

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

THAIANE CORREA CRISTOVAM

**A SUPREMACIA JUDICIAL E A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS:
Sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro**

Porto Alegre
2017

THAIANE CORREA CRISTOVAM

A SUPREMACIA JUDICIAL E A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS:
Sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: **Prof.^a. Dr.^a. Roberta Camineiro Baggio**

Porto Alegre
2017

Cristovam, Thaianne Correa
A SUPREMACIA JUDICIAL E A TEORIA DOS DIÁLOGOS
CONSTITUCIONAIS: Sobre a implementação de mecanismos
de diálogo no panorama constitucional brasileiro /
Thaianne Correa Cristovam. -- 2017.
283 f.

Orientadora: Roberta Camineiro Baggio.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Ativismo judicial. 2. Supremacia judicial. 3.
Diálogos constitucionais . 4. Controle de
constitucionalidade. 5. Direito comparado . I.
Baggio, Roberta Camineiro , orient. II. Título.

THAIANE CORREA CRISTOVAM

A SUPREMACIA JUDICIAL E A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS:
Sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Roberta Camineiro Baggio - UFRGS
Orientadora

Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes - UNISINOS

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira - UFRGS

Professora Doutora Vanice Regina Lírio do Valle – Universidade Estácio de Sá/RJ

Dedico este trabalho à nossa incipiente democracia, na esperança de que ele ultrapasse as limitadas barreiras impostas pelo papel e pela imaginação de sua autora, e tome forma, no plano da realidade fática.

AGRADECIMENTOS

Inevitavelmente, a primeira pessoa a quem devo agradecer imensamente é, casualmente, uma das pessoas (assim sem gênero) mais inspiradoras que eu conheço, a minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Roberta Camineiro Baggio. Não há quaisquer palavras na língua portuguesa que traduzam o deleite que foi ser orientada por uma verdadeira Mestre, uma real Professora, apaixonada pela Docência e que a ela entrega-se de coração. Muito obrigada por ter compartilhado este momento tão difícil e importante da minha vida comigo, por ter sido crítica e, especialmente, por ter visto algo em mim e ter-me permitido ingressar neste Programa de Pós-Graduação. Espero honestamente ter logrado minimamente responder com este trabalho à altura da acadêmica que tu és. Podes ter certeza que levarei, em meu coração e para a minha vida, todas as coisas que tu fizeste por mim e tudo que tu me ensinaste.

Outro agradecimento indispensável é àquela mulher que fez de tudo possível, afinal, me carregou no ventre por nove meses e me colocou no mundo: a minha amada mãe. Obrigada. Amo-te profundamente e esta Dissertação te pertence tanto quanto a mim. Ela somente foi possível pela tua ajuda, pelo teu suporte e pelo teu amor incondicional (e também por teres aguentado meus homéricos maus humores).

Agradeço também, ao meu querido pai, que me ensinou tantas coisas, mas em especial, me versou na arte de nunca desistir e de saber que eu consigo alcançar, basta a tentativa. Meu pai, que sempre entendeu que entre nós há uma relação silenciosa e discussões políticas calorosas e altas, pra todos ouvirem o quanto nós somos tão iguais que chegamos a ser diferentes.

Agradeço ao meu estimado chefe, outro grande Mestre em minha vida, Prof. Dr. Paulo Caliendo. Sou eternamente grata pelo convite de trabalhar contigo, porque assim tenho o privilégio de poder compartilhar do teu conhecimento todos os dias. Obrigada pela compreensão, pelas manhãs que eu pude ficar em casa, quando estava atabalhoada com esta Dissertação, ou então pelas muitas discussões que levaram a inúmeras alterações neste trabalho. Sou privilegiada pelo fato de que posso dizer que ninguém tem um chefe como o meu (uma mistura complexa da melhor e da pior pessoas misturadas em uma só).

Também devo agradecimentos à minha amiga e colega de trabalho, Cecille. Minha querida, obrigada por entender, por compartilhar das minhas angústias e por ser uma ouvinte tão atenta e sempre pronta a tecer comentários.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo privilégio de ter podido realizar este trabalho junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, de forma gratuita.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para que esta Dissertação tomasse rumo e fim.

Àquela que é a minha segunda mãe, Rose.

Àquela que cuida de mim todos os dias no escritório, Vânia.

Àquele que sempre me distrai com suas besteiras, e que também, segundo ele, me paga, o Dr. (que na verdade é Mestre) Rafael Estevez.

Ao meu estimado amigo, de quem sinto enormes saudades, Matteo.

Esta é uma obra de ficção, dedicada a ninguém.
(BUKOWSKI, Charles).

