesses sociais, protegendo o povo não só da opressão dos governantes, mas também de grupos sociais majoritários, serviu de argumento aos *Federalistas*, no debate público que travaram com os opositores do projeto centralista de federação do qual eram entusiastas:

---

<sup>78</sup> *In Report on Local Government in British Guiana*, Georgetown, 1955, p. 76, in apud ZIMMERMANN, 2005, p. 55.

<sup>79</sup> Comentando a teoria política de Spinoza, Francisco de Guimaraens observa que “o risco de instauração da tirania aumenta na exata proporção em que o poder se concentra nas mãos dos poucos governantes, pois, nesta situação, a potência de alguns indivíduos cresce em relação à potência coletiva. Ou seja, os inimigos da liberdade se encontram mais no interior da Cidade do que fora dela. O desejo de governar e de não ser governado, que se expressa em cada um dos indivíduos, conduz a paixões voltadas para a conquista e para a concentração do poder, o que é mais provável em regimes como a aristocracia e a monarquia, nas quais o poder já se encontra, em alguma medida e de saída, concentrado.” (GUIMARAENS, 2010, p. 241).

“(...) Numa república simples, toda a autoridade delegada pelo povo é confiada a um governo único, cujas usurpações são prevenidas pela divisão dos poderes; mas, na república composta da América, não somente a autoridade delegada pelo povo está dividida em dois governos bem distintos, como também a porção de poder confiada a cada um deles é ainda subdividida em frações muito distintas e separadas. Daqui dobrada segurança para os direitos do povo, porque cada governo diferente, retido por todos os outros nos seus limites constitucionais, se dirige e se regula a si mesmo. (...) Quando em uma república se têm obtido os meios de defender a nação contra a tirania dos seus chefes, não estão ainda resolvidas todas as questões sociais; trata-se, além disto, de defender uma parte da sociedade contra a injustiça de outra parte mais numerosa. As diferentes classes de cidadãos têm necessariamente interesses diversos; e quando a maioria está unida por um interesse comum, acham-se necessariamente em perigo os direitos da minoria. (...) Em uma república tão extensa como a dos Estados Unidos, com tão grande número de interesses, de partidos e de seitas diferentes, dificilmente se coalizará a maioria por outros motivos que não sejam os da justiça e do interesse geral; e como em tal estado de coisas a minoria tem menos motivos de recear, tanto mais dificultoso será encontrar pretexto plausível de defendê-la, a fim de introduzir no governo uma vontade independente da maioria, isto é, da mesma sociedade. Não é menos incontestável que importante (posto que muito diferente seja a opinião geral) que quanto mais extensa é uma sociedade, contanto que não saia dos limites prescritos pela prudência, tanto mais facilmente ela se poderá governar a si mesma; e, felizmente para a causa republicana, os limites da possibilidade a esse respeito, podem ser levados muito longe, por meio de judiciosas combinações e modificações dos princípios federativos.”<sup>80</sup>

O risco de uma concentração excessiva de poderes no ente central da federação estaria diluído, ainda, na medida que, por meio do sistema bicameral<sup>81</sup> de representação política, os cidadãos (com seus representantes na Câmara dos Deputados), e também os Estados membros (no Senado – a “Câmara dos Estados”), participariam da própria formação da vontade política e legiferante da União Federal. Nesse sentido, notava João Mangabeira, “o que caracteriza o Estado Federal é a sua coexistência com Estados constitucionalmente autônomos, dentro das raias

<sup>80</sup> HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 319-322.

<sup>81</sup> Embora não se pretenda aqui abordar o tema mais profundamente, ressalte-se que ali, naquele momento crucial, o germe da burguesia americana, ainda em maioria dentre os (considerados) cidadãos, soube antever que, quando o pacífico chegasse, “*um acréscimo de população aumentará necessariamente a proporção daqueles que terão de sofrer os embates da vida, desejando secretamente uma melhor repartição de seus benefícios. É possível que, com o tempo, estes superem os que se encontrem bem situados economicamente. De acordo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos não possuidores...*” Então, a inevitável pergunta: “*E como havemos de nos preservar disto, baseando-nos em princípios republicanos? Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de coalizações interessadas em oprimir a minoria que devemos defender?*” (MADISON, Convenção da Filadélfia, *apud* CROSSMAN, R. H. S., *Biografia del Estado Moderno*, México: 1941, p. 99-100, *in apud* CHAVES, 2010, p. 49). O bicameralismo foi a resposta. É por isso que para João Mangabeira, “*as camaras altas simbolizam um mundo que desaparece, na expugnação dos privilegios iníquos da aristocracia do sangue ou da riqueza.*” (cf. MANGABEIRA, 1934, p. 54).

que a Constituição Federal lhes traça, e a impossibilidade de modificação desta por lei ordinária da Assembléia Nacional, e sem que elles sejam ouvidos.”<sup>82</sup>

No clima liberal em que ocorreu a primeira divisão constitucional de competências do federalismo moderno, os *Founding Fathers* atribuíram à União Federal apenas um estreito leque de poderes políticos excepcionais, considerados naturalmente talhados ao seu perfil, como, por exemplo, para o estabelecimento de leis uniformes de naturalização, a cunhagem de moeda, a manutenção dos serviços postais, a declaração de guerra, e a regulação uniforme do comércio.

Subjacente a esse rol inicialmente reduzido de competências políticas centrais, estava também a ideia, expressada por Tocqueville, de que “um poder central, ainda que esclarecido, ainda que o imaginemos hábil, não pode abarcar em si mesmo todos os detalhes da vida de um grande povo. Não o pode porque semelhante tarefa excede as forças humanas. Quando deseja, pelos seus exclusivos cuidados, criar e fazer funcionar tantas fontes diversas, contenta-se com um resultado demasiado incompleto ou se esgota em esforços inúteis.”<sup>83</sup>

Mas o motivo principal não era esse. Independentemente da capacidade da União Federal de enfrentar, satisfatoriamente, um elenco exaustivo de assuntos, o que se desejava era que os Estados membros mesmo cuidassem, à sua moda, de tudo aquilo que pudessem fazer por si próprios. Esse, ao menos, era o compromisso em torno do qual os regionalistas cederam, ainda que não unanimemente, aos apelos continentalistas para que formassem juntos uma só nação.<sup>84</sup>

O Estado federativo, portanto, apresenta, ao menos teoricamente, um caráter democraticamente favorecido, na medida em que sua descentralização política aproxima o cidadão de instâncias políticas relevantes, permitindo que participe e fiscalize sua atuação. Além disso, a multiplicidade de espaços democráticos autônomos evita qualquer homogeneização indesejável, decorrente da imposição gene-

<sup>82</sup> Cf. MANGABEIRA, 1934, p. 61.

<sup>83</sup> TOCQUEVILLE, 1998, p. 76.

<sup>84</sup> Compromisso assumido expressamente pelos federalistas, ao ressaltar que “os poderes que a Constituição delega ao Governo Federal são em pequeno número e limitados, aqueles que ficam aos Estados são numerosos e sem limites. Os primeiros hão de recair principalmente sobre objetos exteriores, como a guerra, a paz, as negociações e o comércio estrangeiro (...); Os segundos estender-se-ão a todos os objetos que de ordinário interessam mais diretamente – a vida, a liberdade, a prosperidade, a ordem interna, os melhoramentos e a prosperidade do Estado.” HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 289.

realizada de certos valores e visões de mundo que embora majoritariamente prevalentes no âmbito nacional, não o sejam, eventualmente, em algumas de suas regiões.<sup>85</sup>

Nessa mesma linha, Kelsen já ressaltava o valor pluralista e democrático ínsito ao instituto da descentralização política:

“A democracia também pode ser centralizada ou descentralizada num sentido estático; mas a descentralização permite uma aproximação maior da idéia de democracia do que a centralização. Essa idéia é o princípio de autodeterminação. A democracia exige a conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeitos à ordem; por essa razão, a ordem jurídica é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados, de acordo com o princípio da maioria. A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática. Mas normas centrais da ordem, válidas para o território inteiro, podem entrar facilmente em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial. O fato de que a maioria da comunidade total pertença a certo partido político, nacionalidade, raça, língua ou religião não exclui a possibilidade de que, dentro de certos territórios parciais, a maioria dos indivíduos pertença a outro partido, nacionalidade, raça, língua ou religião. A maioria da nação inteira pode ser socialista ou católica, e a maioria de uma ou mais províncias pode ser liberal ou protestante. Para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios. Com a condição de que a população do Estado não possua uma estrutura social uniforme, a divisão territorial do Estado em províncias mais ou menos autônomas (e isso significa descentralização num sentido estático) pode ser um postulado democrático.”<sup>86</sup>

Porém, para que se possa falar propriamente em descentralização política, não basta que haja uma delegação legislativa, precária e revogável *ad nutum*, do ente central aos periféricos, por mera liberalidade ou conveniência pontual.

É imprescindível que as competências legiferantes infranacionais estejam diretamente asseguradas pela constituição federal, de forma mais rígida – isto é, protegida das maiorias de plantão por meio de um processo de reforma rigoroso,

<sup>85</sup> Com tal efeito homogeneizador já se preocupava Tocqueville, ao advertir que, “nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a dar às leis caráter uniforme, que não comporta a diversidade dos lugares e dos costumes; não estando a par dos casos particulares, não pode proceder senão através das regras gerais; os homens são então obrigados a inclinar-se diante das exigências da legislação, pois esta não pode acomodar-se às necessidades e costumes dos homens, o que se torna causa importante de distúrbios e misérias” (TOCQUEVILLE, 1998, p. 215-216).

<sup>86</sup> *In Teoria geral do direito e do estado*, trad.: Luís Carlos Borges, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1995, p. 305, *in apud* ZIMMERMANN, 2005, p. 186.

que exige coesão política maior do que a necessária para a aprovação da legislação ordinária.

É preciso ainda, por outro lado, assegurar constitucionalmente aos entes federativos não só seu quinhão de competências políticas, mas, também os recursos financeiros que sustentem tal autonomia.

A preocupação com a preservação da liberdade recém conquistada explica, por outro lado, o perfil “desconfiado” do modelo federativo inicialmente adotado pelos EUA, marcado por um dualismo rígido, voltado prioritariamente à garantia da autonomia dos Estados membros em relação uns aos outros e, principalmente, à União Federal. Naturalmente, em se tratando de uma Federação, os EUA também valorizavam a cooperação entre suas diversas pessoas políticas, sendo certo, entretanto, que essa era uma preocupação secundária.

