

2

Jurisdição Constitucional: novas perspectivas

2.1

O caso dos exploradores de caverna: uma releitura

Toda a literatura consiste num esforço para tornar a vida real. Como todos sabem, ainda quando agem sem saber, a vida é absolutamente irreal, na sua realidade direta; os campos, as cidades, as idéias, são coisas absolutamente fictícias, filhas de nossa complexa sensação de nós mesmos. (...) Dizer! Saber dizer! Saber existir pela voz escrita e a imagem intelectual! Tudo isto é quanto a vida vale: (...)

Fernando Pessoa

A clássica obra de Lon Fuller, exposta sob a forma de artigo na Harvard Law Review no ano de 1949 ilustra o caso hipotético de um julgamento de cinco acusados pela morte de um de seus companheiros por antropofagia. Em uma expedição espeleológica no interior de uma caverna, seus exploradores são surpreendidos com o desabamento de terra que os tornam prisioneiros até a chegada da equipe de resgate. Mesmo com o pronto deslocamento de máquinas e homens ao local, a operação mostrou-se uma tarefa árdua que levaria algumas semanas para conseguir atingir seu objetivo.

Através de mensagens enviadas pelo rádio que a equipe portava foi possível aos exploradores tomarem ciência da dramática situação a qual estavam submetidos e do lapso temporal que levaria aquela delicada operação de salvamento. Nesse momento, iniciam-se os questionamentos que interessam ao nosso trabalho de pesquisa. O representante da expedição, Roger Whetmore, falando em nome dos exploradores, indagou às equipes de resgate sobre o tempo que eles sobreviveriam sem alimento e se havia possibilidade de ganhar uma sobrevida, caso optassem por comer a carne de um dentre eles. A resposta à primeira indagação foi de que dificilmente os membros sobreviveriam por mais de dez dias sem alimento, no entanto, caso optassem pela segunda, haveria possibilidade de sobrevivência.

Diante do impasse, o próprio Whetmore questionou os responsáveis pela operação de resgate para saber quem poderia decidir de modo razoável aquela questão. Cabe registrar a passagem, nas palavras do próprio autor:

“Whetmore inquiriu se seria aconselhável que tirassem a sorte para determinar qual dentre eles deveria ser sacrificado. Nenhum dos **médicos** se atreveu a enfrentar a questão. Whetmore quis saber se havia algum **juiz** ou outra **autoridade governamental** que se dispusesse a responder á pergunta. Nenhuma das pessoas integrantes da missão de salvamento mostrou-se disposta a assumir o papel de conselheiro nesse assunto. Whetmore insistiu se algum **sacerdote** poderia responder àquela interrogação, mas **não se encontrou nenhum que quisesse fazê-lo.**”¹ (grifo nosso)

Nos instantes que se seguiram a conexão por rádio foi cortada e no vigésimo terceiro dia quando a expedição foi, finalmente, resgatada, descobriu-se que seu líder, Whetmore havia sido morto e servido de alimento a seus companheiros. O relato dos sobreviventes, que a partir daquele momento tornaram-se réus, descreve o modo como decidiu-se quem deveria sacrificar-se pelo grupo. A escolha contou com a sorte lançada através de um par de dados que a vítima levava consigo.

Antes de prosseguirmos na fundamentação dos quatro juízes e do pedido de clemência endereçado ao chefe do poder Executivo, cabe chamar atenção para o texto supra transcrito. Nele, há uma menção direta, nesta ordem, ao médico (representante do saber científico), ao juiz (conhecimento jurídico), autoridade pública (em sentido amplo, representando o Estado) e por fim o sacerdote (representando a religião). O médico, em nosso entender, representaria a fé inabalável na ciência, a ponto de lembrarmos da primeira parte da obra de Thomas Hobbes, quando o filósofo britânico afirma que “a ausência de ciência, em outras palavras, a ignorância das causas, predispõe, ou melhor, obriga os homens a confiar na opinião e autoridade alheia.”²

No caso em estudo, a autoridade alheia passa a ser o representante do Poder Judiciário, que naquela hora, como não estava formalmente obrigado a decidir, preferiu abster-se, o mesmo fazendo a autoridade pública. Restava, todavia, a esperança na resposta do sacerdote, símbolo da sabedoria religiosa, como último recurso a orientar aquela difícil decisão. Todos se auto-concederam o

¹ FULLER, Lon. op.cit. p. 5.

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Mantin Claret, 2008, p. 81.

direito de não decidir, o que demonstra a complexidade que circunda as peculiaridades deste “caso difícil”, sobre o qual não há regras disponíveis capazes de solucioná-lo.³

Os passos seguintes, que antecedem ao julgamento pelos quatro magistrados da fictícia Corte de Newgarth, ficam a cargo do juiz de primeira instância, que embora os tenha declarado culpados, deixa transparecer o alívio que o acomete por não ser o último a decidir. O magistrado envia uma petição ao chefe do Poder Executivo solicitando a clemência para os acusados, a partir daquele momento, culpados. Diante da improbabilidade do pedido, inicia-se o julgamento pela Suprema Corte local.

Os quatro magistrados embasam suas fundamentações e, em seguida, proferem decisões opostas. O primeiro a argumentar, o juiz Foster aduz os argumentos mais interessantes para o tema da correção legislativa, chegando a opinar superficialmente a favor da supremacia parlamentar sobre o judiciário, posição, que para ele, não deve ser suplantada por decisão judicial. Segundo Foster, os réus devem ser inocentados, do contrário “a própria lei desta *Commonweath* (...) será condenada no tribunal do senso comum”. E prossegue, afirmando que caso os réus sejam condenados, tal decisão deverá os envergonhar, exceto que possam apelar a uma “exceção que se encontra na dependência do capricho pessoal do chefe do Executivo”⁴.

Em seguida, o magistrado traz à tona a ponderação de valores, ao questionar se seria legítimo acusar os cinco exploradores pela morte de um, enquanto dez operários sacrificaram suas vidas durante a operação de resgate. Ressalta-se a contemporaneidade da argumentação esboçada na pequena obra de Fuller, ao abordar o atual método da ponderação. Em recente obra sobre o tema, Paulo Gonet Branco, afirma que “o método assegura, por outro lado, possibilidade mais concreta de ajustes do ordenamento jurídico às evoluções da sociedade”⁵.

Por fim, em seu voto, o juiz Foster acrescenta, ainda, o respeito ao primado da lei, embora reconheça que a atividade judicial é interpretativa e que

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 127.

⁴ FULLER, Lon. op. cit. p. 10 – 25.

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 140 – 143. Para este autor, “entende-se que o balanço de valores e interesses é incontornável nos casos difíceis – aqueles em que não é possível encontrar a solução justa por mera subsunção, por não ser unívoca e premissa maior do raciocínio, por isso que depende de hierarquização de princípios não estabelecida prévia e definitivamente.”

por isso, cabe a ela extrair o conceito mais racional (e não puramente literal), nem que para isso tenha que promover “a correção de óbvios erros ou equívocos legislativos” e que tal procedimento, “não importa em suplantar a vontade do poder legislativo, mas em fazê-la mais efetiva”⁶. Assim, o magistrado conclui o seu voto, declarando os réus inocentes e fornecendo um rico componente para o nosso trabalho, ao mencionar sobre a possibilidade recíproca de correção entre os Poderes.

O segundo magistrado a proferir seu voto, é o juiz Tatting, que além de manifestar críticas ao Ministério Público que não deveria ter formulado a denúncia⁷, acaba por recusar-se a participar da decisão do caso. Ele não apresenta argumentos que poderiam induzir-nos a uma fundamentação baseada na suspeição do juiz, o que nos levaria a crer que Tatting praticou o denominado *self-restraint*,⁸ por se autoconter diante do dever de decidir.

O juiz Keen é o terceiro magistrado a argumentar diante da Corte e o primeiro a pedir pela condenação dos réus. No começo de seu voto, ele procura uma fundamentação para que a competência para decidir o caso seja responsabilidade do chefe do Poder Executivo e não do Judiciário. No entanto, o ponto alto de sua argumentação merece transcrição, já que o caso fictício ocorre no ano de 4300:

“Tempo houve, neste país, em que os juízes efetivamente legislaram livremente e todos nós sabemos que durante esse período algumas de nossas leis foram praticamente reelaboradas pelo Poder Judiciário. Isto ocorreu em um momento em que os princípios aceitos pela ciência não designavam de maneira segura a hierarquia e a função dos vários poderes do estado. Todos conhecemos a trágica consequência desta indistinção através de breve guerra civil que resultou do conflito entre o Poder Judiciário, de um lado, e os Poderes Executivo e Legislativo, de outro.”⁹

⁶ FULLER, Lon. op. cit. p. 25.

⁷ Como se pode notar, todos os magistrados buscaram respostas em outros poderes para tentar redimir seu dever constitucional de proferir uma decisão.

⁸ O *self-restraint*, também denominado na jurisprudência norte-americana como *political question doctrine*, entendida como *standards* fixados pela própria Corte no intuito de não ultrapassar a tênue fronteira que procura harmonizar a relação interpoderes. Canotilho o classifica como “princípio funcionalmente limitativo”. V. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1224. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 462.

⁹ FULLER, Lon. op. cit. p. 44.