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo apresentar ferramentas que fomentem a implementação de uma espécie de controle de constitucionalidade dialógico no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a mitigar a supremacia judicial ostentada pelo Supremo Tribunal Federal. Para isso, foi organizado em três capítulos. Os dois primeiros dirigem-se a realizar uma abordagem comparada, por meio de um breve apanhado histórico e análise jurisprudencial, entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos, da Colômbia, da Costa Rica e do Brasil e entre os seus respectivos Tribunais imbuídos da função da realização do controle de constitucionalidade. Com isto, busca-se demonstrar o assentamento da supremacia judicial em uma visão mais ampla, bem como em uma realidade latino-americana. O terceiro capítulo, por sua vez, tem o escopo de explorar as diversas vertentes da teoria dos diálogos constitucionais, elaborar um conceito de diálogo substancial e, por fim, elaborar proposições de instrumentos dialógicos ainda não existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como sugerir a reformulação de alguns já existentes. O intuito primordial da parte final da dissertação é a busca da promoção de uma ressignificação do controle de constitucionalidade, de forma a democratizá-lo, mitigando a supremacia judicial, incluindo no debate sobre o significado da Constituição, além do Poder Judiciário, os Poderes Executivo e Legislativo, e a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremacia judicial. Diálogos Constitucionais. Controle de constitucionalidade. Direito comparado.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to present tools that provide the implementation of a kind of dialogic judicial review in the Brazilian legal framework, so as to mitigate the judicial supremacy displayed by the Supremo Tribunal Federal. In order to do that, it was organized in three chapters. The first two chapters carry out a comparative approach, through a short historical description and jurisprudential analyses, between the American, the Colombian, the Costa Rican and the Brazilian constitutional systems and its respective Courts that perform judicial review. In that manner, it is the objective to demonstrate the settlement of judicial supremacy in a broad vision, and also in a Latin American reality. The third chapter, by its turn, aims to explore the different aspects of the constitutional dialogue theory, elaborate a concept of substantial dialogue and, in conclusion, elaborate propositions of dialogical instruments not yet existent in the native legal order, and also suggest a reformulation of others that already exist. The paramount intention of dissertation's final part is the promotion of a resignification of judicial review, so as to democratize it, mitigating judicial supremacy, incorporating in the debate about the significance of the Constitution, other than the Judicial power, the Executive and the Legislative powers, and the society as a whole.

Key words: Judicial activism. Judicial supremacy. Constitutional Dialogues. Judicial review. Comparative law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
AP	Audiências públicas
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CF	Constituição Federal
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CR	Costa Rica
CSJ	Corte Suprema de Justiça
CSJCR	Corte Suprema de Justiça da Costa Rica
DC	Diálogos constitucionais
EC	Emenda Constitucional
ELN	Exército da Libertação Nacional
EUA	Estados Unidos
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
HC	<i>Habeas corpus</i>
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NIRA	<i>National Industrial Recovery Act</i>
PDI	População Deslocada Internamente
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procuradoria Geral da República
PLN	<i>Partido Liberación Nacional</i>
PT	Partido dos Trabalhadores
PUSC	<i>Partido Unidad Social Cristiana</i>
RI	Regimento Interno

TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UDN	União Democrática Nacional
VP	Veto popular

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL NO PANORAMA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	21
1 A ORIGEM HISTÓRICA DA SUPREMACIA JUDICIAL	23
1.1 ESTADOS UNIDOS: O BERÇO DA SUPREMACIA JUDICIAL	25
1.1.1 <i>Marbury versus Madison</i> , a Crise da Nulificação e a Reconstrução: o estabelecimento da revisão judicial.....	34
1.1.2 <i>New Deal</i> : implementação do <i>Welfare State</i>	45
1.1.3 A Consolidação e a Expansão da Supremacia Judicial.....	51
2 AS TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO CONTEMPORÂNEO NO CONTEXTO DA SUPREMACIA JUDICIAL: O SURGIMENTO DOS FENÔMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	60
2.1 A JUDICIALIZAÇÃO: O PÓS-GUERRA, A EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS	65
2.2 A ASCENSÃO DA TECNOCRACIA JURÍDICA.....	74
2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO	81
CAPITULO II – A SUPREMACIA JUDICIAL NA AMÉRICA LATINA	88
1 A ASCENSÃO DAS CORTES NO MARCO DA REDEMOCRATIZAÇÃO	93
1.1 PROCESSOS CONSTITUINTES, REFORMAS CONSTITUCIONAIS E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	93
1.2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A TECNOCRACIA	100
1.3 ESVAZIAMENTO DEMOCRÁTICO: A SALA DE MÁQUINAS, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SUPREMACIA JUDICIAL.....	105
2 COLÔMBIA	110
2.1 ESTADO DE PERMANENTE EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1991	111
2.2 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	114
2.2.1 <i>População Deslocada Internamente</i>	120
2.2.2 <i>O Controle Material de Constitucionalidade do Estado de Exceção pela Corte Constitucional</i>	124
3 COSTA RICA	129
3.1 O PANORAMA CONSTITUCIONAL	130
3.1.1 <i>A Reeleição Presidencial e a Limitação do Poder de Emendar a Constituição da Assembleia Legislativa pela Sala IV</i>	137
3.1.2 <i>Os Casos Relacionados à Dotação Orçamentária e o Poder Coativo da Sala IV</i>	142
4 BRASIL	146
4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	147
4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	160
4.2.1 <i>Cumprimento da Pena sem o Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória: a violação de direito fundamental pelo guardião da Constituição</i> .	168
4.2.2 <i>Prisão de Parlamentar: a subversão das cláusulas constitucionais pelo guardião da Constituição</i>	172