Diversamente, o modelo alemão,<sup>87</sup> até por sua trajetória também peculiar,<sup>88</sup> tem maior ênfase no sentido de solidariedade da ideia de federação, atendo-se mais fortemente aos vínculos cooperativos, e buscando – sem nenhum prejuízo à pluralidade e diversidade, esclareça-se – igualar qualitativamente a vida dos cidadãos.<sup>89</sup> Predominante no cenário internacional desde a crise capitalista do primeiro pós-guerra – que causou um arvoreamento do poder central em assuntos fora da sua margem inicial de competências, para o enfrentamento mais rápido e coeso das vicissitudes –, o modelo de federalismo cooperativo apresenta uma maior área

---

<sup>87</sup> Quanto às “variações que tornam ímpar a organização assumida em cada Estado – permitindo falar-se de um federalismo americano, federalismo alemão, federalismo suíço, federalismo canadense, federalismo brasileiro, entre outros”, frise-se, com Leonardo Duncan Moreira Lima, que, apesar disso, “é possível identificar as características ou os pressupostos essenciais da organização federativa, quais sejam: (a) a autonomia dos Estados-membros; (b) a participação dos Estados-membros na formação da vontade federal; (c) a repartição constitucional de competências; (d) a discriminação constitucional das rendas tributárias; (e) a rigidez constitucional; e (f) a existência de mecanismos de defesa, como a intervenção e a jurisdição constitucional.” (LIMA, 2000, p. 7)

<sup>88</sup> José Alfredo de Oliveira Baracho relata que “a Alemanha conheceu e praticou todos os gêneros de confederações, desde as mais primitivas até o Império federativo, passando por escalas intermediárias. As ligas das cidades, sendo a mais célebre a Liga Hanseática da Idade Média, é um dos exemplos mais notáveis; as federações entre pequenos principados, a verdadeira Confederação de Estados de 1815 a 1886, enfim de 1866 a 1870, o Estado Federal propriamente dito.” (BARACHO, 1986, p. 165). Mais recentemente, após a traumática experiência totalitarista, a Lei Fundamental de 1949 inaugurou uma fase de maior integração e cooperação entre as pessoas políticas da Federação, a partir do princípio da subsidiariedade.

<sup>89</sup> Cf. CAMARGO, Aspásia. *Federalismo Cooperativo e o Princípio da Subsidiariedade: Notas sobre a Experiência Recente do Brasil e da Alemanha*. In *Federalismo no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Fund. Konrad-Adenauer, 2001, p. 75-81, in *apud* LOBO, 2006, p. 21.

de interseção entre as competências de suas pessoas políticas, a fim de que cada parte possa contribuir ao máximo para o desenvolvimento social do todo.

Independentemente de seus resultados, é inegável que essa sobreposição das competências atribuídas aos entes central e descentrais traz importantes questões e enormes desafios à jurisdição constitucional, à qual compete fazer com que tais pessoas se mantenham em seus devidos lugares políticos, preservando, assim, o delicado equilíbrio federativo.

Sendo reconhecida na trajetória do federalismo a tendência de concentração de poder, de crise em crise, nas estruturas centrais, resta, então, esclarecer: o crescente peso do poder central reflete uma manifestação do poder constituinte, ou deve-se apenas à *virtù* dos seus detentores, que, deparando-se com condições favoráveis, aproveitam-se dessa fortuna para aumentá-lo? É com tal preocupação em mente que se poderá perceber até que ponto a tendência do federalismo centrípeto deriva do desejo da multidão, reduzido a termo, de enfrentar mais coesa às vicissitudes da vida, ou apenas de uma interpretação enviesada do texto constitucional, direcionada por outros fatores reais de poder. Será possível avaliar ainda, em relação aos impulsos centralizadores que eventualmente se considere respostas autênticas da multidão às crises que se lhe apresentaram, se os ocupantes do poder central – mesmo não tendo, aí, se escalado voluntariamente para debelar tais crises, outorgando a si próprios a autoridade exigida pela missão – tentam preservar ou até acentuar essa centralização, mesmo quando já não se apresentam os motivos que a tenham provocado.<sup>90</sup>

## 2.2

### Controle de constitucionalidade e federalismo

O equilíbrio de forças entre as distintas esferas autônomas do poder político e o respeito pelos seus respectivos espaços, delineados pelo poder constituinte, são elementos essenciais do esquema federativo.

---

<sup>90</sup> Nesse sentido, Tocqueville advertia que “uma longa guerra quase sempre põe as nações nesta triste alternativa: serem entregues à destruição, pela derrota, e ao despotismo, pelo triunfo” (TOCQUEVILLE, 1998, p. 131).

É por isso que, no contexto federativo, o delicado tema do controle de constitucionalidade torna-se ainda mais relevante e problemático, especialmente quanto a titularidade, na medida em que a limitação do poder do Estado se dá não apenas pela clássica tripartição de Montesquieu, mas também pela sua repartição entre diversas pessoas políticas autônomas. Como preservar essas fronteiras políticas?

A questão inexistente no Estado unitário, em que só há uma fonte (central) de poder político, e se apresenta com menor intensidade na confederação, em que cada Estado confederado mantém-se soberano em relação aos demais. No Estado federal, entretanto, conflitos de competência entre as suas pessoas políticas são tão prováveis quanto sensíveis.

Com a passagem da supremacia da lei para a supremacia da Constituição,<sup>91</sup> desenvolveram-se instrumentos institucionais de integração e harmonização do ordenamento jurídico, em caso de incompatibilidade entre a Constituição e as suas demais normas;<sup>92</sup> isto é, um sistema de identificação e tratamento de leis e atos normativos contrários à norma fundamental, sob cujos princípios e regras, formais e materiais, adquirem validade as demais normas jurídicas, e cuja rigidez exige maior consenso para sua reforma.

<sup>91</sup> Se, submetendo também as autoridades, a supremacia da lei marca a passagem do sistema de direito repressivo para o autônomo – nos termos de Nonet e Selznick –, mais adiante os traumas que o positivismo não pôde evitar demonstrariam que o parlamento também pode ser tirano, inspirando a evolução da teoria da limitação do poder. Nesse contexto, “o controle de constitucionalidade das leis é corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram.” (HORTA, 2003, p. 132).

<sup>92</sup> Já antes, embrionariamente, o *graphé paranómón* da democracia grega garantia ao cidadão ateniense questionar *psephisma* (norma ordinária) contrário a *nómoi* (norma superior) (POLETTI, 1997, p. 10). No caso *Bonham*, em 1610, Edmund Coke defendeu o poder dos juízes de invalidar leis do congresso contrárias aos precedentes (de superior normatividade, no *common law*). Em 1765, o Tribunal de Virgínia declarou a inconstitucionalidade do *Stamp Act*, contrário ao princípio *no taxation without representation*. Em nenhum desses relevantes marcos da hierarquização normativa, todavia, se tratava de controle de constitucionalidade, mais propriamente, caso se considere como suas premissas – o mais usual, segundo Luís Roberto Barroso – a supremacia e a rigidez constitucional (BARROSO, 2006, p. 1). Mas registre-se que para outros, como Uadi Lammêgo Bulos, é equívoco erigir a rigidez das constituições como pressuposto para a existência material do controle de constitucionalidade, já que este “também se faz necessário nos sistemas em que prevalece a força dos costumes, das praxes em geral, as quais são responsáveis pela *estabilidade sociológica* das constituições flexíveis (supremacia material).” (BULOS, 2007, p. 107).

Nesse processo, foi decisiva, por exemplo, a violência oficial da Revolução Francesa, que fez da proteção do cidadão contra o legislador e as maiorias de plantão a grande preocupação de Sieyès, idealizador de um “Tribunal de Censores”, composto especial e politicamente para tanto, fora do Poder Judiciário, incumbido de julgar qualquer violação constitucional apontada. Todavia, como notou Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>93</sup> a total inatividade do órgão de controle de constitucionalidade que viria a ser instituído pela Constituição Francesa de 1799,<sup>94</sup> sob aquela inspiração, já revelava o quão problemático é o exercício político dessa função.

Ora, se a ideia é impor princípios, regras e garantias inclusive ou especialmente às maiorias que se substituem no exercício do poder político, a natureza humana (e seu desejo de perseverar na existência) dificulta um órgão composto politicamente, de forma direta ou indiretamente democrática, a dar a última palavra em interpretação constitucional. A democracia está para a última vontade da maioria assim como a Constituição está para a sua limitação.<sup>95</sup> Se representam quem os nomeou, e mais ainda se dependerem de seus votos para renovar o mandato, os intérpretes oficiais tendem a erigir do arcabouço constitucional um sentido mais ao gosto dos seus eleitores. E assim a maioria poderá tudo.

<sup>93</sup> Ainda de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*fato é que esse Senado (guardião da Constituição integrante da estrutura política do Estado) que durou até a abdicação do Imperador em 1814 não exerceu a função de controle de constitucionalidade. E isto num período em que não faltaram atos de pelos menos duvidosa constitucionalidade. Certamente, essa omissão contribuiu para fixar a imagem da inanidade de um controle de constitucionalidade por órgão de caráter político*” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 135).

<sup>94</sup> Em textual: *TITRE II - Du Sénat conservateur (...) Article 21. – Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement (...)* (ou, em tradução livre: “*Título II – Do Senado conservador (...) Art. 21 - ele mantém ou anula todos os atos que lhe forem submetidos como inconstitucionais pelo Tribunato ou pelo Governo (...)*” (disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>).

<sup>95</sup> Há poucas páginas, tratou-se da democracia como único governo absoluto, e do constitucionalismo como instrumento de captura ou moderação dessa soberania da multidão, um aparelho de círculo sociopolítico menor, que tenta dominá-la. Agora, de forma que talvez possa parecer incoerente, a situação se inverte, e a Constituição aparece como salvadora de todos e de cada um contra a vontade instável e às vezes destrutiva das maiorias. Não há contradição: se, como dito, o poder constituinte é ilimitado, então pode limitar qualquer assembleia; oferece assim não sua tradição, mas sua experiência, às gerações futuras, retirando certas garantias e direitos do alcance das maiorias ordinárias vindouras, e com isso manifestando em ato o desejo da própria humanidade de perseverar na existência. Na mitologia, para evitar a morte, Ulisses soube manobrar sua própria vontade, e limitar seus impulsos. Como dito, o poder constituinte é sempre único em cada manifestação. Se, num dia, é aprisionado por Constituições, noutro as derruba, assim como nada impede que as crie, ou tome-as. Problema há quando o objeto da juridicização não resulta da multidão, mas de um grupo menor que quer controlá-la. A questão, enfim, é que a qualidade, assim da democracia representativa como da Constituição, dependerá de sua fidelidade ao poder constituinte.

Tais dificuldades são ainda maiores no Federalismo, quando o poder constituinte – além da organização estatal, e das garantias fundamentais do cidadão (para que resistam a maiorias inconstantes) – inscreve na Carta a disciplina das diversas entidades políticas autônomas que dividem e disputam o poder do Estado.

Havendo repartição constitucional do poder entre diversas pessoas políticas, nenhuma delas, naturalmente, terá a imparcialidade necessária para solucionar os inevitáveis conflitos de competências quanto ao exercício das suas respectivas atribuições.<sup>96</sup>

Daí, e da sua suposta ou relativa independência política, imaginou-se que o então considerado *pouvoir nul* poderia melhor exercer o controle de constitucionalidade nos Estados federais.<sup>97</sup> Em regra, diferentemente do legislador, cujos mandatos dependem da *performance* eleitoral, o juiz tem cargo vitalício, alcançável por seleção ao menos em parte técnica, o que teoricamente lhe confere maior independência.