Após essa longa explanação, o magistrado enaltece a supremacia parlamentar como um princípio consistente e em vigor. Segundo ele, cabe ao Judiciário aplicar “fielmente a lei escrita e interpretá-la de acordo com seu significado”, no entanto não o cabe indagar se o *judicial review* é algo desejado, pois tão-somente “tornou-se uma premissa tácita subjacente a toda ordem jurídica”. Ora, a sua argumentação de tão sutil e politicamente elaborada, poderia ser comparada à histórica decisão do Juiz Marshall ¹⁰ no caso que inaugurou o controle de constitucionalidade das leis no Direito americano. Essa conclusão pode ser reafirmada se prosseguirmos na leitura atenta de seu voto. O juiz Keen ressalta que há uma lacuna nesse caso, e que cabe ao judiciário descobrir, nos moldes da corrente não-originalista ¹¹ norte-americana e colmatá-la. ¹² Por fim, mencionando a ação intencional dos réus, vota pela culpabilidade dos mesmos.

O último juiz a proferir seu voto faz, novamente, menção ao equívoco do Ministério Público em tê-los denunciado, bem como conclama pela clemência do chefe do Executivo. No entanto, o alvo principal de sua crítica aponta para a distância – “que o faz perder o contato com o homem comum” - mantida entre o Poder Judiciário e o povo. O magistrado reafirma a necessidade de se escutar a opinião popular e por fim, questiona a legitimidade de quatro homens decidirem em nome de noventa por cento da população que ao ser consultada nas ruas defendia a liberdade daqueles. As teorias da “sociedade aberta dos intérpretes” da Constituição de Habermas ¹³ e de “constitucionalismo popular” ¹⁴ do norte-americano Larry Kramer ganham vida nas linhas precisas de Lon Fuller.

¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). A decisão será debatida mais aprofundadamente no capítulo atinente ao modelo norte-americano de correção legislativa de decisão judicial.

¹¹ De acordo com Chemerinsky, no Direito americano há duas abordagens de interpretação constitucional, qual sejam originalismo e não originalismo. A primeira entende que às Cortes incumbe o papel de decidir de acordo com a previsão normativa expressa pela vontade de seus criadores (*framers*). Por outro lado, os adeptos da abordagem não-originalista entendem que é facultado às Cortes o poder de interpretar a Constituição e proteger direitos não expressados claramente no respectivo texto. Segundo o professor, há ainda distintas correntes dentro de cada uma das abordagens. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen publishers, 2006. p. 17 – 26.

¹² A sua argumentação soa irônica, mesmo para um leitor desatento. O mesmo magistrado que condenou o conflito entre os Poderes e enalteceu a supremacia parlamentar declara a competência do Judiciário para interpretar e integrar eventuais lacunas no ordenamento jurídico.

¹³ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

Apesar de tratar-se de obra da ficção jurídica, vale salientar que o caso em nosso sistema penal constitucional não receberia os contornos, tampouco a complexidade atribuídos ao caso. Embora, um dos juízes tenha, brevemente, mencionado a figura da legítima defesa ¹⁵ justamente para demonstrar que não restaram preenchidos os seus requisitos, e , portanto os réus deveriam ser condenados, a situação é mais adequada para aplicação da figura do estado de necessidade como excludente da antijuridicidade. A associação ao exemplo clássico dos dois naufragos disputando a mesma tábua, torna-se inevitável.

Segundo o criminalista Cezar Bitencourt, o estado de necessidade pode ser compreendido nas hipóteses, nas quais “o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar os bens em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a solução natural, para proclamá-la legítima.” ¹⁶ O professor acrescenta ainda que a legítima defesa não se confunde com o estado de necessidade, vez que aquela é caracterizada pela reação contra bem jurídico pertencente ao autor da conduta, enquanto este abriga bem jurídico pertencente a terceiro inocente.

Tudo considerado, o caso serviu para ilustrar a complexidade da decisão diante de novas situações fáticas, as quais não há norma específica que possa-nos conduzir para a “resposta certa”. Novamente, fazendo expressa alusão à Dworkin, nem todos os magistrados possuem a paciência e sabedoria sobre-humanas do juiz Hércules ¹⁷ e sua capacidade de perceber a intenção legislativa e a história jurídica de uma comunidade. Casos de difícil solução, conforme analisaremos nos itens seguintes passam a fazer parte da rotina do Judiciário, sobretudo aqueles nos quais não cabe adiamento da decisão, como são os casos levados às Cortes Supremas. Dessa forma, a possibilidade de correção das decisões judiciais pelo Parlamento, tem o condão de preencher os requisitos de incerteza, bem como modificar orientações que muitas vezes mostram-se contrárias aos anseios do legislador.

¹⁴ KRAMER, Larry D. *Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “interesse do homem”*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁵ Note-se que assim como o estado de necessidade, a legítima defesa é uma das espécies que excluem a antijuridicidade da conduta, ou como parte da doutrina penal prefere denominar, “causa de justificação”. Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit. p. 250.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 164 – 192.

2.2

Teorias sobre o modelo de jurisdição constitucional

No plano do direito, na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao [poder hermenêutico] dos juízes.¹⁸

O debate teórico em torno da legitimidade da jurisdição constitucional não se restringe a determinada região geográfica. Embora alguns países, como os de *common law* tenham seguido sistemas distintos, o modelo prevalecente, contudo, permanece de jurisdição constitucional. O controvertido debate sobre a legitimidade e alcance da interpretação constitucional vem ganhando contornos mais elaborados desde suas primeiras manifestações no constitucionalismo moderno.

Nesse item, focalizaremos algumas teorias sobre interpretação constitucional, baseadas na classificação desenvolvida por Erwin Chemerinsky.¹⁹ O autor norte-americano parte da indagação a respeito de quem tem competência para realizar a interpretação da Constituição, o que para ele deve ser tarefa de “todos os órgãos oficiais e instituições (que) estão igualmente comprometidos.”²⁰ Segundo esse professor, os legisladores devem considerar a constitucionalidade das normas formuladas por eles, o Executivo através do exercício do veto pode igualmente verificar tal compatibilidade, e, por fim o Judiciário por meio do controle de constitucionalidade tem legitimidade para desconsiderar norma colidente com a Lei Maior.

De acordo com Chemerinsky, há três métodos possíveis de se conceber a hermenêutica constitucional. Tais métodos não são necessariamente antagônicos, podendo conviver os três no mesmo ordenamento jurídico, a depender do período e da ótica pela qual a jurisdição passa a ser compreendida. Segundo este autor:

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. In. TRIBE, Lawrence. DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. xv.

¹⁹ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 28 – 33.

²⁰ “Who should interpret the Constitution? The correct answer is that all government officials and institutions are required to engage in constitutional interpretation” (tradução aproximada) CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 28 – 33

- a) o Judiciário é a autoridade interpretativa;
- b) cada poder tem autoridade interpretativa em “determinadas áreas”;
- c) não há um único intérprete.

No tocante ao primeiro método, embora todos os Poderes interpretem a Constituição, restringe-se ao Judiciário o papel de proferir a “palavra final” sobre o sentido e alcance das normas. Segundo Chemerisky, esse primeiro método foi enfatizado pela célebre decisão do Juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*,²¹ ao declarar “é enfaticamente dever de o Judiciário dizer o que é o direito.”²²

O modelo tornou-se predominante em grande parte dos estados de direito do ocidente,²³ os quais optaram por privilegiar a supremacia do Poder Judiciário. Essa concepção inaugurada nos Estados Unidos espalhou-se no período pós II^a Guerra aos países da Europa, América Latina, e, posteriormente, para Ásia e África.²⁴

Os fundamentos da jurisdição constitucional caracterizam-se, conforme sentença Barroso, por três enunciados do Juiz Marshall na decisão supracitada. Em primeiro lugar ao afirmar a supremacia constitucional; em segundo ao considerar nulo qualquer ato do Legislativo incompatível com aquela, e, por fim; o “ponto mais controvertido” a competência concedida ao Judiciário para interpretar a Constituição.²⁵

Conforme adverte o constitucionalista Paulo Bonavides,²⁶ “determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade” permanece “o ponto mais grave” do controle de constitucionalidade. Pois, se por uma lado é possível obter “a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado, funcionamento dos órgãos do Estado”, por outro “conferir esse lugar a determinado órgão seria conceder verdadeira proeminência ou supremacia capaz de afetar o equilíbrio entre os

²¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²² “It is emphatically the province and duty of the judicial department so say what law is”. (tradução aproximada). CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 31.

²³ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 11 - 13.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. SARMENTO, Daniel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309 – 345.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 323. As raras exceções ficam a cargo dos denominados modelos dialógicos, os quais serão examinados no item 2.1 deste trabalho.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 297

Poderes.” Exceto, acrescentaríamos, se esse método puder ser atenuado pelos dois outros ou pela correção legislativa de decisões judiciais, conforme analisaremos no capítulo seguinte.

O segundo método busca estabelecer quais matérias devem ou não fazer parte da pauta decisória de cada um dos Poderes. De acordo com Chemerinsky, “cada Poder teria autoridade interpretativa em cada parte da Constituição, mas nunca o mesmo Poder teria tal autoridade para a Constituição inteira.”²⁷ Para a surpresa de alguns estudiosos do direito americano, Chemerinsky entende em obra publicada em 2006 – portanto, recente - que esse segundo método é o que melhor descreve o atual modelo de interpretação constitucional dos Estados Unidos. Segundo ele “o Judiciário tem declarado que certas partes da Constituição expressam questões políticas, as quais são problemas a serem decididos por outras instâncias governamentais e não pelas cortes.”²⁸ Além da fundamentação por meio de construção jurisprudencial, a doutrina também procurou formular teorias capazes de delimitar a competência de cada Poder sobre o conteúdo das respectivas matérias.