CAPÍTULO III - A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: PROPOSIÇÕES PARA UMA REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA.....	177
1 PRINCIPAIS MARCOS TEÓRICOS DE CRÍTICA À REVISÃO JUDICIAL.....	179
1.1 LARRY KRAMER E O CONSTITUCIONALISMO POPULAR.....	180
1.2 JEREMY WALDRON E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO POLÍTICO.....	184
1.3 MARK TUSHNET E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO	189
2 ALGUNS MODELOS DE DIÁLOGO: CHRISTINE BATEUP E A PROMESSA DIALÓGICA.....	193
2.1 TEORIAS DO MÉTODO JUDICIAL	196
2.1.1 Conselhos Judiciais (<i>Judicial Advice-giving</i>)	196
2.1.2 Regras Centradas no Processo (<i>Process-centered Rules</i>)	197
2.1.3 Minimalismo Judicial	198
2.2 TEORIAS ESTRUTURAIS DE DIÁLOGO.....	199
2.2.1 Teorias de Construção Coordenada	199
2.2.2 Teorias de Princípio Judicial (<i>Theories Of Judicial Principle</i>)	200
2.2.3 Teorias de Equilíbrio.....	203
2.2.4 Teorias de Parceria.....	206
3 PELA CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO SUBSTANCIAL DE DIÁLOGO.....	208
3.1 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA ATRAVANÇADA	211
3.1.1 O STF e o “Diálogo de Surdos”	213
3.1.2 A Reforma da Sala de Máquinas da Constituição de 1988.....	220
3.2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIAL.....	225
3.2.1 A Deliberação, seu Valor Epistêmico e a Verdade	227
3.2.2 Afinal, o que é Diálogo Constitucional?	236
4 A DEMOCRATIZAÇÃO DA DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL: PROPOSIÇÕES PARA UMA REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA	239
4.1 CONSULTA POPULAR.....	242
4.1.1 Audiências Públicas.....	243
4.1.2 Veto Popular	250
4.2 <i>AMICUS CURIAE</i> : CRÍTICAS AO MODELO EXISTENTE	255
4.3 CLÁUSULA DE NÃO OBSTANTE	262
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	268
REFERÊNCIAS	271
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	282

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, busca-se a possibilidade de implementação, no sistema constitucional brasileiro, de mecanismos de diálogo entre os Poderes Judiciário, Executivo, Legislativo e a sociedade, de forma a democratizar a realização da interpretação da Constituição, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade das Leis e dos atos normativos. A sua construção teve como ponto fundamental a observância da ineficiência do modelo institucional de separação de poderes desenhado pela Constituição de 1988, uma vez que este se demonstrou ineficiente em estabelecer um equilíbrio, tendo fomentado a prevalência do Poder Judiciário sobre os demais e uma singela participação da cidadania no processo político, criando um panorama de supremacia judicial. A formulação e a proposição de institutos que ressignifiquem e possibilitem a superação da formatação da institucionalidade brasileira, de forma a permitir um diálogo entre os três Poderes e a sociedade civil é o âmago da dissertação.

O trabalho desenvolvido é fruto de questionamentos surgidos da observação do papel exercido hoje pelo Poder Judiciário e, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito brasileiro e a falta de interação deste com os Poderes Executivo e Legislativo, bem como com a sociedade civil no momento de decisão sobre o que significa a Constituição. A inquietação que levou à construção da hipótese testada na dissertação, portanto, surgiu da constatação de existência de supremacia judicial no panorama brasileiro e de que ela se demonstra insuficiente quando analisada sob o ponto de vista de uma democracia pautada na soberania popular.