Não por acaso, o federalismo moderno e o controle judicial de constitucionalidade das leis nasceram juntos, na experiência norte-americana.

Para manter a descentralidade política exigida pelas diversas comunidades de ex-colonos, não bastaria mera delegação legislativa, precária, do ente central aos periféricos. Era inegociável que certas competências legiferantes infranacionais fossem garantidas diretamente pela Constituição, com regras reformáveis apenas superficialmente e sob coesão política extraordinária.

Mas quem vigiaria essas fronteiras constitucionais? E como imunizá-lo contra as pressões do jogo político ordinário e suas maiorias de plantão?

<sup>96</sup> Nesse sentido, John Stuart Mill já notava que, “*sob o sistema mais perfeito de federação, onde os cidadãos devem obediência a dois governos, o de seu Estado e o da Federação, é evidentemente necessário não apenas que os limites constitucionais da autoridade de cada um destes governos sejam precisa e claramente definidos, mas também que o direito de decidir as questões entre eles em caso de disputa não pertença a nenhum destes governos, nem a nenhum funcionário subordinado a qualquer um deles, mas sim a um árbitro independente de ambos.*” (MILL, 1981, p. 165).

<sup>97</sup> Ressaltando não se tratar de mecanismo exclusivo desse sistema, Leonardo Duncan Moreira Lima ressalta que “*a jurisdição constitucional assume particular relevância no Estado federativo ao desempenhar a função de defesa da supremacia da Constituição Federal, bem como a de arbitragem dos conflitos entre integrantes da federação*”. Para o autor, a jurisdição constitucional é assim pressuposto para a própria manutenção do Estado federativo. (LIMA, 2000, p. 1).

Hamilton, às vésperas da Constituição de 1787, num dos *Federalist papers*,<sup>98</sup> já defendia que “os tribunais de justiça devem ser considerados como os baluartes de uma Constituição limitada contra as usurpações do corpo legislativo”, para “declarar nulos” os atos inconstitucionais destes últimos. Contra as objeções em tal sentido, sustentava que não se tratava de submeter o Legislativo ao Judiciário, mas ambos à Constituição. Além do mais, o Judiciário não poderia *ex officio* questionar a constitucionalidade das leis, mas somente quando provocado a tanto, num caso concreto, ao qual se restringiriam os efeitos da decisão.

Embora a Constituição estadunidense de 1787 não o tenha feito expressamente, a Suprema Corte norte-americana, em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*,<sup>99</sup> instituiu o *judicial review of legislation*. Apesar das reações e questionamentos quanto à atribuição constitucional implícita que invocou para assumir tal competência, a Suprema Corte norte-americana, de forma cuidadosa, lenta e gradual,<sup>100</sup> soube consolidar a titularidade desse poder, inicialmente tido apenas por legiferante negativo (desconsiderando-se que, quando a lei é abolida, não apenas se desfaz um cenário jurídico, mas também se escolhe e instaura um outro).

Ali onde se uniu controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional, o *Chief Justice* John Marshall afirmou que o controle judicial de constitucionalidade das leis derivaria, implicitamente, do artigo 2º, inciso VI, da Carta política.

<sup>98</sup> HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 459-461.

<sup>99</sup> No apagar das luzes de seu mandato – enquanto seu vitorioso concorrente, Thomas Jefferson, já ensaiava o discurso de posse – o ainda Presidente John Adams, do Partido Federalista, apressou-se em nomear dezenas de correligionários para cargos no Judiciário. Só que seu Secretário de Estado, John Marshall, não conseguiu entregar-lhes, antes da transição, todos os respectivos títulos de nomeação, sem os quais não poderiam ser empossados. E nem o novo Presidente deixaria que James Madison, seu Secretário de Estado, o fizesse, pois não queria aqueles cargos ocupados por adversários. Inconformado, William Marbury, um dos Juízes de Paz “nomeados de última hora”, impetrou mandado de segurança contra a omissão de Madison, a fim de receber o documento. Embora não se enquadrasse nas hipóteses em que a Constituição atribuía à Corte Suprema competência originária para julgá-la, a ação mandamental foi impetrada diretamente ali, com amparo na Lei Judiciária de 1789, que ampliava a competência originária daquele Corte, incumbindo-a de julgar *writ of mandamus* impetrado contra qualquer autoridade federal. Aproveitando-se disso, o mesmo Marshall, já então como *Chief Justice*, contornou cirurgicamente as ameaças que o cercavam – sobretudo a de desmoralização da Corte, caso o Executivo desacatasse eventual decisão desfavorável. Invertendo a ordem lógica dos tópicos da decisão, Marshall primeiramente apreciou o mérito do caso – reprovando a omissão apontada – para, só então, reconhecer a incompetência da Corte Suprema para julgá-lo originariamente, sob o argumento de que a Lei Judiciária de 1789 contrariaria a Constituição, e por isso deveria ser declarada nula. Neste ponto, o caso transcendeu a querela político-partidária que o originou, estabelecendo a doutrina do *judicial review of legislation*.

<sup>100</sup> Somente 54 anos depois, em *Dred Scott v. Sandford*, a Corte Suprema voltaria a exercer seu poder implícito de declarar a inconstitucionalidade de lei federal.

Se, conforme aquele dispositivo, a Constituição é “a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado serão sujeitos a esta, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados”, e se, de outro lado, cabe ao Poder Judiciário a interpretação das leis, então, conseqüentemente, todo magistrado teria o poder/dever de declarar nulas quaisquer normas ofensivas àquela primeira, fundamental, sob a qual adquiriram validade, e cuja reforma exige procedimento e *quorum* especiais. Caso contrário, a supremacia seria novamente do Parlamento, e não da Constituição, reformável por mera lei ordinária.<sup>101</sup>

Nas palavras do próprio Marshall:

“Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; e para que esses limites não possam ser confundidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. Para que propósitos os poderes são limitados, e para que propósitos esta limitação é expressa, se estes limites podem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por aqueles que se pretendeu restringir? A distinção entre governos com e sem poderes ilimitados é abolida, se aqueles limites não contêm as pessoas às quais são impostos, e se atos proibidos e atos permitidos são igualmente obrigatórios. É uma proposição óbvia demais para ser contestada, que a Constituição impõe-se sobre qualquer ato legislativo que a ofenda; ou, que o Legislativo pode alterar a Constituição por meio de um ato ordinário.

Entre essas alternativas não há meio termo. A Constituição é ou uma lei superior, fundamental, imodificável por meios ordinários, ou está nivelada com atos legislativos ordinários, e, como outras leis, é alterável quando aprover ao Legislativo. (...)

É enfaticamente a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra a um caso particular devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem decidir sobre a eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se ambas podem ser aplicadas a um caso particular, de modo que o tribunal deva decidir o caso de acordo com a lei, desconsiderando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, desconsiderando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Isto é da própria essência da função judicial.

Se, pois, os tribunais devem respeitar a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a Constituição, e não tal ato ordinário, deve governar o caso a que ambas seriam aplicáveis.”<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “o dogma de que só ao parlamento ou ao órgão por ele dominado competia avaliar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis – “o criador” e só ele pode ajuizar dos pecados das “criaturas” por ele geradas (leis) – tinha, mais tarde ou mais cedo, de se confrontar com o conhecido dilema que se colocava aos órgãos aplicadores das mesmas: ou afastar as normas desconformes com a constituição em nome da constituição considerada como lei superior, ou afastar a constituição por amor às leis e à soberania do parlamento.” (CANOTILHO, 2003, p. 913).

<sup>102</sup> Tradução livre. No original: “The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing; if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too

A partir dali, a herança britânica do *stare decisis* difundiria o controle incidental nas instâncias inferiores, vinculando-as àquele precedente, isto é, obrigando-as a defender a supremacia constitucional, incidentalmente, em cada caso concreto que julgassem. Esse sistema americano de controle judicial de constitucionalidade das leis viria, então, a influenciar diversos outros ordenamentos jurídicos, como, *e. g.*, o brasileiro, a partir da Constituição de 1891.

Na Europa, entretanto, houve resistência ao *judicial control*,<sup>103</sup> já que ali se arraigara uma dogmática forte de separação dos poderes e sacralização da lei, identificada à infalível vontade geral no pensamento *rousseauiano*. E, se o parlamento foi capaz dos absurdos mais indescritíveis, também não se saíra bem o Judiciário em impedi-los ou repará-los. Prevaleceu no continente, então, o entendimento de que era preciso manter os Poderes Executivo e Judiciário sob a autoridade do Legislativo, mas, agora, sem confiar cegamente tampouco neste último.<sup>104</sup>

---

plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. (...) It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply” (disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137> – acesso em 5.5.2013).

<sup>103</sup> A resistência europeia ao modelo estadunidense, lembra Louis Favoreu, não se deu sem ao menos algumas tentativas de implantá-lo. Na Alemanha, por exemplo, embora a Constituição de Weimar lhes atribuisse o controle formal de constitucionalidade das leis, os juízes ordinários o fizeram apenas timidamente, sem maiores oposições às inúmeras violações constitucionais cometidas pelo Parlamento. Também no pós-guerra italiano, antes da criação da Corte Constitucional, os juízes ordinários revelaram-se excessivamente comedidos na interpretação de uma Constituição marcadamente progressista. (FAVOREU, 2004, p. 19-20).

<sup>104</sup> A exemplo do que já ocorrera no caso americano, também na Europa a instituição do órgão de controle de constitucionalidade foi antecedida por um intenso debate público. A sedutora tese de Carl Schmitt baseava-se na problemática conjugação de democracia e liberalismo – refletida no fisiologismo do Parlamento, e no crescente distanciamento entre a sociedade alemã e sua progressista Constituição –, e recomendava que o guardião da Constituição fosse o chefe do executivo, concentrador maior da legitimidade democrática, e não o Judiciário. Para o teórico totalitarista, “uma expansão ilimitada da justiça não transformaria o Estado em jurisdição, mas sim, inversamente, os tribunais em instâncias políticas. Isso não jurisdicizaria a política, mas sim politizaria a justiça. Justiça constitucional seria então uma contradição em si mesma” (*verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 1958, p. 98 in apud* Luís Roberto Barroso – “*Algumas notas sobre a Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional*”, in *Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 672). Antes que a experiência nazista a infirmasse, Kelsen já refutava a tese *sch-*

Como narram John Ferejohn e Pasquale Pasquino,<sup>105</sup> apesar da sua tradição, o século XX erodiu o comprometimento com a supremacia parlamentar. As Constituições da Áustria,<sup>106</sup> no primeiro pós-guerra, da Alemanha e da Itália, no segundo, e de Portugal e da Espanha, com a derrubada do fascismo, se afastaram do modelo parlamentarista hierarquizado, aproximando-se do arquétipo *kelseniano*, de controle político – e não ordinariamente judicial – de constitucionalidade. As Constituições europeias refletem, cada qual a seu modo, a ideia central de Kelsen de que o controle de constitucionalidade deve ter uma função mais legislativa, e portanto mais política, do que judiciária.