Na doutrina americana, um nome de destaque foi James Bradley Thayer,²⁹ quem em 1893 escreveu importante artigo, no qual analisa algumas decisões de Cortes estaduais para elaborar a sua tese, conhecida como departamentalismo. Thayer em várias passagens de seu artigo faz citações de decisões de juízes das cortes supramencionadas para justificar que o Poder Judiciário somente deve intervir quando não restar “espaços para dúvidas razoáveis.”³⁰ O autor utiliza-se de tais decisões para reforçar seu entendimento de que a interferência judicial somente deve ocorrer em casos de “violação óbvia e nítida”³¹ aos preceitos

²⁷ A second approach to the question of who is the authoritative interpreter of the Constitution is that for each part of the Constitution one branch of government is assigned the role of being the final arbiter of disputes, but it is not the same branch for all parts of the Constitution” (tradução aproximada). CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 30.

²⁸ “The Judiciary has declared that certain parts of the Constitution pose political questions and are matters to be decided by branches of government other than the courts”. (tradução aproximada). CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 31.

²⁹ THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. 7 Harvard Law Review. 129 (1893).

³⁰ “Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt.” (tradução aproximada) THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. 7 Harvard Law Review. 129 (1893).

³¹ “But the violation must be plain and clear (...).” (tradução aproximada) THAYER, James Bradley.

constitucionais. Pelos motivos expostos, sua tese também ficou conhecida como doutrina do *clear mistake* e pode ser reconhecida como corrente integrante desse segundo método proposto por Chemerinsky.

De acordo com Tushnet,³² o famoso ensaio de Thayer tinha como alvo a doutrina forte de *judicial review*, ao apoiar versões mais brandas de controle, as quais foram igualmente defendidas pelo Congresso, pela presidência e até pela própria Suprema Corte durante meados do século vinte. Conforme conclui Tushnet, ao referir-se à teoria de Thayer, “o pensamento conservador contemporâneo costuma sentir-se atraído às formas de departamentalismo.”³³

Outro autor que se consagrou ao defender o papel da jurisdição constitucional como instrumento de proteção de direitos procedimentais foi John Hart Ely, em sua notória obra “*Democracy and Distrust*”.³⁴ Nela ao analisar, inicialmente, os conceitos de interpretativismo e não-interpretativismo, o autor defende um modelo procedimental, no qual o controle de constitucionalidade deveria restringir-se à manutenção e proteção do processo legislativo justo e aberto aos participantes da comunidade política.³⁵

Ely procura desfazer a relação entre interpretativismo e conservadorismo político ou mesmo auto-contenção judicial ao confessar a sua atração (*allure of interpretativism*) por aquele método de interpretação constitucional. No entanto, ele reconhece a dificuldade de se extrair a legítima vontade do povo, já que ambos (povo e vontade) oscilam ao longo do tempo e dos acontecimentos. Destarte, como conciliar cláusulas constitucionais abertas com a vontade popular sem a interferência de valores pessoais?³⁶ Ely rejeita a possibilidade de livre valoração exercida pelo juiz e apela para um modelo de jurisdição constitucional baseado na participação e representação política como forma de conciliar *judicial review* e valores democráticos.

Em nosso entender, ambas as teorias expostas acima não escapam à armadilha das escolhas substantivas – especialmente, em Constituições plenas de valores e normas abertas a serem integradas, como a brasileira -, ao serem

³² TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 16.

³³ TUSHNET, Mark. Op. cit. p. 16.

³⁴ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

³⁵ ELY, John Hart. op. cit. p. 1 – 6.

³⁶ ELY, John Hart. op. cit. p. 43 – 72.

confrontadas sobre quais matérias devem ou não pautar o exercício da jurisdição constitucional. Referimo-nos à doutrina de auto-contenção (ou *self-restraint*), através da qual são definidos pelo próprio Judiciário os limites do controle de constitucionalidade em relação à determinadas matérias.

No Brasil tais parâmetros ainda sofrem bastante resistência por parte do Poder Judiciário. De acordo com as palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes:

“**procura-se**, com base até mesmo na abertura estrutural dos textos constitucionais, na sua fragmentariedade e incompletude, **recomendar que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de self-restraint**, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional – v.g., um controle efetivo do controlador – acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade.³⁷”

No direito brasileiro, embora o rumo da jurisdição constitucional aponte em sentido oposto, podemos mencionar o interessante debate em torno da extradição³⁸ do italiano Cesare Battisti. No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal, além de verificar se estavam presentes os pressupostos que permitiam a extradição, foi palco de intensas discussões entre os Ministros com o objetivo de estabelecer se tal decisão vincularia ao Chefe do executivo ou se permaneceria margem de discricionariedade para ele tomar sua própria decisão. Depois de considerados preenchidos os pressupostos da extradição, prevaleceu entendimento de que o presidente não estaria vinculado àquela decisão, respeitando-se assim, a competência do Chefe do Poder Executivo em matéria de relação com Estado estrangeiro. Houve segundo nossa análise, um raro exemplo de *self-restraint* baseado em repartição interpoderes em decorrência da matéria.

³⁷ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 462.

³⁸ EXT 1085 Governo da Itália x Cesare Battisti. Segundo a Ministra Ellen Grace, “o processo de extradição segue o modelo belga (modelo de delibação) em que há cooperação entre o Poder Executivo e Poder Judiciário. Nele o Poder Executivo recebe a nota diplomática do Estado estrangeiro, verifica suas condições de procedibilidade e encaminha ao Supremo Tribunal, que por dever constitucional deve verificar se estão presentes os pressupostos que autorizam a extradição.” Por fim, conclui a ministra “caso o Tribunal entenda presentes os pressupostos, o Presidente da República como representante da nação brasileira no concerto das nações tem a [palavra final] sobre a matéria. Ressalta-se que o Presidente possui restritíssimas hipóteses previstas nas quais pode postergar a execução dessa entrega ou recusá-la, e caso assim entenda acertado, deverá motivar sua decisão.” O Ministro Gilmar Mendes salientou a preocupação da Corte com a não diminuição do papel do Poder Executivo, reconhecido tanto nos tratados bilaterais de extradição (quando houver) quanto na legislação comum. Por fim, o Ministro Marco Aurélio Mello provoca no Tribunal um interessante debate para buscar definir as margens de discricionariedade do Presidente da República, que acabou decidindo por maioria de votos que este não “está compelido” a seguir o entendimento da Corte.

Por fim, o terceiro método presume que cabe a todos os Poderes interpretar e pautar seus atos e decisões com base nos mandamentos constitucionais. Em tese, este modelo poderia explicar a engenharia constitucional brasileira (assim como a maioria dos ordenamentos jurídicos), na qual todos os Poderes estão obrigados a interpretar a Constituição. O problema concernente a esse método de interpretação constitucional, apesar de teoricamente louvável, permanece diante da fatídica questão acerca de “quem decide por último.”

Nesse ponto, reside a ambiguidade do terceiro método de interpretação constitucional, uma vez que embora todas as instâncias estejam imbuídas na tarefa de interpretar a Constituição, a dúvida persiste sobre qual interpretação prevalecerá. Chemerinsky menciona “poder político e comprometimento” de todos os intérpretes envolvidos no processo. No entanto, na prática, a questão permanece sem resposta ou aberta a interpretações totalitárias caso essa prerrogativa seja de responsabilidade exclusiva do Executivo. O professor cita como exemplo o modelo norte-americano dos primeiros anos de formação da Federação, sob os ideais de Thomas Jefferson e Andrew Jackson.³⁹

Destarte, adverte de modo transparente Gustav Radbruch: “quem decide, afinal, pouco importa, porque essa é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos; o importante, sim, é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos”.⁴⁰

Na sequência, passaremos a expor uma síntese dos argumentos de constitucionalistas comprometidos com a ideia de que não há um único intérprete. Esse método tem adeptos de renome em ambos os lados do Atlântico. Na Alemanha, seu grande expoente é Peter Habermas,⁴¹ para quem a interpretação jurídica deve ser concebida como um processo aberto, não no sentido de lacuna normativa, mas no sentido de interação entre a atividade do intérprete e da tarefa iniciada pelo legislador.

De acordo com o conceito de interpretação aberta proposto por Habermas, não deve prevalecer o monopólio jurídico, mas sim a atividade realizada por todos aqueles que vivenciam e aplicam a Constituição, daí falar-se em “sociedade aberta

³⁹ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit. p. 29.

⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1962., p. 210.