No intuito de responder ao problema e de testar a hipótese postos, o trabalho tem como estrutura do primeiro capítulo a abordagem da construção da supremacia judicial no mundo, com especial enfoque e destaque para os Estados Unidos. A opção pelo aprofundamento da história e do sistema jurídico norte-americano deu-se fundamentalmente por ser ele o país onde primeiro surgiram os debates do ativismo e da supremacia judiciais e também por possuir a mais longa história de revisão judicial de Leis pelo Judiciário, uma vez que a prática pode ter suas raízes rastreadas praticamente desde a ratificação da Constituição de 1787.

Organizou-se o primeiro capítulo da dissertação também com o intuito de demonstrar-se a ascensão das Cortes na formatação institucional mundial, em especial a partir da década de 1960. Neste ponto, procurou-se contextualizar mundialmente os eventos e as correntes teóricas que possibilitaram a elevação do Poder Judiciário no mundo pós-moderno. Optou-se,

assim, pela abordagem do contexto pós Segunda Guerra Mundial e a emergência do Estado Social como fundamentos para a positivação dos direitos. Outrossim, reportou-se à valorização da tecnocracia jurídica – entendida como o ponto de vista a partir do qual o juiz é observado como portador da *expertise* e do conhecimento neutro e apolítico - como instrumento capaz de salvaguardar e de implementar os novos direitos positivados, fundamentada especialmente por teorias neoconstitucionais moldadas pela ponderação principiológica, embasada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na organização deste capítulo inicial, portanto, buscou-se contextualizar as alterações no contexto mundial que fomentaram e alicerçaram a supremacia judicial, a judicialização da política e o ativismo judicial.

O segundo capítulo, por sua vez, foi estruturado de maneira a situar a manifestação do fenômeno da supremacia judicial na América Latina. Para isto, mantém a estrutura do capítulo inicial, e inicia com abordagem do movimento de ascensão dos Tribunais na latino-américa a partir do estudo dos processos constituintes ou de reforma constitucional instaurados no bloco ao fim dos anos de 1980 e início dos anos 2000, etapa marcada pelo fim dos regimes autoritários instaurados na grande maioria dos países da América Latina e da transição para regimes democraticamente estabelecidos.

A opção realizada foi no sentido de demonstrar-se como esta corrente de positivação dos direitos e das garantias fundamentais, assim como no restante do mundo, foi fator elementar que possibilitou o empoderamento das Cortes, na medida em que condicionou ambiente propício para o surgimento e crescimento da judicialização, a qual pode acarretar que um maior número de demandas sejam propostas perante o Poder Judiciário. Outrossim, argui-se que esta onda de constitucionalização, vista por muitos juristas latino-americanos como um *novo* constitucionalismo latino-americano - norteado pelo neoconstitucionalismo e pela da valorização da técnica jurídica -, vem acompanhada de um esvaziamento democrático consequência da não alteração da matriz institucional das velhas Constituições do bloco e da judicialização das questões políticas. Este cenário, conclui-se, desagua em uma espécie patológica ocasionada pela supremacia judicial.

Neste ponto, o trabalho é direcionado à análise casuística de três países da América Latina: a Colômbia, a Costa Rica e o Brasil. No intuito de justificar-se a eleição dos casos, alguns apontamentos fazem-se necessários. O primeiro diz respeito ao fato de que, embora a abordagem foque-se no novo constitucionalismo latino-americano, nenhum dos ordenamentos jurídicos estudados é classicamente reconhecido como enquadrado nesta vertente constitucional. São bons exemplos desta vertente neoconstitucional os casos da Bolívia e do

Equador, porém, não foram eles escolhidos em razão de que suas Constituições ainda são em muito recentes, a primeira do ano de 2009 e a segunda do ano de 2008, o que prejudicaria em muito a qualidade da análise em termos de desenvolvimento histórico da atividade dos Tribunais superiores e a perspectiva da supremacia judicial.

A eleição destes ordenamentos deu-se também pela impossibilidade do estudo de todos os países que compõem a América Latina e pela necessidade de delimitação do tema de estudo. Contribuiu para a escolha o fato de os dois primeiros ordenamentos jurídicos representarem sistemas constitucionais que possuem fácil acesso à jurisdição, bem como o fato de serem analisados por autor que serve de embasamento teórico ao trabalho como modelos de exitosas reformas constitucionais nas quais se alterou de forma significativa a formatação da sala de máquinas da Constituição – parte da carta destinada à organização do esquema de poderes.