A preferência europeia pelo controle político – mesmo após os erros mais terríveis da “vontade geral” – deve-se em boa parte à chamada dificuldade contramajoritária,<sup>107</sup> objeção levantada ao controle judicial, que seria antidemocrático por admitir que juízes, sem a legitimação do sufrágio, declarem a inconstitucionalidade da vontade geral ou majoritária, expressada pelos representantes escolhidos pelo povo. Além disso, seria antidemocrática também a definitividade dessas decisões judiciais, insuscetíveis de qualquer revisão democrática direta.<sup>108</sup>

Guardadas as especificidades de cada uma de suas manifestações,<sup>109</sup> marca o modelo europeu<sup>110</sup> a concentração do controle de constitucionalidade das leis

---

*mittiana*, ponderando que “nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheciam ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.” (2003, p. 253)

<sup>105</sup>Cf. FERREJOHN; PASQUINO, p. 41.

<sup>106</sup> Precursora desse movimento, a Constituição austríaca de 1920 concentrou numa Corte Constitucional, composta politicamente, o controle das questões dessa natureza, outorgando inicialmente apenas a um reduzido rol de legitimados a competência de submetê-las ao crivo daquele órgão especial.

<sup>107</sup> Para Bruce Ackerman, não se trata aí precisamente de uma dificuldade contramajoritária, mas antes de uma dificuldade intertemporal, já que a Constituição também foi democraticamente legitimada pela maioria. A questão é outra: o que pesa mais? A maioria que, no passado, aprovou a Constituição, proclamando-a superior e pretendendo sua continuidade, ou a maioria que, a qualquer momento, edite leis ordinárias contrárias àquela norma fundamental? (Cf. “*Algumas Notas sobre a Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional*” de Luís Roberto Barroso, in LUCCA; MEYER-PFLUG; NEVES, 2012, p. 673 et seq).

<sup>108</sup> Haverá, entretanto, revisão indireta, sempre que a decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade for contornada, na prática, por meio de emenda constitucional, que afirme ou reafirme consenso extraordinário discrepante da interpretação do Tribunal.

<sup>109</sup> Embora dispense maiores considerações no âmbito deste trabalho, tendo em vista tratar-se de um Estado unitário, o caso francês, por exemplo, distingue-se do modelo europeu, no qual nem por isso deixa de ser incluído, na medida em que nele o órgão especial de controle de constitucionalidade pertence ao Poder Legislativo, e o próprio controle de constitucionalidade inseria-se inteiramente, assim, no processo legislativo. Registre-se, porém, que recentemente, com a reforma constitucional de 2008, o *Conseil Constitutionnel* foi expressamente autorizado a exercer controle

num único órgão jurisdicional especial,<sup>111</sup> composto politicamente, a exercê-lo, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário,<sup>112</sup> de forma preventiva ou repressiva, espontânea ou provocada – de modo principal (por ação direta) ou incidental –, mas sempre abstratamente, e sempre com efeitos *erga omnes*.<sup>113</sup>

Em regra não há, portanto, controle difuso na Europa, cabendo aos tribunais ordinários, diante de questões constitucionais, submetê-las ao órgão especial competente.

Desse contraponto europeu ao modelo americano de controle de constitucionalidade Louis Favoreu fez a seguinte síntese:

“No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz. O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especi-

---

repressivo de constitucionalidade, assumindo traços mais característicos de um órgão de jurisdição constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1163). Também o modelo inglês, de devoção ainda maior ao Parlamento – e que, como o francês, não interessa tanto ao tema federativo, nesse caso por se tratar de uma monarquia –, vem se aproximando do padrão continental. Conforme a reforma constitucional de 2005, instituiu-se em 2009 a *United Kingdom Supreme Court*, competente para declarar a incompatibilidade de qualquer *statute* com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada pelo Reino Unido e internalizada naquele ordenamento jurídico pelo *Human Right Act* do seu Parlamento.

<sup>110</sup> Como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, só é possível falar em modelo europeu de controle de constitucionalidade com a ressalva de que se trata de uma simplificação, isto é, da síntese de diversas Constituições – destacadamente a austríaca de 1920, a italiana de 1947 e a alemã de 1949 – alinhadas às ideias de Kelsen. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 138).

<sup>111</sup> Este órgão político é usualmente denominado corte constitucional, pois, ainda que de fora do Poder Judiciário, exerce atividade jurisdicional. Para Louis Favoreu, resumidamente, “uma corte constitucional 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.” (FAVOREU, 2004, p. 15).

<sup>112</sup> Segundo Kelsen, “caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função da Constituição é estabelecer limites políticos ao exercício do poder. (...) Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.” (KELSEN, 2003, p. 240)

<sup>113</sup> Resolvendo-se, com isso, a principal crítica de Kelsen ao controle difuso, uma vez que para ele “a desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.” (KELSEN, 2003, p.303).

almente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que posamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.”<sup>114</sup>

Há, por trás das respostas americana e europeia à questão do controle de constitucionalidade, diferentes visões acerca de problemas subjacentes, isto é, a legitimidade democrática<sup>115</sup> do guardião da Constituição, de um lado, e sua independência e neutralidade política, de outro.

Cuida-se, na verdade, do dilema em torno desses valores: se a democracia trata da vontade da maioria, e o constitucionalismo de limitar inclusive tal poder, tem-se que, como nota Gustavo Binbenjimin, “no limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular.”<sup>116</sup>

Nessa encruzilhada, o modelo europeu jamais foi ingênuo quanto ao inevitável aspecto político do controle de constitucionalidade, estabelecendo uma Justiça Constitucional assumidamente política, centralizada num órgão que, mesmo tendo forma e atuação análogas as das cortes de justiça ordinárias, situa-se fora do Poder Judiciário, e é composto de forma direta ou indiretamente democrática.<sup>117</sup>

No original embasamento doutrinário do modelo americano, por outro lado, diante da objeção de que o *judicial control* ofenderia o princípio da separação dos poderes, Marshall, como visto, procurou despistar o lado político da questão, sustentando que se trataria de atividade judicial neutra e apolítica, limitada à verificação da conformidade constitucional das normas jurídicas inferiores. Esse primeiro fundamento teórico da jurisdição constitucional, entretanto, não resistiria à superação da mitologia subsuntiva, e da crença na neutralidade da “boca da lei”, ledora mecânica do Direito.

<sup>114</sup> FAVOREU, 2004, p. 17-18.

<sup>115</sup> Para Luís Roberto Barroso, é, “a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, justamente a encruzilhada em que a interpretação constitucional se vê frente a frente com o processo político majoritário” (in LUCCA; MEYER-PFLUG; NEVES, 2012, p. 672).

<sup>116</sup> BINENBOJIM, 2001, p. 48.

<sup>117</sup> FERREIRA FILHO, 2010, p. 140.

A abertura e indeterminação semântica da linguagem, e sua sensibilidade contextual,<sup>118</sup> que também se refletem no campo normativo, impedem que mesmo o julgador mais obstinado possa interpretar a lei sem construí-la ao mesmo tempo. A atividade jurisdicional combina um ato cognitivo, que abre o leque de possibilidades interpretativas que a norma oferece, e outro, volitivo, pelo qual se escolhe uma delas.

No Parlamento, aliás, a indeterminação natural da linguagem é agravada por indeterminações políticas: num ambiente plural e compromissório, o corpo normativo costuma positivar regras truncadas e dúbias, não por acaso ou incompetência técnica, mas até conscientemente, por simples falta de opção, isto é, pela percepção geral de que se tornou inatingível qualquer consenso mais claro ou coerente.

Com isso, o que ocorre nesses impasses da arena parlamentar é que os competidores do jogo político negociam e reduzem seus distintos interesses a um único e mínimo termo – naturalmente confuso e incoerente –, transferindo assim a disputa, ali irresolvida, para outro domínio, onde haverá a interpretação jurisdicional do estranho resultado daquele processo legislativo.

Revelando o Direito, assim, ser obra também do juiz – ainda que limitado pela moldura normativa imposta pelo legislador –, a justiça constitucional deixa de caber num esquema mais rígido de separação dos Poderes. Há risco de desequilíbrio quando, a convite do próprio titular, um deles executa a função de outro? Se, diante das diversas possibilidades interpretativas que a norma oferece ao juiz –

---

<sup>118</sup> Decifrada na contribuição do segundo Wittgenstein à virada linguística, é na dinâmica da linguagem que surge a significação, e, mais que isto, é na linguagem, ou por meio dela, que surge o próprio sujeito. Segundo filósofo vienense, “*o significado de uma palavra é seu uso na linguagem*”. O significado, portanto, não deriva de uma relação lógica da proposição com a realidade, mas, sim, do contexto em que a expressão ocorre. As proposições e palavras não têm, em si mesmas, nenhum sentido possível, sua significação só se dá nestes jogos de linguagem variados, entre os quais, em que pesem seus distintos objetivos e contextos, é possível perceber certa familiaridade, um sentido minimamente compartilhado do que é comum às coisas. Nessa filosofia, “*deve-se pensar a linguagem*”, segundo Adrian Sgarbi, “*não como um fenômeno natural – no sentido de decorrente da ‘natureza das coisas’, muito menos artificial – no sentido de fruto de um contrato intencional –, mas cultural, resultante de uma espontânea ação humana, isto é, de uma prática vivenciada com vistas ao próprio fim da interação*” (SGARBI, 2007, p. 24). Eni Puccinelli Orlandi, por sua vez, sustenta que “*o gesto de interpretação se dá porque o espaço simbólico é marcado pela incompletude, pela relação com o silêncio. A interpretação é o vestígio do possível. É o lugar próprio da ideologia e é ‘materializada’ pela história. (...) Ela sempre se dá de algum lugar da história e da sociedade e tem uma direção, que é o que chamamos de política.*” (ORLANDI, 1996, p. 18-19).

por ser ambígua, vaga, dinâmica, maleável e porosa –, ele é obrigado a escolher uma, poderá o cumprimento desse dever ser considerado ilegítimo exercício de competência legislativa?

Tais questionamentos contribuirão para uma separação dos Poderes mais branda, na qual, conseqüentemente, a neutralidade do Judiciário não mais serviria de fundamento teórico à jurisdição constitucional.

Nessa quadra pós-positivista, além da minimização do seu aspecto volitivo, sustenta-se que a fundamentação racional, num mesmo ato, limitaria a jurisdição constitucional – submetida à crítica de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>119</sup> –, e também a legitimaria, mesmo nas escolhas contramajoritárias, sempre que aquela multidão considerar ao menos razoáveis suas interpretações.<sup>120</sup>

Nesse esforço dogmático de superação do positivismo clássico, Rawls, por exemplo, procura estabelecer princípios comuns de justiça, sustentando que, mesmo numa sociedade plural, o uso público da razão, por cidadãos livres e iguais, revela um conjunto compartilhado de valores políticos fundamentais.

Se, com a constitucionalização desses valores – também democraticamente estabelecidos –, o que se pretende é colocá-los fora do alcance das maiorias transitórias do jogo político ordinário, então seria coerente a instituição de um órgão de defesa.