⁴¹ HABERMAS, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

dos intérpretes da Constituição.”⁴² Por outro lado, Haberle não obstante defenda o processo de abertura da Constituição na medida em que se pretende ampliar o círculo de seus intérpretes, não descuida do papel relevante dos Tribunais Constitucionais como garantidores de grupos não representados politicamente ou de temas relacionados a interesses públicos difusos.⁴³

Nos Estados Unidos, merece destaque o pensamento constitucional de Larry Kramer, autor que desenvolveu a teoria denominada de “constitucionalismo popular” como forma de distingui-la da noção de constitucionalismo legal.⁴⁴ De acordo com Kramer a Constituição deve ser tratada como lei por qualquer um que seja chamado a interpretá-la. Ou seja, não há nenhuma convenção que conceda, exclusivamente, aos advogados e magistrados a prerrogativa de interpretação constitucional em lugar do povo. Para o autor norte-americano, a autoridade final para “controlar a interpretação e a implementação da norma constitucional reside sempre na comunidade em um sentido ativo”.⁴⁵ Segundo Kramer, os agentes governamentais sejam legisladores, magistrados ou membros do executivo são sempre os regulados. Enquanto o regulador, no sentido de intérprete e destinatário final da Constituição será o próprio povo.

Diante da crescente demanda por direitos fundamentais e da necessidade de se estabelecer limites ao papel expansionista da atividade jurisdicional, alertada por Lênio Streck na epígrafe deste item, passemos a focalizar a jurisdição constitucional no atual cenário brasileiro.

2.3

A jurisdição constitucional no Brasil

2.3.1

Expansão

A consolidação do mecanismo de jurisdição constitucional coincidiu com o lento processo de redemocratização nacional, impulsionado pela promulgação

⁴² HABERLE, Peter. op. cit. p. 29 – 33.

⁴³ HABERLE, Peter. op. cit. p. 46.

⁴⁴ KRAMER, Larry. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “interesse do homem”. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz (orgs). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 87.

⁴⁵ KRAMER, Larry. Op. cit. p. 91.

da Constituição da República em 1988. Nesse cenário, a “Constituição cidadã”, como legitimamente passou a ser chamada, incorporou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais cuja aplicabilidade, passou a exigir permanente vigília e participação do Poder Judiciário para produzir efeitos.⁴⁶ A constitucionalização do ordenamento jurídico, de acordo com Daniel Sarmento pode ser compreendida como:

um fenômeno relativamente recente no país (que) tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do Direito.” (...) “É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão.⁴⁷

O autor desenvolve a concepção de “ubiquidade constitucional”, entendida como a onipresença da normatividade da Constituição, que se irradia não somente no universo dos operadores do direito, mas também “nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando.”⁴⁸

A Constituição de 1988, segundo Gisele Cittadino, “converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia.”⁴⁹ Essa

⁴⁶ São exemplos de normas de eficácia plena, os denominados remédios constitucionais. Para uma classificação mais precisa, ver. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 167.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 168. Outro fator que corrobora com a expansão do papel do judiciário como árbitro permanente dos novos conflitos de interesses gestados nas sociedades contemporâneas diz respeito à tutela dos direitos fundamentais entre particulares. O professor Sarmento em sua obra *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, conclui através de uma extensa análise teórica e jurisprudencial, pela aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que acaba expandindo ainda mais a atividade da jurisdição constitucional. Tal aplicação perpassa não apenas os direitos de liberdade, bem como os direitos sociais (segunda geração) chegando a atingir os direitos de terceira geração. Com a ressalva, de que estes deveres não venham a impingir ônus excessivo ao proprietário, mas sim que sua aplicação esteja pautada pela lógica da razoabilidade e juízo de ponderação. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 330 – 332.

⁴⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 12. De acordo com a professora em artigo intitulado “Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia” publicado na Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano li, Nº 2 e Ano 111, Nº 3 - 2001-2002. “Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do

constitucionalização de direitos, impulsionada pela abertura democrática pós 1988, assim como os avanços tecnológicos inerentes à sociedade globalizada devem ser considerados quando se pretende compreender o protagonismo do Judiciário no atual cenário brasileiro.

Passemos a examinar, portanto, quatro causas desse alargamento da jurisdição constitucional impostas pelas novas e urgentes demandas sociais, bem como pelo novo lugar que a Constituição passou a ocupar no vértice do sistema jurídico, arrastando consigo o Judiciário ao centro deste complexo eixo que é o processo decisório nas sociedades contemporâneas.

A disciplina da teoria do processo, conforme preceitua o jurista italiano Mauro Cappelletti,⁵⁰ ao buscar compreender essas novas demandas com as quais as sociedades democráticas passam a conviver, merece destaque. O propósito de ampliar a segmentos, antes excluídos da tutela estatal, o acesso a uma ordem jurisdicional democrática, sem óbices econômicos, e ainda célere e efetiva, passou a receber a atenção dos especialistas. As três fases, denominadas “as ondas de Cappelletti”, podem ser compreendidas como novos meios de buscar a democratização do acesso ao Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela ordem democrática.

Primeiramente, a proteção jurisdicional dos economicamente necessitados,⁵¹ materializada através do acesso gratuito ou menos oneroso possível, ao promover a inclusão de todos que não possuíam condições econômicas de arcar com os elevados custos da justiça. A segunda onda refere-se

estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.”

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

⁵¹ No Brasil, a Constituição da República em seu artigo 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, no inciso LXXIV, assim dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A criação da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional, conforme artigo 134 de nossa Lei maior, bem como a Lei 1.060/50, recepcionada por nossa Constituição de 1988, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, podem ser consideradas outros exemplos de adequação ao princípio da gratuidade de acesso.

à tutela dos direitos metaindividuais,⁵² caracterizado pelas novas relações jurídicas, fruto dos avanços sociais e tecnológicos pelos quais a sociedade moderna vem atravessando. Os denominados “novos direitos”⁵³ exigem do Estado adequada proteção dos interesses lesionados, o que, para isso, passou a contar com inúmeros instrumentos normativos aptos a exercer tal defesa. A ação popular, a ação civil pública,⁵⁴ o mandado de segurança coletivo são exemplos das chamadas ações de tutela constitucional das liberdades e dos direitos difusos. E, por fim, a terceira fase, que pode ser sintetizada como um Judiciário mais democrático,⁵⁵ de onde se extrai novas concepções de acesso à Justiça, tais como a diminuição do formalismo de outrora e a efetividade da prestação jurisdicional adequada à satisfação das demandas populares. O êxito dos antigos juizados de pequenas causas, hoje, juizados especiais,⁵⁶ também expressam essa nova mentalidade que aos poucos vem se disseminando por meio da simplificação do processo, da ausência de custos e da distribuição célere da justiça.

Indiscutivelmente, a maior abertura dos canais de acesso ao Judiciário, fruto dos avanços acima elencados, deve ser considerada quando busca-se entender o papel central que esse Poder vem ganhando nas sociedades

⁵² O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90 artigo 81, discorre didaticamente sobre as espécies de direitos coletivos em sentido amplo, os quais subdividem-se em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. O gênero metaindividual (ou transindividual) guarda consigo um eixo comum, qual seja, a superação do paradigma privatista e individualista do Direito para incorporar novas situações jurídicas atinentes à vida em comunidade.

⁵³ A expressão “novos direitos” está intimamente relacionada à idéia de direitos de terceira geração, ou seja, aqueles compreendidos sob o princípio da solidariedade. Dentre eles, podemos citar o Direito do Consumidor, da Concorrência (Antitruste), Ambiental, ao Desenvolvimento etc. Ver: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 2004, p. 22 – 31. Para este autor, a divisão em gerações é meramente didática, uma vez que os Direitos Humanos devem ser considerados indivisíveis e universais.

⁵⁴ A ação civil pública (ACP) merece uma breve explanação. Originalmente, sua natureza é de instrumento processual conferido, precipuamente ao Ministério Público, para o controle sobre os atos dos poderes públicos. No entanto, pela própria natureza funcional do MP, a Lei 7347/85, que disciplina a ACP, vem sendo alterada no sentido de expandir seu objeto de proteção (infrações à ordem econômica, por exemplo), bem como ampliar os legitimados ativos competentes para a sua propositura, como a recente inclusão da Defensoria Pública neste seletorol.

⁵⁵ A inclusão do inciso LXXVIII ao parágrafo 5º da Constituição, por intermédio da Emenda 45/04, que passou a exigir celeridade e razoável duração do processo como Direito Fundamental, pode ser considerado reflexo da “terceira onda de Cappelletti. A instituição dos Juizados Especiais, por intermédio da Lei 9.099/95, a qual prevê ritos processuais mais céleres, também. Não podemos nos olvidar dos projetos de reforma em pauta no Congresso e em discussão por juristas e pelos setores sociais interessados, no intuito de modificar os Códigos de Processo Civil (o qual já havia passado por uma recente reforma na parte de “execução”), o Código de Processo Penal e ainda criar o Código Processual Constitucional, conforme já fizemos alusão em nota de rodapé nº 5.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 510.

contemporâneas. Conforme, destaca Ada Pellegrini Grinover,⁵⁷ o Estado deve reconhecer “sua missão fundamental de promover a plena realização dos valores humanos”, sobretudo, através da função jurisdicional pacificadora capaz de dirimir os conflitos interpessoais e da realização da justiça. Nesse sentido, o Direito torna-se peça central dessa engrenagem política e social, sobre a qual inúmeras expectativas passam a ser depositadas.