O Brasil, por sua vez, foi escolhido por ser o sistema constitucional ao qual serão destinados os esforços no sentido de repensar-se um modelo institucional que ao mesmo tempo proteja os direitos e as garantias fundamentais constitucionalmente previstos, e não descambe para um modelo de supremacia judicial. Isto é, o ordenamento brasileiro foi eleito na medida em que é para ele que serão dirigidos e pensados os novos modelos institucionais, pautados pela ideia de democracia deliberativa e de diálogo constitucional, que objetivam alterar a matriz de poder, a sala de máquinas, da Constituição de 1988, de forma a facultar-se a construção de um diálogo constitucional substancial entre os três poderes e a sociedade na interpretação constitucional.

A organização das três últimas seções do segundo capítulo deu-se no sentido de, em um primeiro momento, situar de forma breve e histórica o leitor sobre o panorama sócio-político do país estudado e as reformas que levaram à instituição da Corte Constitucional Colombiana, à criação da Sala Constitucional Costarriquenha e à atual formatação institucional do Supremo Tribunal Federal. Por fim, e especialmente com o intuito de brevemente estudar a forma pela qual a supremacia judicial manifesta-se nestes sistemas constitucionais, é proposta análise jurisprudencial de dois casos julgados por cada um destes órgãos judiciais. O objetivo fundante deste ainda que breve exame é revelar o nível do empoderamento daquele Tribunal/Corte/Sala Constitucional nos ordenamentos jurídicos abordados, e demonstrar como a supremacia judicial pode ser patológica para o sistema político e para a representação democrática.

O terceiro capítulo tem como fundamento estruturante a explanação da teoria base do trabalho: a teoria dos diálogos constitucionais. A primeira seção partirá da lógica da

supremacia judicial que representou a matriz do estudo apresentado nos dois primeiros capítulos. Buscar-se-á demonstrar quais foram os fatores mais relevantes da teoria crítica que levaram às inquietações que colocaram o trabalho na direção da mitigação da supremacia judicial por meio do emprego teoria dos diálogos constitucionais. Serão analisadas as obras de autores compreendidos como significativos, no que concerne à condenação da revisão judicial dentro de sociedades democráticas, e que, nesta esteira, têm por objetivo colocar a sociedade civil no centro da resolução dos debates sobre os grandes dissídios políticos, morais e econômicos do mundo contemporâneo, dando ao processo de tomada de decisão, por meio do sistema político, maior peso. As obras destes autores levaram ao questionamento do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, bem como a busca de um modelo que, ainda que não supere por completo, ao menos rearranje o esquema de organização dos poderes, de forma a dar maior voz no processo decisório à sociedade civil, e às suas instituições representativas. Daí chegou-se à teoria dos diálogos constitucionais como marco teórico principal para a construção do modelo buscado.

A segunda seção do terceiro capítulo será direcionada ao estudo dos principais marcos da teoria dos diálogos constitucionais. Procura-se, com isso, assentar os fundamentos dos diálogos constitucionais a partir da análise das teorias de método judicial e das teorias estruturais de diálogo, dando-se destaque para aquelas que melhor servirão para a delimitação de um conceito de diálogo deliberativo e substancial.

A terceira seção do capítulo terá o propósito de avançar sobre a elaboração do conceito de diálogo que será empregado e é dividida em três tópicos, cada um subdividido em dois subtópicos. Para isso, a estrutura do capítulo partirá de algumas necessidades compreendidas como prementes para uma frutífera interação entre os poderes e a sociedade. O primeiro subtópico da seção será direcionado à análise da atividade do Supremo Tribunal Federal, a qual é classificada como um “diálogo entre surdos”, na medida em que se compreende não haver quase nenhuma qualidade deliberativa na atividade decisória da Corte. Esta abordagem vê-se necessária na medida em que o diálogo constitucional tem a Corte como partícipe, e, assim sendo, a alteração de algumas práticas faz-se imperiosa na implementação de um processo de construção conjunta do significado constitucional. O segundo subtópico da seção tem por objetivo a abordagem da questão da sala de máquinas disfuncional da Constituição de 1988 e a imprescindibilidade de superação do modelo de pesos e contrapesos por ela estabelecido para a alteração da relação de supremacia judicial criada entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo e o mutismo político da sociedade civil.

O terceiro tópico, por sua vez, é destinado à análise do conceito de democracia deliberativa na construção de um conceito substancial de diálogo constitucional. Neste sentido, inicia-se demonstrando que o conceito de deliberação tem valor na medida em que agrega potencial epistêmico ao processo de diálogo. Isto é, defende-se que por meio de um ideal deliberativo de diálogo constitucional tem-se maiores chances de chegar-se a respostas mais acertadas para aquela sociedade, no momento em que ela toma a decisão. O segundo subtópico, finalmente, tem por objeto o desentrançamento do conceito de diálogo constitucional substancial, o qual, pressupondo a existência de desacordos, pode ser compreendido como quando todas as esferas envolvidas no processo de tomada de decisão (Corte, Legislativo, Executivo e sociedade), estão conscientes das suas respectivas falibilidades interpretativas, de forma que estão dispostas a lançar mão de argumentos motivados e a alterá-los, engajando-se na busca da melhor solução ao caso constitucional. Neste sentido, o conceito de diálogo constitucional pressupõe a deliberação na medida em que requer que cada parte fundamente seus argumentos, expondo-os à contestação pública.