Essa legitimidade, todavia, depende, em última instância, da capacidade da jurisdição constitucional de manter-se sintonizada com a dinâmica dos valores políticos comuns, sem o que não serão consideradas, intersubjetivamente, sequer

<sup>119</sup> Para Häberle, “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 14-15). Assim, em certo sentido, sequer se poderá falar mais em última palavra da interpretação constitucional, pois se trata de um processo contínuo e interminável. Considerando essa “democratização da interpretação constitucional”, fará mais sentido falar em interpretação mandatória do que definitiva ou derradeira.

<sup>120</sup> Na síntese de Cláudio Pereira de Souza Neto, “a legitimação da jurisdição constitucional será, portanto, obtida por duas vias combinadas fundamentais – através da conclusão de que o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente, e através da conclusão de que o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático. Nessa perspectiva, os tribunais constitucionais são considerados como guardiões do processo deliberativo” (*Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002, p. 338, in *apud* Luís Roberto Barroso – “*Algumas notas sobre a Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional*”, in LUCCA; MEYER-PFLUG; NEVES, 2012, p. 675).

razoáveis suas decisões. Nesse sentido, Rawls afirma que “a Constituição não é o que o a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da Constituição poder ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*.”<sup>121</sup>

Portanto, em Rawls, a jurisdição constitucional não é uma torre isolada, do alto da qual uns poucos iluminados decretariam, inapelavelmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos legislativos; é sim uma instância reflexiva, que sente, articula, catalisa e amplia o debate público das questões políticas fundamentais, como uma caixa de ressonância.<sup>122</sup>

Guardando semelhanças com a teoria de Rawls, Ronald Dworkin, por sua vez, reaproxima Direito e Moral, e afirma uma comunidade de princípios definida não por fatores históricos, linguísticos, geográficos, convencionais etc, mas sim pelo reconhecimento de uma base moral comum, juridiscizada ou não. Para o autor, de tais princípios derivam direitos morais, racionalmente reconhecidos numa comunidade igualitária, que prevalecem sobre quaisquer interesses políticos ordinários, inclusive os da maioria.<sup>123</sup>

O Direito apresenta-se, nessa doutrina, como um sistema de princípios e regras, cuja integridade cabe à jurisdição constitucional assegurar, por meio de uma leitura moral da Constituição. Tratando-se de imperativos morais da comunidade,

---

<sup>121</sup> RAWLS, 2000, p. 288.

<sup>122</sup> Refere-se aqui à ideia mais ampla de debate público, que ressoa ao mesmo tempo na esfera pública e na sociedade civil. Habermas – com quem Rawls tinha grande familiaridade teórica –, distinguindo-os, afirma que a esfera pública é um canal de comunicação que liga a esfera civil privada e o Estado, num espaço livre e aberto que possibilita, a um só tempo, a crítica ao Estado e a liberdade do cidadão de contribuir para a formação da vontade política. Esse espaço, hoje sob a lógica do mercado, é criação da burguesia, cuja proeminência permitiu que dirigisse suas demandas e insatisfações ao Estado. Não se trata de uma entidade, antes se produz em atos comunicativos, de forma mais ou menos democrática, a depender, essencialmente, da abertura, liberdade e igualdade com que cada cidadão possa nesse espaço expressar sua opinião, e também do grau de racionalidade com que tais expressões públicas serão recebidas. Para o filósofo tedesco, “*a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém sensíveis, no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar*”. Por sua vez, é a sociedade civil (movimentos, organizações, associações etc) que capta as questões que surgem nas esferas privadas e amplificam tais “alarmes” na esfera pública, a partir da qual é de se esperar que cheguem ao Estado, e que este responda (HABERMAS, 2003, p. 91 et. seq.).

<sup>123</sup> DWORKIN, 2000, p. IX.

os princípios situam-se acima da política ordinária, prevalecendo sobre as regras dessa natureza mesmo quando em desfavor da maioria. Afinal, se a democracia majoritária exige respeito à vontade da maioria dos cidadãos, é preciso, antes, que a democracia constitucional assegure a existência mesmo (física e política) de cada um deles.

Por outro lado, a força normativa desses princípios fundamentais minoraria a temida liberdade que a indeterminabilidade linguística daria aos julgadores; se tanto, restaria aí, para Dworkin, uma discricionariedade fraca, incapaz de impedir, mesmo nos *hard cases*, que as margens da interpretação principiológica conduzissem à resposta correta.

Já na democracia dualista de Bruce Ackerman, é outra a construção que sustenta as normas constitucionais acima das ordinárias. Se para Rawls e Dworkin a supremacia da Constituição decorre da interseção moral que os cidadãos manteriam racionalmente, em Ackerman é antes uma questão de intensidade consensual que justifica essa hierarquia.

Para Ackerman, cabe à jurisdição constitucional integrar dois sistemas políticos distintos: um, constitucional, cuja fundamentalidade temática mobiliza os cidadãos ao máximo, e outro, normal, em que as questões políticas comezinhas são decididas sob menor engajamento.

Somente numa visão monista da democracia, para o autor, seria possível confundi-la, pura e simplesmente, com a vontade atual da maioria. Na democracia dual ackermaniana, atribui-se um valor maior às normas do sistema político constitucional, eis que resultantes de um processo democrático mais amplo e intenso. Daí a legitimidade da jurisdição constitucional, instituição protetiva capaz “de se opor eficazmente a toda tentativa de ab-rogação dos princípios constitucionais pela lei ordinária, obrigando o grupo dominante de homens políticos eleitos a pedir emprestada a voz escarpada da lei constitucional se pretendem trazer à tona novamente questões já decididas por aquela mesma voz”.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> Bruce Ackerman, “*La Démocratie Dualiste*”. *1789 et l’invention de la constitution – sous la direction de Michel Troper et Lucien Jaume*, trad. de Michel Troper, Paris, Éditions Bruylant, 1994, p. 195, in apud Mariana Montebello, “*Estudo sobre a Teoria da Revisão Judicial no Consti-*

Ackerman, porém, não deixa de reconhecer e advertir que a revisão judicial será ilegítima sempre que se opuser às conquistas revolucionárias da comunidade, mesmo que em defesa de direitos fundamentais outrora estabelecidos também constitucionalmente. Só aí, no confronto intertemporal entre duas normas emanadas do poder constituinte, é que prevalecerá a vontade da maioria mais recente.

Nenhum desses novos argumentos pró-jurisdição constitucional, todavia, bastaria para livrá-la da pecha de ilegítima e antidemocrática. Ao invés disso, a imagem da judiocracia, da ditadura de toga à la Platão e seus reis-filósofos, prosseguiria se acentuando, sobretudo nas reações conservadoras ao ativismo judicial das eras Warren (1953-1969) e Burger (1969-1986), ao longo das quais a interpretação construtiva dworkiniana garantiu direitos polêmicos e impopulares, como, *e.g.*, em *Brown v. Board of Education* (1954) – talvez seu momento mais poético.<sup>125</sup>

Teria a multidão naquela oportunidade se apossado do aparelho com que a disciplinavam, usando-o para dominar o tempo, maquiavelianamente, e assim antecipar às singularidades maior liberdade e solidariedade? Ou, ao contrário, já se veria ali um impulso inclusivo protoimperial, para aderir mais almas ao seu projeto expansivo? Mais ou menos democrática que tenha sido a essência daquele evento, as fortes contestações que se seguiram<sup>126</sup> abriram espaço para ainda outros esforços de legitimação do *judicial review*.

Nesse sentido, considerando racionalmente inalcançáveis os direitos morais pressupostos por Dworkin – cuja doutrina só poderia conduzir à supremacia da

---

*tucionalismo Norte-Americano – A Abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. In VIEIRA, 2002, p. 101.*

<sup>125</sup> Além do fim da política de segregação racial em escolas públicas, e de outras relevantes decisões contramajoritárias, é legado da *Warren Court* a derrubada das leis antimiscigenação – *Loving v. Virginia* (1967) –, além da reafirmação da laicidade do Estado – *Engel v. Vitale* (1962). Já sob a liderança de Warren Burger, em *Roe v. Wade* (1973), a Suprema Corte norte-americana reconheceu, em termos, o direito ao aborto.

<sup>126</sup> Para Jeremy Waldron, atualmente um dos seus principais críticos, “o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos: pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direito” (WALDRON, 2010, p. 94).

moral do julgador –, mas reconhecendo que tampouco o originalismo daria conta de uma sociedade dinâmica – impondo antes a ditadura anacrônica, nostálgica, de uma geração sobre outras –, John Hart Ely propõe o redimensionamento do *judicial review*.

Denunciando ser falso o dilema em que se teria que optar ou pela submissão às opções valorativas do passado, ou por uma judiocracia definidora desses valores sociais, Ely defende a ideia de *self-restraint*. Nela, o Poder Judiciário se abstém de realizar quaisquer valorações substantivas, limitando-se a um papel de defesa procedimental dos canais de participação política, para que todos possam, iguais e livres, contribuir para a criação, reconsideração ou reafirmação dos valores sociais. Em outras palavras: só é democrática a atuação do Poder Judiciário quando não estabelece valores, nem impõe os de uma geração a outra, limitando-se a assegurar que cada uma delas possa fazer e refazer suas escolhas.<sup>127</sup>

Deixando tais desígnios substantivos àqueles eleitoralmente legitimados a tanto, a revisão judicial aparece, então, apenas como um “reforço de democracia”, pois “esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos

---

<sup>127</sup> Tal como em *United States vs. Carolene Products Co.* (1938), em cuja célebre nota de rodapé n.º 4 assentou-se a ideia de que a Suprema Corte só deve declarar a inconstitucionalidade de lei que – ao contrário do que se viu naquele caso específico – resulte de alguma obstrução do processo político, ou discriminação de grupo minoritário. Em tradução livre: “*Pode existir um âmbito mais estreito de aplicação da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece frontalmente enquadrada numa proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas. (...) É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe esses processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso — sob as proibições gerais da Décima-Quarta Emenda — do que os outros tipos de legislação. Tampouco precisamos investigar (...) se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora.*” (“*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments (...). It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment (...). Nor need we enquire (...) whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*” (disponível em [http://www.law.cornell.edu/wex/quotation/\[field\\_short\\_title-raw\]\\_6](http://www.law.cornell.edu/wex/quotation/[field_short_title-raw]_6)) (acesso em 20.4.2013).

substantivos das decisões políticas impugnadas”,<sup>128</sup> de modo que o juiz não produz o Direito, mas apenas garante a lisura da sua elaboração.<sup>129</sup>

Em que pesem todos esses desenvolvimentos teóricos, a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos é tema ainda distante da pacificação. No Brasil, entretanto, e embora também aqui não se mostre tranquilo, o instituto não parece ser tão questionado quanto o é em sua terra natal.

Numa democracia que ainda se pode considerar recém-reconquistada, e cujos vícios eleitorais a mantém em duradoura crise de representatividade,<sup>130</sup> talvez haja menos motivos para questionar a existência de um órgão de defesa das minorias. Ou, mesmo que existam, tais razões não parecem superar outras em sentido contrário. Luís Roberto Barroso elenca tais argumentos pró-jurisdição constitucional:

“Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional. Alguns deles: (i) o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno; (ii) a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do *déficit* de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo; (iii) juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia; (iv) a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequadas das minorias no processo decisório.”<sup>131</sup>

<sup>128</sup> ELY, 2010, p. 243.