Na seara do Direito Privado,⁵⁸ mais especificamente, o ramo que tutela o consumidor ganhou impulso extra desde a edição da Lei 8.078 no final do ano de 1990. A proteção do consumidor ganhou status constitucional, sob o manto de direito fundamental e como “princípio estruturador da própria ordem jurídica,”⁵⁹ com fulcro na dignidade da pessoa humana, fundamento da República, positivado no artigo 1º de nossa Carta Magna. Sob a perspectiva fática, a legislação consumerista veio atender aos anseios do modelo de sociedade capitalista, onde impera a lógica da produção e do consumo.

O Direito, evidentemente, não emudeceu diante de tal realidade, cabendo especialmente ao Poder Judiciário, dirimir grande parte desses conflitos oriundos das relações de consumo. Quanto mais o País avança na busca de uma melhor distribuição de renda, mais as classes menos favorecidas têm, progressivamente, acesso a bens antes restritos a uma pequena parcela da população. O aumento do consumo somado à estabilidade econômica e jurídica,⁶⁰ a qual torna possível

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 31.

⁵⁸ Apesar da deferência ao termo Direito Privado, convém salientar o movimento da despatrimonialização do direito privado ou constitucionalização do direito civil como uma tendência que reflete a posição de destaque que a Constituição passou a ocupar no ordenamento jurídico. Seus mandamentos, alicerçados pelos princípios da dignidade humana e dos direitos fundamentais irradiam para todo o sistema. Ver: PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. BODIN de MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil, In. *A Constitucionalização do Direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁹ ADI 2.591. No voto do Min. Celso de Mello, ele conclui que “a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico. O relevo indiscutível desse compromisso estatal – considerada a irrecusável importância jurídica, econômica, política e social de que se revestem os direitos do consumidor tanto mais se acentua quando se tem presente a Assembléia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição de direito fundamental (CF/1988, art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V).”

⁶⁰ O termo estabilidade jurídica ao qual nos referimos concerne ao conhecimento e à previsibilidade das leis por parte do cidadão comum e está intimamente relacionado aos princípios

qualquer cidadão conhecer e exigir seus direitos, acabam posicionando o Judiciário no centro desse sistema decisório. Tanto o “acesso à justiça” quanto a afirmação de uma cultura de “proteção aos direitos do consumidor” tornaram o sistema jurídico nacional um sistema de massa.⁶¹

A terceira transformação a ser analisada não tem origem no Direito, mas sim, decorre de avanços tecnológicos e científicos que acabam por influenciar novas formas de coexistência social. Não são raras as decisões nas quais os tribunais se deparam com temas complexos e de difícil decisão, onde até mesmo os peritos,⁶² acostumados a lidar com tais matérias, hesitam em emitir seus pareceres diante das incertezas subjacentes às sociedades contemporâneas.

As teorias sobre a “sociedade de risco”⁶³ e a “modernização reflexiva”,⁶⁴ elaboradas respectivamente pelos sociólogos Ulrich Beck e Anthony Giddens, buscam explicar essa transformação em um mundo cercado de dúvidas e incertezas. A passagem da sociedade industrial para a pós-industrial, segundo o autor alemão, foi um movimento silencioso e gradual marcado por duas fases distintas. A primeira, da sociedade industrial clássica, onde as ameaças e riscos permaneciam circunscritos à esfera administrativa que detinha a exclusiva legitimidade de intervir na tomada de decisões. E a segunda fase da modernidade

da segurança jurídica, transparência e publicidade, consequências dos avanços de nossa jovem democracia.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 50.

⁶² Em excelente artigo “A peritagem científica perante os riscos e as incertezas”, a professora portuguesa Helena Mateus Jerônimo, tece uma análise crítica dos limites que circundam as decisões científicas e políticas no atual cenário global permeado por riscos e incertezas. Para a autora, “as recomendações dos peritos são, como vimos, atravessadas por compromissos, assunções e transgressões, o que faz com que a peritagem científica não possa ser pensada fora da sua contextualização sociológica e das dinâmicas decorrentes da sua proximidade à decisão política. Com efeito, a peritagem é uma área que desafia uma definição clara do que é político e do que é científico. Nem os peritos operam num espaço exclusivamente factual nem os políticos deixam de ter um papel activo na determinação do que são considerados factos.” O texto foi publicado na Revista *Análise Social*, vol. XLI (181), 2006, 1143-1165.

⁶³ Conforme define Beck, a transformação da sociedade moderna em direção à sociedade de risco não constitui uma “ruptura sangrenta” em forma de revolução tal qual a conhecemos e, sim, um movimento em direção a uma nova sociedade. Diante da obsolescência da sociedade industrial emerge um novo tipo de sociedade na qual os riscos e ameaças são reflexivamente produzidos e vivenciados por esta. Não se trata de riscos “externos” ou alheios à intervenção humana, muito pelo contrário, são riscos oriundos, justamente, do processo de intervenção do homem sobre seu meio social.

⁶⁴ “Modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. (...) Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva”. BECK, Ulrich. BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: Editora Unesp, 1997, p. 12

reflexiva na qual os riscos e principalmente suas conseqüências espalham-se para diferentes culturas e continentes.⁶⁵

Neste cenário de incerteza afloram novos e legítimos questionamentos relativos aos avanços da ciência, como a engenharia genética, os organismos geneticamente modificados,⁶⁶ a regulação do amianto,⁶⁷ as pesquisas com células embrionárias,⁶⁸ que passam a exigir uma postura de enfrentamento hermenêutico por parte do poder competente para decidir em nosso ordenamento constitucional. O Judiciário, novamente, vê-se compelido a proferir decisões em terrenos fluídos, nos quais as incompletudes legislativas são flagrantes e o conhecimento científico é incapaz de acompanhar, tampouco embasar tais decisões. Ao julgar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança,⁶⁹ o Ministro Gilmar Mendes, em caso que pode ser considerado paradigmático para a jurisprudência relacionada ao tema, assim destacou:

Chamado a se pronunciar sobre um **tema tão delicado**, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é **ético, jurídico e moralmente conflituoso** em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O julgamento desta ADI nº 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloqüente demonstração de

⁶⁵ Nesse sentido, há autores que questionam a teoria de Beck sobre a democratização homogênea dos riscos para alertar que os países periféricos, como os da América Latina, costumam sofrer mais os reflexos de determinados riscos (como os sociais e econômicos) que os países centrais. Ressalte-se o artigo de Gonzalo Sozzo, intitulado *El problema del gobierno de los riesgos globales: una sociología del derecho transnacional y del derecho como mecanismo de gobierno de los riesgos.*, publicado em Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2008. Segundo o professor da Universidade Litoral Sul, na Argentina, “Los riesgos globales en América Latina y en los países periféricos en general son entonces no solo los riesgos globales en el sentido de los riesgos que no reconocen una ubicación geográfica determinada como el terrorismo global o los que tienen una dimensión directamente planetaria, vgr. el problema del cambio climático, sino también en segundo término, los riesgos sociales vinculados a la desigualdad y al desmantelamiento de las políticas públicas estatales durante la década del 90, vgr. el riesgo provisional y laboral y, en tercer lugar, los riesgos locales de los países centrales que se trasladan materialmente a los países periféricos-pero que no se globalizan discursivamente-, por ejemplo, el traslado de industrias sucias o la instalación en el Tercer Mundo de industrias contaminantes, la exhortación de desechos tóxicos hacia países periféricos o que se globalizan discursivamente, vgr. el problema del agua dulce.”

⁶⁶ ADI nº 3035/PR

⁶⁷ ADI nº 3105/DF

⁶⁸ ADI nº 3.510/DF.

⁶⁹ A Lei 11.105/05, ou Lei de Biossegurança, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da CRFB e dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, dentre outras matérias.

que a **Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos** envolvidos pelo debate entre religião e ciência. (G. N.)⁷⁰

Diferentemente do hipotético caso dos Exploradores de Caverna, ao magistrado do mundo real, não lhe é facultado o direito de hesitar, tampouco abster-se de tomar as decisões sempre que provocado. Quando a decisão a ser proferida corresponde à “última palavra”⁷¹ sobre o significado e alcance de determinada norma, a situação torna-se mais delicada. No ordenamento jurídico brasileiro, essa competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, cuja expressa previsão constitucional, conforme passaremos a analisar no item seguinte, prevê seu papel como guardião da Constituição e como última instância recursal, em se tratando de controle difuso.

Nesse exato sentido, prossegue o voto do Ministro Gilmar Mendes, sobre o polêmico tema a respeito de pesquisas com células embrionárias. Suas palavras sintetizam nosso argumento no que tange à onipresença do Tribunal Constitucional instado a decidir, incluso, diante de temas eivados de valores sociais conflitantes, e ao mesmo tempo de incertezas e urgências.

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a **aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional** em face do **legislador democrático não pode** configurar subterfúgio para **restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes** e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir **questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos** para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que **transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião** que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a **última palavra** sobre quais direitos a **Constituição protege, as Cortes Constitucionais**, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de

⁷⁰ ADI nº 3.510/DF Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. Na ação questionava-se a inconstitucionalidade do artigo 5º da lei em tela, que acabou recebendo por maioria de votos o condão da constitucionalidade.