O quarto e derradeiro tópico, por fim, será formulado a partir deste conceito substancial de diálogo com pressupostos deliberativos. Ele será estruturado de forma a propor institutos e a repensar alguns daqueles já existentes, que se acredita possuírem capacidades dialógicas e deliberativas, na esteira do conceito elaborado, objetivando-se democratizar a discussão constitucional e mitigar a supremacia judicial. Os instrumentos que serão concebidos como atenuadores do modelo travado de pesos e contrapesos da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que empoderem a cidadania e contribuam para o estabelecimento de um efetivo diálogo deliberativo entre os três Poderes serão: (i) a consulta popular, a qual poderá ser realizada por meio de (i.i) veto popular ou de (i.ii) audiências públicas; (ii) o *amicus curiae*; e, por fim, (iii) a cláusula de não obstante.

Desta feita, é por meio desta lógica que o trabalho foi estruturado. O intuito primordial foi o de inicialmente situar o problema fundamental que levou a sua elaboração – a constatação da existência de um panorama de supremacia judicial - e de posteriormente testar a validade hipótese apresentada da possibilidade implementação no panorama constitucional brasileiro de mecanismos de diálogo constitucional substancial, com potencial deliberativo, que democratizem o processo de tomada de decisão, de forma a construir uma interpretação constitucional fruto da interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com a sociedade civil à luz da teoria dos diálogos constitucionais.

CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL NO PANORAMA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Por supremacia judicial entende-se o fato de que juízes, não responsáveis democraticamente perante a cidadania, são aqueles que dão a palavra final sobre o significado da Constituição, chegando, até mesmo, a poder-se afirmar que a Constituição é aquilo que eles dizem que ela é. Em um contexto assim dado, a supremacia judicial implica na determinação dos ditames constitucionais por juízes, de forma que a ação dos Poderes Executivo e Legislativo fundamentalmente acaba sendo judicialmente definida. É a expansão mundial deste fenômeno que será estudada neste capítulo.

O primeiro ponto é direcionado à abordagem do cenário norte-americano, por ser este o sistema constitucional onde primeiro surgiram os debates sobre o ativismo e sobre a supremacia judiciais, aqui entendido o primeiro como a atuação protagonista do poder Judiciário no processo decisório das políticas governamentais para a implementação de valores constitucionais.¹ Objetiva-se o enfoque no histórico do panorama jurídico dos Estados Unidos, pautando-se pelos estudos realizados por Larry Kramer,² Barry Friedman³ e Bruce Ackerman,⁴ observando-se a construção das condições históricas e das alterações constitucionais que possibilitaram a judicialização da política, a expansão do ativismo judicial e que fomentaram o estabelecimento da supremacia judicial. Sustenta-se que o *New Deal* foi divisor de águas para a história política e constitucional do país, considerando-se a sua crise como o marco da implementação do Estado Social nos Estados Unidos, bem como a referência da consolidação, pela Suprema Corte, do ativismo judicial em matéria de direitos e garantias fundamentais e da supremacia judicial. Conclui-se que a era moderna do ativismo judicial da Suprema Corte teve suporte a partir da década de 1960, por meio de decisões fundamentalmente importantes que elevaram o status e a autoridade da Corte.

Argumenta-se, por fim, que ainda que a supremacia judicial represente o deslocamento da esfera de decisões das instâncias democraticamente eleitas para o Poder Judiciário, que é irresponsável em termos democráticos (*unaccountable*), no sistema constitucional norte-americano, isto não representa necessariamente uma patologia do desenho institucional do

¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v. 2, n. 21, jun. 2012.

² KRAMER, Larry D. *The People Themselves*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

³ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

⁴ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. Vol 2. The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

Estado. Isto é, este sistema no qual a Corte acaba decidindo questões fundamentais da sociedade não representa uma crise na estrutura institucional, na medida em que da breve análise da história norte-americana foi possível observar que há situações nas quais quem dita a palavra final sobre a Constituição é um ator político, ao passo que em outros momentos, quem o faz é a Suprema Corte, o que levou à conclusão de que a supremacia judicial ostentada pela Corte é fruto de uma interação normal entre os poderes daquele Estado.