<sup>129</sup> Dworkin, entretanto, rebate esse argumento, ponderando que, se não fosse possível obter um consenso mínimo sobre questões substantivas, tampouco se poderia fazê-lo em relação aos aspectos procedimentais que, de um jeito ou de outro, acabariam influenciando processo legislativo e, conseqüentemente, também em seu resultado subjetivo (DWORKIN, 2000, p. 82-83).

<sup>130</sup> Recente pesquisa do IBOPE Inteligência, publicada em 4.1.2013 no *site* do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, revela que o Congresso Nacional, dentre todas as instituições públicas avaliadas, é a em que menos confia a população – obteve apenas 35 pontos (em escala de 0 a 100), no Índice de Confiança Social – ICS (<http://www.altosestudios.com.br/?p=50516>) (acesado em 15.1.2013).

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 674-675.

Isso não obstante, o problema é que, no federalismo brasileiro, a dificuldade contramajoritária do *judicial review* é elevada ao cubo, pois aqui não se cuida apenas de avaliar a constitucionalidade das vontades da maioria, mas de três maiorias distintas – a local, a regional e a nacional –, muitas vezes conflituosas. E, sempre que o controle judicial de constitucionalidade envolver a disputa de competências legislativas entre suas diversas pessoas políticas, o que estará em jogo é o equilíbrio da própria Federação.

## 2.3

### Jurisdição constitucional e centralismo

Desde a Modernidade, quando era considerado aplicador neutro e mecânico das leis editadas pelo Parlamento, o Poder Judiciário enfrenta dificuldades no desempenho tanto das suas funções originais quanto dos novos papéis políticos que assumiu (ilegitimamente para uns, timidamente para outros).

A crescente complexidade da vida social e econômica, em geral, e alguns episódios históricos, em particular, geraram tensões que exigiram o correspondente ajuste das estruturas política e jurídica. Festejados como novos instrumentos de justiça substantiva ou tidos como perigosos desvios do caminho democrático, fenômenos como a judicialização da Política e a constitucionalização do Direito, sua reconciliação com a Moral, a consagração da força normativa dos seus princípios, e a abertura de suas normas e métodos interpretativos tornaram imprecisos seus limites e mais problemática sua aplicação.

Não por acaso, o ápice da mitologia da subsunção<sup>132</sup> foi contemporâneo do pensamento cartesiano de que a realidade seria um dado objetivo, estático, que poderia ser fatiado, dissecado, racionalmente compreendido e então capturado numa fórmula. A origem da técnica remonta ao silogismo aristotélico, pois é par-

---

<sup>132</sup> A época da codificação, na qual a aplicação do Direito era reduzida a uma atividade meramente subsuntiva, encontra sua síntese na célebre frase atribuída a Jean Joseph Bugnet, Professor da Faculdade de Direito de Paris: “Eu não conheço o Direito Civil, ensino o Código de Napoleão”.

tindo da lei, geral e abstrata (a “premissa maior”), e aplicando-a ao caso, especial e concreto (a “premissa menor”), que se chega à decisão judicial (a “conclusão”).

Todavia, a evolução das vivências cotidianas não foi acompanhada pela atividade legislativa, amarrada nos parlamentos à burocracia e aos impasses da sociedade plural. O *deficit* legal gerado pela incapacidade de antever e regular as infinitas possibilidades das relações humanas não impediu, por outro lado, o crescimento de um cipoal de normas imprecisas e incoerentes, dificultando ainda mais o juiz na busca da lei aplicável e do seu “verdadeiro sentido”.

Suas lacunas e antinomias demonstraram, portanto, que o ordenamento jurídico não era um sistema completo, mas, ainda assim, acreditava-se que métodos interpretativos – literal, histórico, teleológico e outros – revelariam a “única resposta correta”.

Essa tradição legicêntrica predominante na Europa, na qual a lei era praticamente a única fonte do Direito – restando à Constituição, desprovida de força normativa, a articulação de princípios políticos que aconselhassem o legislador ordinário –, predominou até a Segunda Grande Guerra. Os princípios asseguravam direitos fundamentais apenas por intermédio da lei, pois não podiam ser diretamente invocados perante o Poder Judiciário na defesa de direitos subjetivos.

Coube ao pesadelo nazista lembrar que as maiorias de plantão costumam, de tempos em tempos, positivar a barbárie, e a tal preço inspirar o desenvolvimento de aparelhos de defesa de direitos fundamentais também em relação ao poder legislativo.

De fato, dali em diante se experimentou, a partir da Europa, a constitucionalização de temas antes confiados apenas à esfera legislativa ordinária. Princípios constitucionais de alto teor axiológico espalharam a força normativa adquirida pelo mundo da economia, das relações de trabalho e familiares, inclusive incrementando direitos sociais de caráter prestacional nascidos da Revolução Francesa. Além disso, a valorização das normas constitucionais, especialmente as protetoras das liberdades individuais, levou à adoção de métodos interpretativos que irradiava-

vam seus efeitos sobre a legislação infraconstitucional e todo o ordenamento, no chamado fenômeno da constitucionalização.<sup>133</sup>

A usual abertura e indeterminação semântica desses novos balizamentos constitucionais, já diretamente invocáveis perante o Poder Judiciário (desde a origem, no caso estadunidense), desnudou de vez as limitações do método subsuntivo e exigiu dos aplicadores do Direito o desenvolvimento de novas técnicas interpretativas. As inevitáveis tensões entre princípios de uma sociedade plural, alçados ao *status* constitucional pela via compromissória, foram campo fértil para a técnica da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade.

Positivistas proeminentes como Kelsen e Hart chegaram a admitir que, diante de um *hard case* desprovido de norma clara quanto à sua aplicabilidade ou sentido, e não podendo abster-se de julgá-lo, estaria o juiz autorizado a recorrer a critérios extrajurídicos. Na via inversa, o Direito Natural é resgatado por novas vertentes jusnaturalistas, que reaproximam o Direito de princípios morais universais que poderiam ser alcançáveis racionalmente.

Tais circunstâncias causaram, inegavelmente, certa transferência de poder político do parlamento aos tribunais. E, independentemente da legitimidade ou conveniência dessa judicialização da política, há que se refletir sobre um indesejável efeito colateral (ou prejuízo adicional, se preferível): o aumento da margem para o decisionismo judicial.<sup>134</sup> Ou seja, a decisão judicial, que já se descobrira ameaçada pela abertura e fluidez da norma, revelou-se então exposta também às subjetividades e tendências do seu humano prolator, que a tem nas mãos. Por sua própria natureza, a atividade do juiz é influenciada, conscientemente ou não, por

<sup>133</sup> No que toca à constitucionalização do Direito Civil, Pietro Perlingieri afirma que “a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos.” (PERLINGIERI, 2008, p. 589).

<sup>134</sup> No conceito ora proposto, trata-se da decisão a que se chega, conscientemente ou não, por critérios ou interesses extrajurídicos, e independentemente de eventual fundamentação, quando seria possível fazê-lo juridicamente. Diferentemente do senso comum sobre o tema, não é essencial que a decisão seja proferida “de trás para frente”, isto é, que a decisão ocorra antes do conhecimento ou utilização de um fundamento jurídico que poderia justificá-la. Nesse aspecto, basta que a decisão tomada por motivo extrajurídico independa do eventual fundamento legal de que o julgador já dispusesse, ou pudesse vir a dispor, para justificá-la.

sua origem, situação, ideologias, interesses e preconceitos, e talvez até por sua fisiologia.<sup>135</sup>

Com isso, percebe-se que também as relações de poder em que o julgador se insere permeiam suas decisões. E, tendo supostamente a última palavra para dizer o Direito (que, todavia, dá voltas), o judiciário situa-se no ponto mais crítico da relação entre o Estado e a sociedade; é a última fronteira do Estado, a membrana que o protege, filtrando os influxos jurídicos e extrajurídicos trocados com a multidão.

No que toca às nossas escolhas principiológicas e valorativas mais caras, por exemplo, a pressão e a vigilância da multidão e da mídia concentram-se muito mais nos onze ministros do Supremo Tribunal Federal do que nos 513 deputados e 81 senadores. Num caso difícil e de grande repercussão – em que se discuta, por hipótese, a constitucionalidade de uma norma local ou regional de forte interesse público – qualquer ideia ou vírgula fora do lugar, seja no texto do voto vencedor, ou mesmo oralmente, estará exposta a fortes questionamentos. Já no Congresso, as numerosas forças políticas, antes mais preocupadas com suas respectivas bases eleitorais do que com a generalidade dos cidadãos, tem ainda a prerrogativa de, indistintas no tumulto das sessões, diluir todos seus interesses no caldeirão legislativo.

Diferentemente, para os tribunais é bem difícil exercer sua função normativa residual sem sujeitar-se ao princípio da fundamentação, que expõe a um poderoso universo de intérpretes constitucionais qualquer decisão judicial fundamentada aos “saltos mirabolantes.”<sup>136</sup> Essas são as decisões que, sendo contramajoritárias,

<sup>135</sup> Conforme relata Marcelo Santini Brando, “(...) em uma recente pesquisa em psicologia social (DANZIGER, LEVAV, e AVNAIM-PESSO, 2011) revelou-se que juízes experientes também estão sujeitos a distorções/vieses psicológicos inconscientes. Em *Extraneous factors in judicial decisions*, Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso analisaram 1.112 decisões proferidas no período de 10 meses por 8 juízes israelenses incumbidos de julgar pedidos de concessão de liberdade condicional formulados por presidiários. Após isolarem diversas variáveis (ex.: fatores como a origem, raça, cor e sexo do apenado) os autores concluíram que há maior probabilidade de uma decisão favorável ser proferida logo no início dos trabalhos ou após uma pausa para refeição. (...) De acordo com os pesquisadores, as evidências encontradas sugerem que os juízes revelam uma tendência crescente a decidir pela manutenção do *status quo* quando tomam decisões de maneira continuada” (BRANDO, 2013, p. 96).

<sup>136</sup> Expressão referente a uma decisão cujo dispositivo, ou um de seus fundamentos, seja apontado pelo julgador, por decisionismo ou má-técnica, como decorrência de um argumento anterior, mas de forma, entretanto, que somente passando-se por cima de certas incongruências lógicas poderia fazer algum sentido.

mais provavelmente serão reformadas pela roda da vida. Se sua legitimidade depende da fundamentação de suas decisões – tidas como a última palavra na interpretação constitucional –, os tribunais poderão se ver em maus lençóis se ousarem desafiar por muito tempo o senso comum da multidão.<sup>137</sup>

Mas essas interações entre o Estado e a sociedade, nas quais a intermediação judicial influi decisivamente, podem evoluir tanto em direção a uma democracia mais intensa e participativa, como é desejável, quanto a um círculo vicioso, em que o poder se concentre mais e mais, até que já não se possa falar em Poderes, senão num Poder único, ilimitado, totalitário.