⁷¹ A expressão “última palavra” passou a ser utilizada amplamente pela doutrina para referir-se à decisão final não passível de recurso nos sistemas de jurisdição constitucional. Conforme, preconizamos em nossa pesquisa, a expressão merece ser posicionada entre aspas, afinal faz parte de nosso argumento central a defesa de que não há de fato a última palavra no sentido de imutabilidade definitiva. Dentre alguns autores que fazem uso da expressão, ver: CANOTILHO, J.J. Gomes BARROSO, Luís Roberto, HESSE, Konrad, MENDES, Gilmar Ferreira, MENDES, Conrado Hubner, VIEIRA, Oscar Vilhena etc. As respectivas obras estão elencadas na bibliografia deste trabalho.

vista institucional e democrático. **Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.** ⁷² (G.N.)

A “virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário” conforme nomeia Barroso é agravada em razão da “expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória”. ⁷³ Portanto, além dos fatores anteriormente elencados, a judicialização de políticas públicas passa a figurar no rol das causas responsáveis pela expansão do papel do Poder Judiciário no cotidiano da vida nacional. ⁷⁴

No que tange especificamente às políticas de saúde pública, tem havido inequívoco “deslocamento do *locus* de decisão da esfera política para o judiciário”. ⁷⁵ O mesmo cenário já se pode antever em relação à recente inserção do direito à alimentação dentre os direitos sociais constitucionalmente protegidos. Conforme a Emenda Constitucional nº 64 ⁷⁶ promulgada em 4 de fevereiro de 2010, tal direito passa a figurar na relação de direitos sociais elencado no artigo 6º da Constituição da República, o qual, exigirá mais uma vez, um permanente protagonismo por parte do Poder Judiciário para que sua efetividade e aplicação sejam concretizadas.

Com precisão conclui Dalmo Dallari, “o Judiciário passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade.” ⁷⁷ Em recente artigo, o professor Luiz Werneck Vianna sintetiza com maestria os argumentos sustentados ao longo deste item:

⁷² ADI nº 3.510/DF.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 383.

⁷⁴ De acordo com Luís Roberto Barroso, de 1998 até abril de 2007, já haviam sido ajuizadas 3.883 ações diretas de inconstitucionalidade. Segundo o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (www.stf.jus.br/bndpj/stf), em 2006 foram distribuídos 54.575 recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal, número considerado recorde desde a promulgação da Constituição da República em 1988. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 265.

⁷⁵ Conforme adverte Monica Campos de Ré, em dissertação de Mestrado recém defendida na PUC-Rio, intitulada “Privilegiando o Social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil”.

⁷⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 204.

O próprio legislador, consciente do quanto a sociedade se tinha tornado vulnerável diante do Estado e das empresas, vai fortalecer esse movimento a fim de lhe fornecer recursos de defesa, dando partida, assim, ao que se denominou a revolução processual do Direito, cujo marco mais representativo foi a criação da ação civil pública e, mais à frente, a institucionalização de códigos do consumidor, passando a admitir ações por parte de entes coletivos. No caso, uma das intenções implícitas do legislador foi a de tentar reanimar a vida republicana em cenários alternativos aos da representação política. Nesse novo registro, a república passa a ser tensionada por pressões de sentido democratizador que visam a conquista de novos direitos - o da infância, o da mulher, o do deficiente físico, o da cidade, o do ambiente, etc -, que são postos sob a tutela do poder judicial.⁷⁸

2.3.2

Adequação à realidade jurídica e política

Há dois equívocos, usualmente, cometidos quando se pretende analisar o modelo de jurisdição constitucional brasileiro. O primeiro refere-se à importação de questionamentos teóricos legítimos, mas que em nada levam em conta a ordem constitucional brasileira. O segundo pode ser considerado como reflexo do anterior, porém circunscreve-se ao âmbito político. Quando a jurisdição constitucional no Brasil recebe críticas, usualmente os autores contrastam estudos minuciosos de decisões judiciais com formulações utópicas sobre o Legislativo, relegando-se às notas de rodapé breves comentários acerca do problema da baixa representatividade política e das lutas mesquinhas pelo poder no Brasil. Ora, esse detalhe não pode ser desconsiderado, sob risco de erro metodológico grave ao se comparar o Judiciário em ação com o Legislativo dos livros. O “ser” com o “dever ser”, invertendo a lógica de Kelsen.⁷⁹

Nesse contexto, pretendemos oferecer um quadro descritivo da jurisdição constitucional brasileira sob o enfoque jurídico e outro em consonância com a realidade política do país. Evidente que essa separação é meramente didática. Afinal, de acordo com o argumento secundário de nossa tese - a preocupação com a inadequação da transposição de teorias estrangeiras para o cenário brasileiro -,

⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck. Direito, democracia e república. Texto publicado no Jornal Valor Econômico no dia 03 de maio de 2010.

⁷⁹ Hans Kelsen naturalmente não aplicou sua idéia de “dever ser” na relação interpoderes. Fizemos tão-somente uma menção invertida à sua teoria de que “a distinção entre o [dever ser] e o [é] é fundamental para a descrição do Direito.” KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 52.

não há como separar o direito constitucional da realidade política na qual está inserido.

Sob uma perspectiva estritamente jurídica, pretendemos justificar três argumentos. O primeiro diz respeito a tentar identificar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, reconciliá-lo, se possível, com a noção de imutabilidade das cláusulas pétreas. Esse ponto é de extrema relevância para o desenvolvimento de nosso argumento, afinal a intangibilidade das mesmas, constitui o único obstáculo para a materialização da correção legislativa de decisão judicial. E por fim, em decorrência da fundamentação das cláusulas pétreas, *per se*, buscar harmonizar a função da jurisdição constitucional com o propósito democrático.

“Quem deu a nove velhos juristas a autoridade para contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?”⁸⁰ Esse questionamento formulado de modo incisivo pelo professor norte-americano Bruce Ackerman em sua celebrada obra “Nós, o Povo soberano” não exigiria um retorno de duzentos anos na história, tampouco uma formulação jurisprudencial⁸¹ complexa para ser respondida. No tocante à engenharia constitucional brasileira, diríamos que a própria Constituição da República, foi quem concedeu tal prerrogativa. E se quisermos recuar no tempo, buscando outro suporte de validade para e legitimidade dessa opção, responderíamos que foi obra do Poder Constituinte originário. Não subsistem dúvidas em nosso ordenamento constitucional, ao contrário da experiência norte-americana, de que no bojo do processo constituinte de 1988,⁸² a Assembléia Nacional⁸³ optou por manter a Constituição sob a guarda do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰ O termo “nine old men” foi utilizado originalmente pelo Presidente Franklin Roosevelt em um período delicado de crise entre a Suprema Corte e o Poder Executivo em 1936. ACKERMAN, Bruce. Nós, o Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

⁸¹ Em clara alusão ao *judicial review* norte-americano “fundado jurisprudencialmente” em 1803, por meio da histórica decisão do juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*.

⁸² Segundo Gisele Cittadino, parte dos constitucionalistas envolvidos no anteprojeto da Constituição de 1988, como Jose Afonso da Silva, desejava que o STF se transformasse em Corte Constitucional. No entanto, ficou contemplada, sua competência visando *precipualemente*, a guarda da Constituição, seguindo também os moldes do modelo americano. V. CITTADINO, Gisele. op. cit. p. 40 - 45.

⁸³ A concepção de Poder Constituinte representada por uma Assembléia Nacional conforme idealizado por Sieyès fica evidente em suas próprias palavras: “o objetivo ou fim da assembléia representativa de uma nação: não pode ser diferente do que a própria nação se proporia se pudesse

No que tange à leitura sistemática de outros artigos como aqueles que repartem as competências de organização interpoderes, o artigo 102⁸⁴ reafirma a supracitada opção. Como cláusula superconstitucional,⁸⁵ o Constituinte elencou entre os direitos fundamentais, o artigo 5º, inciso XXXV⁸⁶, denominado de princípio da inafastabilidade do exercício da jurisdição. Tal artigo pode ser considerado verdadeira cláusula geral⁸⁷ e aberta, através da qual se reafirma a prerrogativa da onipresença do Poder Judiciário como instância protetora diante de “lesão ou ameaça a direitos”. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou ubiqüidade da Justiça, refere-se à concepção de que:

“(…) **juízes e tribunais são chamados a decidir** o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada. Se o pedido for plausível, os membros do Poder Judiciário não poderão furtrar-se ao exame da lide, pois a **prestação jurisdicional é indeclinável** (STF, RTJ, 99:790)” (G.N.)

Dentre as matérias tuteladas pelas cláusulas de imutabilidade⁸⁸, figuram a forma federativa do Estado, a separação de Poderes, o voto (direto, secreto, universal e periódico) e os direitos e garantias individuais. Deste modo, buscou-se a defesa da descentralização tanto administrativa quanto política entre governo central e locais,⁸⁹ o desenho institucional da separação de poderes,⁹⁰ a escolha

se reunir e deliberar no mesmo lugar”. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 69.

⁸⁴ Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

⁸⁵ O termo “cláusula superconstitucional” pertence ao autor de um dos mais completos trabalhos sobre o tema no direito brasileiro. O professor Oscar Vilhena Vieira em sua obra procura compatibilizar reforma constitucional com rigidez das cláusulas pétreas, sobretudo quando se está em jogo (ou não) o direito de gerações futuras se autogovernarem. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999., p. 21.

⁸⁶ Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação o Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁸⁷ Gilmar Mendes ao discorrer sobre direitos e garantias fundamentais em sua obra texto utiliza a expressão “expressa garantia geral”, para definir a cláusula em questão. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 539.