Na seção subsequente, o estudo desloca seu foco de análise para como as transformações ocasionadas pelo segundo pós-guerra fomentaram um ambiente propício para o florescimento do ativismo judicial e da judicialização da política. Estes conceitos serão observados da perspectiva apresentada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder⁵ e por Luís Roberto Barroso.⁶ Na busca da averiguação sobre como a supremacia judicial assentou-se no panorama jurídico contemporâneo, investiga-se quais foram os fatores determinantes para a ascensão do Poder Judiciário e de sua técnica em detrimento do processo democrático de tomada de decisão política. Defende-se que a atual formatação dos Estados Democráticos de Direito é reflexo do abandono do Estado Legislativo em favor da implementação do Estado Social no período do pós-guerra. Nesta linha de argumentação, através da explanação de Luís Roberto Barroso,⁷ argumenta-se que a formulação do Estado Social e a positivação dos direitos fundamentais que a acompanhou foram, em alguma medida, consequência das violações aos direitos humanos cometidas pelo regime nazifascista durante a Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, pela polarização do mundo durante a Guerra Fria. Este cenário desembocou no descrédito do processo político, o que acarretou a busca por um modelo por meio do qual os direitos ficassem imunizados contra o processo político e contra o Governo pela regra da maioria (*majority rule*).

O processo de transposição dos direitos da arena da política para o Poder Judiciário, portanto, é abordado a partir da perspectiva de que a técnica jurídica foi observada como a pré-condição necessária a salvaguarda dos direitos fundamentais positivados. Daí a supremacia da Constituição, com a conseqüente ascensão da tecnocracia jurídica que acarretou o empoderamento dos Tribunais, uma vez que foram os agentes encarregados de fazer cumprir as normas constitucionais, especialmente por meio do controle de constitucionalidade.

⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2, n. 21, jun. 2012.

⁷ _____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Finalmente, defende-se que o surgimento das teorias neoconstitucionais, no marco da implementação dos Estados Sociais e a partir da década de 1960, foi evento que fomentou e possibilitou, em alguma medida, o ativismo judicial. O neoconstitucionalismo, como corrente teórica pautada na aplicação dos direitos e das garantias fundamentais pela ponderação principiológica, foi referencial teórico que defendeu que os agentes possuidores do conhecimento e da técnica necessários para a implementação e defesa dos direitos fundamentais positivados estavam no Poder Judiciário. Argumenta-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – especialmente utilizados na ponderação – são empregados para tão somente substituir o núcleo decisório dos poderes políticos para o Judiciário. Isto é, utilizados como mero substitutivo da discricionariedade dos primeiros pela do segundo. É neste sentido que é realizada a defesa de que as teorias neoconstitucionais fomentaram o ativismo judicial e a supremacia judicial. Com isso, passa-se a abordagem da supremacia judicial no panorama da América Latina.

O método de estudo empregado neste capítulo será o histórico,⁸ uma vez que se dirige à análise da evolução dos sistemas constitucionais no tempo para poder melhor compreender seu atual estágio de desenvolvimento. Também será conceitual e funcionalista, na medida em que se alberga por meio desta tipologia metodológica o estudo de um instituto – no caso a supremacia judicial – em um contexto constitucional e as funções que ele cumpre naquele ordenamento jurídico.

1 A ORIGEM HISTÓRICA DA SUPREMACIA JUDICIAL

Para que se possa falar de supremacia judicial no mundo contemporâneo, é indispensável que seja abordado o sistema constitucional norte-americano. Os Estados Unidos são o país onde primeiro surgiu um modelo de Tribunal que exercita a revisão judicial⁹ de Leis e atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo. Em razão disso, são também o berço dos debates sobre o ativismo e sobre a supremacia judiciais.

A presente seção terá objetivo realizar um breve apanhado histórico da origem da supremacia judicial a partir da abordagem do panorama constitucional norte-americano. Para isso, busca-se traçar a história constitucional dos Estados Unidos desde a sua fundação e elaboração de sua Constituição, averiguando-se quais foram os debates então relevantes, bem

⁸ JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Adrás. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 58.

⁹ Para os fins do presente estudo, os termos *controle de constitucionalidade* e *revisão judicial* serão empregados como sinônimos.

como qual o papel assinalado ao Poder Judiciário e à Suprema Corte no documento originalmente escrito pelos pais fundadores. Com isto, tem-se o escopo de traçar o pano de fundo onde foi proferida a célebre e controversa decisão *Marbury v. Madison*,¹⁰ conhecida como o marco fundante da revisão judicial das Leis nos Estados Unidos.