Veja-se, por exemplo, as transformações ocorridas na comunidade norteamericana, desde que o federalismo ali estreou, no seu esquétipo dual mais forte. Partindo de um modelo de rígida separação das competências políticas legislativas – em que confiavam ao legislador federal um restrito rol de competências sobre interesses gerais, e todas as demais aos Estados –, caminharam os norteamericanos, apesar das contestações, para um modelo de divisão eufemisticamente chamado de cooperativo, em que antigas e novas<sup>138</sup> competências foram mais e

<sup>137</sup> Talvez nossos congressistas, em suas quedas de braço com a Corte Suprema, não imaginem as dores de que são poupados pela atuação meniscal daqueles magistrados, quando resolvem a briga que eles mesmos não conseguiram terminar na Casa das leis. E ainda os chamam de intrometidos! Ora, além da escusa da indeclinabilidade, há que se considerar que muitas vezes são órgãos ou autoridades do próprio Poder Legislativo que judicializam suas querelas políticas. O Jornal O Globo noticiou a seguinte “Briga feia em Brasília”: “Em qualquer regime democrático, são frequentes as diferenças de opinião entre Executivo e Legislativo. O que é inevitável e até saudável. Faz parte das regras do jogo, no secular sistema dos três poderes, utilizado nos sistemas de governo das democracias do mundo inteiro. Raramente as divergências produzem crises perigosas para o funcionamento do sistema. Mas há sinais disso no ar de Brasília. A disputa atual foi provocada pela tramitação no Congresso de um projeto de lei que cria dificuldades para novos partidos. Uma decisão liminar do Supremo Tribunal Federal travou a votação definitiva do projeto. Indignados, os partidos governistas e mais o DEM, principal membro da oposição, uniram-se na defesa dos seus direitos — pelo menos, de direitos que consideram legítimos. Dessa união inédita (ou, pelo menos, bastante rara) nasceu o tal projeto, que considera os novatos como, pode-se dizer assim, partidos de segunda classe. Eles teriam acesso limitado ao fundo partidário e ao tempo de TV na propaganda eleitoral. Houve recurso dos prejudicados ao Supremo Tribunal Federal, onde ganharam, pelo menos, o primeiro round. A principal consequência disso foi o que se poderia esperar: um bate-boca entre os dois poderes. Os presidentes do Senado e da Câmara acusaram o STF de atropelar os poderes do Legislativo. E, no tribunal, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara rasgaria a Constituição ao admitir uma emenda constitucional que limita os poderes do Supremo e submete suas decisões à aprovação do Congresso. (...) De qualquer maneira, temos um problema absolutamente original: como o STF é a mais alta instância da Justiça, a que órgão ele poderia recorrer para derrubar a emenda? (...)” (<http://oglobo.globo.com/pais/moreno/>) publicado em 30.4.2013, e acessado em 6.5.13.

<sup>138</sup> Quanto a tais novas competências, um funcionário do Governo americano, em 1932, notou que um século antes “o Estado atuava principalmente como policial, soldado e juiz”, mas, com o tempo, foi chamada a atuar também “como médico, enfermeiro, professor, organizador de seguros,

mais acumuladas pelo poder central, chanceladas pelo Poder Judiciário, a título de resposta adequada à cada crise da hora.

Em *Marbury vs. Madison* (1803), juízes de todas as instâncias haviam assumido o poder/dever de declarar nula em relação às partes a norma inconstitucional com que se deparassem, incidentalmente, no âmbito de sua atividade jurisdicional regular. Apesar do aspecto democrático dessa difusão do controle de constitucionalidade, note-se que a interpretação constitucional, em última instância, foi invocada e mantida por um órgão central de jurisdição. O que se poderia esperar desse sistema?

O que se viu depois, em *McCulloch v. Maryland* (1819), foi mais uma vez a jurisdição constitucional servindo à centralização do poder político. Ao julgar o conflito entre interesses federal – o Congresso instituíra um Banco central mesmo sem poderes expressos para tanto – e estadual – Maryland pretendia tributar as atividades daquela instituição financeira em seu território –, a Suprema Corte norte-americana, ainda sob a liderança de Marshall, reconheceu não só os poderes implícitos necessários que a Constituição<sup>139</sup> outorgaria ao Congresso para a satisfação de suas competências expressas, como também que nenhuma delas poderia ser obstada pela ação dos Estados.

No mesmo sentido, pode-se citar o caso *Gibbons v. Ogden* (1824), em que a Suprema Corte, derrubando o monopólio de navegação estabelecido pelo Estado de Nova Iorque em suas águas, preferiu preservar as licenças de transporte concedidas pelo Governo Federal, sob o entendimento de que tal atividade estaria compreendida no conceito de comércio interestadual, cuja regulação a Constituição reservaria ao Congresso.

---

construtor de casas, engenheiro sanitário, farmacêutico, controlador ferroviário, fornecedor de gás, água e eletricidade, planejador urbano, distribuidor de pensões, fornecedor de transporte, organizador de hospitais, abridor de estradas e em grande número de outras atividades” (Bernard Schwartz. O Federalismo Norte-Americano Atual, p. 30, citando Robson em *Committee on Minister’s Power, Minutes of Evidence*, p. 52, in apud LIMA, 2000, p. 39).

<sup>139</sup> Que, em seu artigo 1º, seção 8, cláusula 18 (*Implied Powers Clause*), atribui ao Congresso a competência “para elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao governo dos Estados Unidos ou aos seus departamentos ou funcionários”.

O desenvolvimento dessa trajetória centralizadora, ressalve-se, não se deu de forma regular. Pendularmente, aos movimentos de centralização seguiam-se outros, de reação e defesa das liberdades estaduais.

A corte de Taney, nesse sentido, representou um importante momento de reafirmação da autonomia dos Estados em relação a uma série de relevantes questões políticas. Em *Dred Scott v. Sandford* (1857), seu caso mais emblemático, o enfrentamento do tema da escravidão, estrategicamente evitado pelos convencionais da Filadélfia, não pôde mais ser adiado, tendo então prevalecido o entendimento de que o Congresso americano não poderia, passando por cima da autonomia de cada Estado para tratar do assunto ao seu modo, tornar ilícita a propriedade escrava.

Porém, demonstrando ser relativa a ideia de que caberia à Suprema Corte a última palavra no controle de constitucionalidade, aquela decisão não resistiria por muito tempo. Com o *Civil Rights Act* de 1866, o Congresso volta à carga, e confere cidadania americana a qualquer pessoa nascida no País, e que não estivesse sujeita à jurisdição estrangeira. Dois anos depois, com a Décima Quarta Emenda, foi a própria “voz escarpada da lei constitucional” que, na prática, serviu de instância revisora da interpretação jurisdicional, estabelecendo que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e submetidas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e dos Estados onde residem”.

A imbricação das questões escravista e federativa teria, ainda, outros importantes desdobramentos, destacando-se a secessão em que explodiu a reação sulista às tarifas aduaneiras, proibitivas, levantadas contra o comércio negro. Nesse aspecto, a derrota do movimento separatista, de matiz calhouniana, foi um marco no processo de encolhimento das autonomias políticas descentrais estadunidenses.

Dali em diante, de crise em crise, a concentração do poder continuaria se consolidando na Federação norte-americana. No *New Deal*, superando o forte espírito liberal que teve no *crash* de 1929 o seu anticlímax, a doutrina keynesiana de intervencionismo estatal prestou-se à sustentação teórica da hipertrofia do Poder Executivo, encarnado na figura presidencial.

Então ainda numa fase mais ciosa de certas liberdades estaduais, a tolerância da Suprema Corte ao plano de reestruturação econômica de Roosevelt, centralizador e dirigista, teve de ser obtida a fórceps, sob pressão inclusive de ameaças de aparelhamento e alteração da própria composição da Corte.<sup>140</sup> Legitimado e relegitimado pelas urnas, Roosevelt finalmente conseguiria reverter as derrotas paralisantes que a Suprema Corte inicialmente lhe impusera, levando a cabo a partir dali, cada vez mais livremente,<sup>141</sup> seu plano contra a Grande Depressão.

O golpe de misericórdia no federalismo dual veio em 1941, com *United States vs. Darby*. Antes, em *Hammer vs. Dagenhart* (1918) e *Carter vs. Carter Coal Company* (1936), a Suprema Corte distinguira os conceitos dos termos “comércio” e “fabricação”, proibindo a União de interferir nesta última (de competência estadual), a título de regular aquele (de competência federal). Mas, abandonando a linha adotada naqueles precedentes, a Corte, em *United States vs. Darby*, sustentou que a competência da União para regular o comércio interestadual “não poderia ser nem aumentada nem diminuída pelo exercício ou falta de exercício do poder estadual”, e, assim, se repercutissem nacionalmente nos temas da União, mesmo os assuntos de interesse local poderiam ser regulados pelo governo central. Foi considerado constitucional, portanto, o *Fair Labor Standards Act* de 1938, com o qual a União estabeleceu padrões mínimos de dignidade das condições de emprego, atacando as vantagens desleais e destrutivas pelas quais os competidores estaduais toleravam o sacrifício de seus trabalhadores numa linha de produção desumana (ameaçando, com tal exagero, o próprio capitalismo).

Trata-se, sem dúvida, de um marco histórico do federalismo cooperativo, já que a partir dali, reinterpretada com temperamentos a Décima Emenda, seria aceita a cooperação central mesmo na legislação de temas “não delegados aos Estados Unidos pela Constituição”, e expressamente “reservados aos Estados” naquele dispositivo.

<sup>140</sup> Com a *Judicial Procedures Reform Bill* de 1937, alcunhada de *court-packing plan*, Roosevelt pretendia contornar o obstáculo judicial aos seus projetos, adicionando à composição da Suprema Corte até seis novos *justices*, um a cada vez que outro completasse 70 anos e seis meses.

<sup>141</sup> Embora a reforma judicial casuística proposta por Roosevelt não tenha se concretizado, especula-se que a pressão possa ter surtido efeitos. Fato é que, influenciada ou não pela pressão governista, a Suprema Corte, logo em seguida, em *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), se mostraria mais amigável ao *New Deal*, reconhecendo naquela oportunidade, em favor de Washington, a constitucionalidade de ato legislativo que estabelecia salário-mínimo.

Esse fenômeno centralista de concentração do poder, frise-se, não se manifestou apenas no berço do federalismo moderno, antes sendo notado, com maior ou menor intensidade, em todos os Estados que adotaram tal modelo político.