⁸⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

⁸⁹ O STF já considerou emenda Constitucional que feria a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, uma agressão à forma federativa do Estado. ADI 939. Rel. Min. Sydney Sanches (caso do IPMF). V. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. P. 256.

dos agentes políticos por intermédio do voto direto da população e a proteção ao rol das liberdades públicas. Esses são, portanto os obstáculos materiais ⁹¹ não apenas para a correção legislativa de decisão judicial, assim como para qualquer processo de reforma constitucional.

Não há, evidentemente, vinculação direta entre rigidez constitucional e controle de constitucionalidade com o bom funcionamento das instituições democráticas. Nesse sentido, Vilhena Vieira ⁹² cita os países de tradição branda de jurisdição constitucional, tais como o Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido como exemplos de modelos que dispensaram a proteção da imutabilidade das cláusulas pétreas, mas não perderam os valores democráticos, tampouco o compromisso com a proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, embora aceitemos tais premissas como verdadeiras, esses raros modelos bem sucedidos não podem nos fazer concluir que a rigidez constitucional possa ser dispensada “em sistemas políticos onde conflitos entre maiorias e minorias são uma constante – como nos Estados Unidos -, ou países com profundas tradições autoritárias – como a Alemanha e o Brasil”. ⁹³ Nestes, por intermédio de uma constituição rígida, protegido pelas cláusulas superconstitucionais e por um sistema ativo de controle de constitucionalidade, protege-se a Constituição contra deliberações majoritárias, ou contra pequenos grupos de interesse - como seria mais apropriado conjecturar diante do quadro político brasileiro -, no intuito de preservar direitos fundamentais e a própria democracia.

Em defesa das cláusulas pétreas, asseverou Otto Bachof:

“Uma lei de alteração da Constituição (...) pode infringir, formal, ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o primeiro caso, quando não são observadas as disposições *processuais* prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o *último*, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da *imodificabilidade* destas inserta no documento constitucional (...). Não é necessário mostrar mais

⁹⁰ O Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45/04, foi questionado por ação direta de inconstitucionalidade cuja principal argumentação seria a lesão ao princípio da separação de poderes. No entanto o STF entendeu que tal princípio não restou afetado, uma vez que a função jurisdicional, núcleo político do princípio, restou preservada. (ADI 3.367 de 2005. Rel. Min. Cezar Peluso).

⁹¹ Além dos limites materiais de reforma, a doutrina costuma elencar, ainda, os limites formais, circunstanciais e temporais. V. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64 – 68.

⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit. p. 31.

⁹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit. p. 29 - 31.

pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, << inconstitucional >>”.⁹⁴

Ao fundamentar a natureza das cláusulas pétreas, Paulo Gonet Branco entende que “o significado das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”. E acrescenta sobre a possibilidade ilimitada de revisão, “se o poder de revisão se liberta totalmente da Constituição teremos uma Constituição nova, o poder de revisão ter-se-á arrogado, então a condição de poder constituinte originário”.⁹⁵ De acordo com Oscar Vilhena Vieira, a título de conclusão de sua obra, se há incompatibilidade entre vontade da maioria e direitos substantivos protegidos pelo manto da imutabilidade, estes direitos e princípios justificam-se como mais importantes do que a democracia ou como essenciais à sua existência.⁹⁶

Antes de analisarmos alguns argumentos políticos que gravitam em torno do tema, impende estabelecermos as premissas teóricas com as quais pactuamos a título de conclusão parcial:

- a) o controle de constitucionalidade no Brasil retira sua legitimidade da própria Constituição;
- b) não há incompatibilidade entre controle de constitucionalidade e cláusulas pétreas;
- c) em decorrência do argumento anterior, a jurisdição constitucional reconcilia-se com a democracia a partir do momento que retira da esfera de deliberação das majorias, garantias essenciais à manutenção do próprio compromisso democrático.⁹⁷

⁹⁴ Não deve causar estranheza para o leitor ao deparar-se com a teoria de Bachof, a respeito da possibilidade de inconstitucionalidade de norma constitucional elaborada pelo Poder constituinte originário. Embora, o ordenamento brasileiro não aceite tal possibilidade, não se pode perder de vista o momento histórico e local onde o autor publicou sua obra: Alemanha, 1951. Isto é, alguns anos após o fim da II^a Guerra Mundial e da derrocada do modelo social da Constituição de Weimar. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994, p. 52. No Brasil, o STF já afastou a possibilidade de hierarquia entre normas constitucionais originárias. V. Adin 815 - 3/DF, Rel. Min. Moreira Alves

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 252 – 254.

⁹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit. , p. 112.

⁹⁷ A figura de Ulisses acorrentado ao mastro do navio para resistir à sedução do canto das sereias em “Odisséia” de Homero, representando a autovinculação do povo com a ordem estabelecida a evitar tentações futuras, costuma ser o exemplo da literatura mais utilizado pelos estudiosos do tema.

Uma “teoria da Constituição constitucionalmente adequada”⁹⁸ à realidade sócio-política brasileira obriga-nos a trazer para o centro do debate temas como a baixa representatividade parlamentar, o custo das campanhas políticas, dentre outros importantes aspectos. Em suma, nos força a enfrentar o seguinte questionamento, parafraseando Friedrich Muller,⁹⁹ quem são os representantes do povo?

Ana Paula de Barcellos,¹⁰⁰ ao defender a legitimidade do Poder Judiciário no ordenamento pátrio, utiliza-se de argumentos semelhantes. A autora menciona, ainda (não exatamente nesta ordem): (i) que a cúpula do Poder Judiciário é formada pela vontade conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo; (ii) que o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; (iii) que os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao judiciário para a preservação de seus direitos; e por fim, (iv) que a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que pode ser revista por órgãos superiores, os quais podem corrigir eventuais erros.

Esse último ponto é de extrema relevância para corroborar com nosso argumento central, afinal entendemos que essa correção, pode ocorrer, inclusive, na relação interpoderes, desde que as cláusulas intangíveis estejam preservadas.

Não há dúvidas de que uma das salvaguardas do regime republicano é a própria democracia. De acordo com Konder Comparato, em prefácio à obra de Raymundo Faoro, “para que ela exista [a democracia] é preciso consagrar, na realidade e não simplesmente no plano da ficção simbólica, a soberania do povo.”

¹⁰¹ Considerando a proclamação da República como marco inicial, Comparato conclui.

Desde então, e até o presente momento [2009], a empulhação democrática tem consistido em fazer do povo soberano, com as homenagens de estilo, não o

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 131.

⁹⁹ O uso do termo é uma clara homenagem à obra do professor Muller. V. MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231 – 233.

¹⁰¹ FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007., p. 15.

protagonista do jogo político, como exige a teoria e determina a Constituição, mas um simples figurante, quando não mero espectador.¹⁰²

A realidade do Poder Legislativo, conforme apregoamos no início deste item, não pode ser menosprezada por aqueles que pretendem analisar criticamente o modelo de jurisdição constitucional no Brasil. Em outras palavras, a pesquisa jurídica não pode negligenciar a linguagem e método da Política, inerentes a cada modelo de sociedade. Grande parcela dos estudos em Direito prefere apontar suas armas para o Poder Judiciário, acusando-o de contra-majoritário e intenso criador de normas jurídicas,¹⁰³ deixando para os pesquisadores de Ciência Política a tarefa de investigar as nuances do Poder Legislativo. Este enfoque pode levar a conclusões precipitadas e dissonantes com o panorama político brasileiro.

O Poder Legislativo no Brasil, tampouco as relações políticas em nossa jovem democracia, não deve ser confundido como o modelo idealizado por Thomas More na clássica obra “A utopia.”¹⁰⁴ Segundo afirma com precisão Raymundo Faoro, ao discorrer sobre o colapso do poder constituído no Brasil,

Ao privilegiar o corpo legislativo, essencialmente senhor da lei, leva sua análise à eleição, acentuando o caráter de escolha e não de participação, o que resulta em atribuir-lhe expressão aristocrática. **A eleição é uma escolha de líderes dentro de uma elite**, formando uma representação autônoma. **O corpo legislativo, constituído em forma que está longe de caracterizar a democracia participativa (...).**¹⁰⁵ (Grifo nosso)

Apesar dos inquestionáveis avanços desde as preciosas críticas de Faoro, feitas em obra concluída em 1980¹⁰⁶, pesquisas recentes¹⁰⁷ comprovam que a

¹⁰² FAORO, Raymundo. Op. cit. p. 17.

¹⁰³ Não custa lembrarmos dos argumentos de Kelsen, para quem o Judiciário ao decidir em um caso concreto, estará sempre criando norma. Portanto, para o mestre vienense, coexistem somente as funções de criação e aplicação de normas. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 193 – 199. Segundo Adrian Sgarbi, em obra na qual sintetiza o pensamento dos principais teóricos do Direito: “Kelsen infere não apenas que o Direito regula sua própria criação, mas também que toda criação de Direito é, ao mesmo tempo, aplicação do Direito. Portanto, produzir e aplicar não são movimentos separados como [o legislador produz leis] e o [judiciário as aplica]”. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 43.

¹⁰⁴ MORE, Thomas. *A utopia*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. Na obra publicada no ano de 1516, o autor faz uma descrição de uma ilha chamada Utopia, na qual as relações humanas, o trabalho, a família, a religião dentre outros assuntos ganharam contornos de perfeição, fazendo do lugar um modelo de relação social comparável a um Estado ideal.

¹⁰⁵ FAORO, Raymundo. Op. cit. p. 199.

¹⁰⁶ *Assembléia Constituinte: a legitimidade resgatada*, foi escrita por Raymundo Faoro no ano de 1980, portanto anterior à Assembléia Constituinte que promulgou nossa Constituição de 1988. O artigo faz parte da obra supracitada. FAORO, Raymundo. op. cit.

barreira de entrada a novos políticos no Poder Legislativo Federal continua elevada. Estima-se que o custo mínimo de campanha para deputado federal não seja inferior a quinhentos mil reais, condição que bloqueia o acesso de grande parcela da população nacional aos cargos políticos, de um modo geral.

Há outras pesquisas que retratam um cenário ainda mais sombrio no Brasil, quando o tema são as práticas legislativas e a tentativa de moralização do Congresso Nacional. A organização da sociedade civil “Transparência Brasil” realizou uma interessante pesquisa ¹⁰⁸ em 2007 para verificar o custo de cada congressista ao erário público comparado a outros países. A conclusão não nos causou surpresa ao constatar que o congressista brasileiro é um dos mais caros dentre doze países cotejados, ficando atrás somente dos valores consumidos pelo Congresso americano. Dentre os países pesquisados, encontram-se ainda alguns da América Latina, tais como Argentina, Chile e México; e Europa, como Alemanha, França, Itália e Grã Bretanha.

O patrimonialismo - compreendido como a apropriação da coisa pública como se fosse uma possessão privada -, é outro traço marcante de nossa cultura política a merecer cautela, quando nos pronunciamos a favor da supremacia legislativa. Segundo límpida descrição de Barroso, “a triste verdade é que o Brasil, jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado.” ¹⁰⁹ Portanto, nem sempre a razão pública ¹¹⁰ costuma ser a premissa fundamental a nortear os trabalhos deliberativos na esfera do poder democraticamente eleito pelo povo. Diante desse quadro, pergunta-se, esse patente déficit representativo não deve ser levado em conta por aqueles que visam a defender os valores democráticos?

¹⁰⁷ Ver artigo no sítio do Conjur sob o título “Rotina do Congresso desestimula bons parlamentares”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mar-23/rotina-congresso-desestimula-bons-parlamentares-continuar>. Acesso em 24/03/2010.

¹⁰⁸ A metodologia levou em conta três fatores. Para cada país examinado detalharam-se os gastos no que diz respeito a salários, contratação de assessores (e um sub-item no qual se analisa a política de contratação de consultores), e, por fim, verbas de representação. Para uma consulta completa do estudo, ver: www.transparencia.org.br/docs/parlamentos.pdf. Acesso em 11/12/2009.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 66 – 69.

¹¹⁰ Segundo Barroso, “a razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. O uso da razão pública importa afastar dogmas religiosos ou ideológicos (...).” BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 71.

O rol de exemplos capazes de retratar a insensibilidade daquele Poder em relação ao povo que o elegeu é exemplificativo, como costumamos utilizar na terminologia jurídica. Atualmente, o denominado Projeto Ficha Limpa ¹¹¹, através do qual se almeja coibir candidaturas daqueles que tenham sido condenados por órgãos colegiados do Poder Judiciário, embora já conte com mais de um milhão e quinhentas mil assinaturas, prossegue obstruído de votação no Congresso. A lógica no Brasil, seguramente, está invertida. Hoje, o acesso ao Poder Legislativo, em quaisquer dos âmbitos da Federação, tornou-se muito mais restrito que o acesso ao Poder Judiciário.

A relação entre “instituições formais de poder”, como é o caso do órgão responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade, e a própria sociedade pode ser considerada como uma nova forma de diálogo, não o institucional, mas o social. Esse entendimento é compartilhado por Christine Bateup ¹¹² e José Ribas Vieira. De acordo com o professor, a “experiência recente brasileira vem demonstrando essa tendência”, uma vez que a engrenagem do Supremo Tribunal passa a incorporar “novas figuras”, como meio de democratizar decisões de cunho moral. ¹¹³ Nessa linha, tem-se assistido, ainda de forma tímida, porém louvável, o esforço por parte do Poder Judiciário em ampliar seus canais de comunicação ¹¹⁴ com a sociedade. A possibilidade de acompanhamento em tempo real do cotidiano do Poder Judiciário através da TV Justiça, bem como a implementação de novas ferramentas digitais podem ser consideradas avanços na busca de democratização daquele Poder. Dessa forma, começa-se a efetivar algumas ações em busca de maior abertura da interpretação constitucional à participação de determinados segmentos da sociedade.

¹¹¹ Referimo-nos ao Projeto de Lei Complementar nº 518/09, popularmente denominado de “Projeto Ficha Limpa.” O projeto foi impulsionado por meio de iniciativa popular e conta com o apoio de inúmeras entidades da sociedade civil. No dia 11 de maio, o projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e seguiu para votação no Senado Federal. Ver projeto na íntegra: http://mccce.org.br/sites/default/files/projeto_27_05.pdf. Acesso em 13/05/2010.

¹¹² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential os theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. V. <http://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em 12/10/2009.

¹¹³ Dentre os mecanismos que incentivam a maior participação da sociedade no processo decisório do STF, a obra menciona as figuras das audiências públicas e do *amicus curiae*. V. Vieira, José Ribas (org). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 36 e 108. Com relação às audiências públicas merecem destaque aquelas que envolveram políticas de saúde e, mais atualmente, ações afirmativas.

¹¹⁴ A expressão “canais de comunicação” está sendo utilizado em sentido amplo. Referimo-nos à TV Justiça criada no ano de 2002, assim como os novos canais de comunicação virtuais (redes de relacionamento, *youtube* etc), modernas ferramentas de diálogo social.

O denominado ativismo judicial, se por um lado constitui uma ameaça à transposição da tênue fronteira que separa as competências funcionais do Estado, por outro talvez represente a pressão necessária capaz de estimular a atuação legislativa. O constitucionalista alemão, Peter Haberle, cuja teoria sobre jurisdição constitucional aberta encontra eco nos setores mais democráticos do constitucionalismo brasileiro, em recente entrevista concedida ¹¹⁵ a professores da Universidade de Buenos Aires, sustenta a relevância do papel ativista dos Tribunais em “Repúblicas jovens”.

“Como observador participante estoy contento de que los **tribunales constitucionales** practiquen el judicial *activism* y que **obliguen a los demás poderes a actuar**. Desde un punto de vista comparativo podemos aprender que en los Estados constitucionales existe una interacción entre judicial *activism* y judicial restraint. Esto lo encontramos en la historia de la Suprema Corte americana. También el Tribunal Constitucional Federal alemán atraviesa distintos momentos con diferentes grados de actividad. Probablemente sea únicamente el espíritu del mundo el que pueda reconocer cuándo resulta conveniente la actividad y cuándo la pasividad.” (grifo nosso)

Ao fim dessa primeira etapa rumo à construção de um panorama descritivo das correções legislativas de decisões judiciais, relembremos o primeiro questionamento proposto pelo professor Gilmar Mendes em nossa introdução. “Qual o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor seu entendimento ao legislador democraticamente eleito?” ¹¹⁶

Diante das considerações feitas ao longo desse capítulo, podemos responder através de uma interpretação sistemática ¹¹⁷ e teleológica ¹¹⁸ de nosso ordenamento, que a garantia assecuratória do Tribunal encontra-se respaldada pela Constituição. No entanto, inferir a partir desta conclusão que a Constituição

¹¹⁵ A entrevista foi realizada no dia 21 de abril de 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, ocasião em que lhe foi concedido o título de Doutor *Honoris Causa*. Para Haberle, o Judiciário deve atuar quando os Poderes Legislativo e Executivo estão imersos em disputas partidárias e, portanto, alheios aos anseios de quem os elegeu. Portanto, nas palavras do professor alemão, “sistemas presidencialistas em países jovens requerem o contrapeso de fortes tribunais constitucionais” e esse “é exatamente o quadro no Brasil.” <http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao?pagina=8>. Acesso em 13/02/2010.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar. op. cit., p. 462..

¹¹⁷ Segundo Barroso, “o método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo” e consiste na “ideia de unidade do ordenamento jurídico.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136 – 138.

¹¹⁸ A interpretação teleológica deve ser aplicada levando-se em conta “o espírito e a finalidade” da norma. BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 138 – 145.

autoriza o tribunal a “impor” sua decisão ao Legislativo, exigiria um consenso em torno do verbo em questão. Em consulta ao Novo Dicionário de Buarque de Holanda, percebemos uma sutil distinção entre os sinônimos apresentados pelo autor. Isto é, se por um lado “impor” significa “tornar obrigatório” e “forçar a observar”, por outro quer dizer “inspirar”. Portanto, no que tange ao legislador, podemos afirmar que enquanto a Constituição o *obriga*, o Tribunal Constitucional o *inspira*, inclusive a legislar caso discorde da interpretação da corte.

Este deve ser nosso entendimento da jurisdição constitucional no Brasil. A análise da correção legislativa apresentada nos itens a seguir pretende dissipar eventuais contradições remanescentes.