Elísio Augusto Velloso Bastos chega a sustentar que “é ínsita à ideia de federalismo a predominância do Estado federal sobre os Estados federados, a qual, em geral, manifesta-se por intermédio de três mecanismos básicos: observância obrigatória de uma pauta mínima de valores por parte dos componentes da Federação; observância de um sistema rígido de distribuição de competências fixado pela Lei Fundamental do país; instituição de um tribunal com a suprema função de defender a Constituição.”<sup>142</sup>

Outro de muitos exemplos, também no caso tedesco a concentração do Poder na esfera central de governo vem causando apreensão doutrinária, já longa, conforme relata Paulo Bonavides:

“Também os publicistas alemães se queixam em nossos dias, após trinta anos de sólida experiência federativa, que não é possível admitir, sem esboçar um movimento de resistência e buscar novos corretivos institucionais, a perda das competências legislativas originárias por parte dos Estados-membros da federação alemã. Clamam à União que poderiam, sem dano para a administração pública, ser preenchidas pelo poder autônomo das unidades federadas. Impetram, por conseguinte, um fortalecimento do princípio da subsidiariedade, segundo o qual só passa à esfera de competência do ente maior aquelas matérias que não podem ser da mesma forma ou com vantagem exercitadas pelos entes públicos inferiores.”<sup>143</sup>

No caso do Brasil, onde esses episódios do federalismo mais cedo ou mais tarde costumam ser reprisados, o papel do Poder Judiciário também é considerado fundamental no processo de centralização.

Veja-se, por exemplo, a questão do princípio da simetria, com base no qual o Tribunal da Federação vem, desde ordens constitucionais anteriores, julgando inconstitucionais inúmeras normas editadas pelas legislaturas estaduais ou mesmo pelos poderes constituintes derivados.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> BASTOS, *Elísio Augusto Velloso*, 2009, p. 94.

<sup>143</sup> BONAVIDES, 1985, p. 108.

<sup>144</sup> No âmbito do recurso extraordinário n.º 74193 / GB, julgado em 24.4.1973, o Supremo Tribunal Federal, invocando expressamente o referido princípio, entendeu que “os Estados, sem embargo de autonomia para sua organização e administração, já estavam adstritos, sob a C.F. de 1.946,

Como seria de se esperar naqueles tempos de autoritarismo e centralização política, a Constituição de 1967, tanto em seu texto originário<sup>145</sup> quanto na redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 1/1969,<sup>146</sup> expressamente incorporava suas normas às Constituições dos estados-membros, impondo-lhes, no que coubesse, a adoção dos paradigmas federais.

Todavia, ainda que os sobreditos dispositivos permitissem invocá-lo com mais fundamento, desde então já eram criticados os exageros na aplicação do princípio da simetria, sob o entendimento de que “a Constituição não deve ser levada a esse extremo de se exigir dos Estados quase que uma verdadeira cópia xerox da Constituição Federal.”<sup>147</sup>

Se, mesmo sob a ordem constitucional de 1967/69, já não era impossível questionar com êxito<sup>148</sup> exigência excessiva de paralelismo entre os modelos normativos da União e dos demais entes federativos, a Carta de 1988, por sua vez, prometia proteção ainda maior às autonomias subnacionais.

Sucede que, embora o texto da Constituição Federal já não permita vislumbrar ali tão facilmente o princípio da simetria,<sup>149</sup> o Tribunal da Federação ainda

---

às linhas mestras do regime, devendo guardar simetria com o modelo federal em matéria de divisão, independência e competência dos 3 Poderes, assim como princípios reguladores do funcionalismo público”; sob tal fundamento, rejeitou-se o aumento pleiteado por funcionários da Guanabara, que mesmo por isonomia o Poder Judiciário não lhes poderia conceder, já que para tanto seria necessária lei específica daquele antigo Distrito Federal. Antes mesmo de nomeá-la, e mais ainda depois, o Árbitro da Federação já sustentava a ideia de que, inexistindo normas constitucionais que lhes sejam dirigidas especificamente, os estados-membros, no exercício de suas competências autônomas, devem adotar, *mutatis mutandis*, aquelas constitucionalmente estabelecidas para a União em hipóteses semelhantes (*vide* Rp n.º 764/ES - julgada em 6.3.1968 -, Rp n.º 770/GB - julgada em 26.2.1969 -, Rp n.º 755/RJ - julgada em 14.5.1969 -, Rp n.º 796/SP e Rp n.º 824/ES - julgadas em 10.6.1970 -, e Rp n.º 892/RS - julgada em 15.8.1973 -, dentre outros numerosos precedentes no mesmo sentido).

<sup>145</sup> CF (1967), art. 188 – Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às cartas estaduais.

<sup>146</sup> CF (1967-69), art. 200 – As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

<sup>147</sup> Conforme o voto vencido do Ministro Aliomar Baleeiro no âmbito da representação n.º 898/RS, julgada em 25.4.1974.

<sup>148</sup> Nesse sentido, julgou-se constitucional, em 23.8.1972, no âmbito da representação n.º 861/MG, o art. 10, inciso I, da Constituição mineira, no que vedava ao Estado “instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça ou cobrá-lo sem a prévia autorização orçamentária”. Prevaleceu, então, o entendimento do Ministro Aliomar Baleeiro, no sentido de que nada impediria que um estado-membro impusesse, a si mesmo (mas não aos seus municípios), uma limitação ao poder de tributar maior do que àquela aplicável à União Federal em hipótese semelhante.

<sup>149</sup> É que, embora ainda se possa sustentar que o princípio da simetria estaria inculcado na Constituição Federal – agora em seu art. 25, *caput*, e no art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitu-

frequentemente o invoca para afastar, sem maior parcimônia, as mais diversas normas estaduais.<sup>150</sup>

Por outro lado, também no delineamento dos espaços normativos infraconstitucionais a atuação do Supremo Tribunal Federal é considerada centralista. Segundo a doutrina – e tal, como se verá adiante, confirma a pesquisa objeto desta dissertação –, “na jurisprudência mais recente do STF pode ser constatada uma tendência ainda restritiva quanto a um amplo e real compartilhamento competencial, ou seja, a admissão de um largo espaço para a autonomia legislativa dos estados-membros no Brasil, no que se refere a essa pontualmente prevista *competência concorrente*”.<sup>151</sup>

A jurisdição constitucional,<sup>152</sup> portanto, como indicam todos esses episódios, tem papel estratégico nesses processos de centralização e descentralização do poder no Estado federal. Se a multidão se fizer ouvir pelo tribunal, o instituto será

---

cionais Transitórias –, ambos os dispositivos impõem apenas que os estados-membros, ao regerem-se por suas normas legais e constitucionais, observem os princípios da Constituição Federal; não há mais, como havia na ordem constitucional anterior, expressa previsão de adaptação das Constituições estaduais às normas e princípios da Carta Federal, e tampouco de incorporação destas ao texto daquelas.

<sup>150</sup> Podem ser destacados, na jurisprudência mais recente, os acórdãos prolatados no âmbito da ADI 3647/MA – no sentido de que, “em decorrência do princípio da simetria, a Constituição Estadual deve estabelecer sanção para o afastamento do Governador ou do Vice-Governador do Estado sem a devida licença da Assembléia Legislativa” –, da ADI 2079 – na qual, “à luz do princípio da simetria”, julgou-se inconstitucional “a norma jurídica decorrente de emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, de que resulte aumento de despesa” –, e da ADI 2872/PI – na qual também se concluiu que “a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados decorre da violação ao princípio da simetria, uma vez que a Constituição do Estado do Piauí exige a edição de Lei Complementar para o tratamento de matérias em relação às quais a Constituição Federal prevê o processo legislativo ordinário”.

<sup>151</sup> In *Série Pensando o Direito*, 13/2009 – Relatório Final da Pesquisa “*Projeto Pensando o Direito: Federalismo no Brasil: limites da competência administrativa e legislativa*”, desenvolvida no Convênio Mackenzie/PNUD/SAL-MJ sob a coordenação do Prof. Dr. Gilberto Bercovici, p. 32.

<sup>152</sup> Ressalte-se que o controle de constitucionalidade das leis é apenas um dos aspectos da justiça constitucional, que José Joaquim Gomes Canotilho conceitua como “o complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais destinados à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”. Dentre as demais funções da jurisdição constitucional, o julgamento dos litígios relacionados às competências das suas diversas pessoas políticas revela-se – assim como o *judicial review*, com o qual quase sempre se imbrica – decisivo para o Estado federal. Além do controle de constitucionalidade das leis e do julgamento dos litígios decorrentes da divisão vertical do poder político do Estado federal, o mestre português cita, ainda, outros quatro aspectos da jurisdição constitucional: o julgamento de litígios constitucionais entre órgãos supremos do Estado; a proteção aos direitos fundamentais; a apreciação de responsabilidades constitucionais e crimes de responsabilidades; e o contencioso político-eleitoral (CANOTILHO, 2003, p. 698).

verdadeiramente democrático; caso contrário, será mero distracionismo, a serviço de outros fatores reais de poder.<sup>153</sup>

Assim, no federalismo, desdobra-se em outras a questão da captura do poder revolucionário da multidão por forças conservadoras e reacionárias, geradas e atuantes a partir das estruturas formais constituídas pelo próprio desejante.

Além de avaliar até que ponto, em cada uma de suas manifestações, o sistema federativo permaneceu equilibrado e fiel ao desejo comum das suas singularidades constituintes, é necessário analisar, sob a mesma perspectiva crítica, o posicionamento das estruturas federativas em relação às diversas esferas políticas autônomas, na dinâmica conflituosa das suas relações; em especial, merecem atenção a forma e as tendências com que aquelas estruturas – legislativas, executivas e judiciais – do poder constituído atuam na elaboração e interpretação das normas constitucionais definidoras de competências políticas, influenciando no equilíbrio de forças entre os entes central e descentrais.

Por outro lado, é importante considerar a possibilidade de que tais estruturas – embora naturalmente conservadoras – sejam sensíveis às influências e pressões das singularidades, a ponto de serem retomadas, reinventadas e reafirmadas como arena de confronto e afirmação das vontades políticas da multidão.

---

<sup>153</sup> Segundo Lassalle, “os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal e qual elas são”. Àquela época, o autor identificava, como fatores reais de poder, a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, o mercado financeiro e, “nos casos extremos e desesperados”, também o povo (LASSALLE, 1998, p. 26 et seq). Uma das saídas para a tomada definitiva do Tribunal, ou um de seus catalisadores, poderiam ser normas atuantes sobre a dinâmica desses fatores reais de Poder. Para o constitucionalismo tradicional, talvez mais facilmente se salutar uma norma como a Resolução 170, aprovada pelo Plenário do CNJ, por maioria, no dia 19 de fevereiro deste ano, e prontamente impugnada por entidades de classe da magistratura nacional (cujos pedidos de medida liminar foram rejeitados sob a relatoria do Ministro Celso de Mello). Seu art. 4º estabelece, dentre outras limitações, que “a participação de magistrados em encontros jurídicos ou culturais, quando promovidos ou subvencionados por entidades privadas com fins lucrativos, e com transporte e hospedagem subsidiados por essas entidades, somente poderá se dar na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou organizador”. Mas não seria isso apenas um ato estratégico na disputa entre os detentores dos poderes político e financeiro? Não seriam, numa visão negriana, apenas estruturas disputando poder que lhes assegure a existência? Nesse caso, para considerar positiva uma tal norma, seria necessário julgar melhor a autoridade política do que a financeira? Se, por um lado, o dinheiro não respeita conchavos e preferências políticas, sendo igualitário em sua dominação, na mesma medida os detentores do poder político dependem da atratividade de seus discursos, sendo, pois, sensíveis ao eleitorado.