A partir do debate estabelecido em *Marbury v. Madison*, a abordagem será dirigida ao que ficou conhecido como a crise da nulificação, a qual se tratou de embates entre os Estados federados e a União federal em face de Leis tributárias aprovadas pelo Governo do Presidente Jackson. A análise da questão é relevante na medida em que a Suprema Corte teve papel fundamental no controle dos Estados e no deslinde da crise da nulificação.

Em uma terceira instância, o trabalho terá o foco direcionado à Guerra Civil norte-americana. A abordagem deste período faz-se de extrema relevância na medida em que foi durante a época da Reconstrução que foram aprovadas as décima terceira, décima quarta e décima quinta Emendas à Constituição dos Estados Unidos, as quais constitucionalizaram o fim da escravidão e concederam iguais direitos à população negra. Também é importante porquanto a décima quarta Emenda foi a responsável pela inscrição na Constituição da cláusula de igual proteção (*equal protection clause*) a qual foi fundamento dos julgados mais célebres e controversos da história moderna da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

É a partir do estudo do deslinde da Guerra Civil e da época que a sucedeu que o trabalho chega ao *New Deal*, momento fundamental para o ativismo e para a supremacia judiciais. A crise de 1929 e as políticas econômicas e sociais do Presidente Franklin Roosevelt serão abordadas como o marco da implementação do Estado Social nos Estados Unidos. Diante do desfecho do *New Deal*, a Suprema Corte norte-americana deixou de exercer a revisão judicial de atos legislativos e executivos que envolvessem política econômica, voltando suas atenções para os direitos e as garantias fundamentais. Defende-se, assim, que a partir do *New Deal*, especialmente a partir da década de 1960, iniciou-se na Suprema Corte uma nova era, na qual, com sua autoridade revigorada, ela assumiu novo papel institucional, com atuação ativista nunca antes vista no panorama constitucional norte-americano.

Neste sentido, o presente capítulo tem por objetivo a demonstração de quais foram os acontecimentos históricos que fundamentalmente contribuíram para a ascensão da Suprema

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

Corte como ator medular no processo de decisão política e de interpretação constitucional modernos no contexto estadunidense.

1.1 ESTADOS UNIDOS: O BERÇO DA SUPREMACIA JUDICIAL

O Estado norte-americano é um dos pais do constitucionalismo - como movimento teórico alicerçado na Constituição -, visto que foi pioneiro na elaboração de um documento escrito desenhado para a limitação dos poderes do Estado, fruto do liberalismo político que, até hoje, guia seu sistema político e da tentativa (bem sucedida) de abandono das raízes do antigo regime colonialista europeu. O movimento emancipatório norte-americano que culminou na elaboração da Constituição em 1787 foi determinante para que, ulteriormente, o Direito ganhasse força, a partir do reconhecimento da juridicidade da Constituição, na medida em que a carta constitucional foi concebida a partir da necessidade de limitação da atuação estatal, visando a maximização da liberdade individual.

A história norte-americana é fundada em sua ordem constitucional e as suas diversas facetas. Desde a fundação da nação federal, as discussões traçadas pelos chamados pais fundadores deram-se no âmbito da necessidade ou não de um documento constitucional nacional e da autonomia que deveriam ter os Estados membros perante o Governo federal dentro da estrutura da Constituição.

A democracia nos Estado Unidos foi, ao menos durante os primeiros cem anos de sua história, pautada pelo autogoverno, tendo Alexis de Tocqueville chegado a afirmar que “O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo”.¹¹ Isto é, o esquema de governabilidade democrática a partir da qual viveu os Estados Unidos durante os primeiros anos de sua história foi aquele por meio do qual o povo vai à rua exercer o seu direito como soberano da Constituição, aquele em que o povo não é uma entidade abstrata, mas sim concreta exercendo o controle exógeno sobre o poder governamental. Pautada pelo liberalismo político, a Constituição norte-americana foi concebida como documento limitante da autoridade estatal.

É neste contexto de exercício da soberania popular que a supremacia judicial foi sendo construída pela Suprema Corte, de forma que paulatinamente foi-se transladando o poder de tomada de decisões políticas da praça pública para dentro do Tribunal. Esta visão da evolução de um sistema antes alicerçado no exercício de uma democracia direta e após guiado pela

¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 68.

supremacia judicial pode ser observada pela própria visão sobre a qual Bruce Ackerman constrói sua obra *We the People*. Isso porque enquanto no primeiro volume, *Foundations*,¹² a perspectiva de análise do autor é a de que a população não deveria ser confundida com o Governo e de que ela teria as ferramentas necessárias para, através do debate e da mobilização políticos, tomar as decisões constitucionais, no segundo volume da obra, *Transformations*,¹³ o autor assume visão institucional da histórica norte-americana, trasladando sua premissa de análise do povo em si para suas instituições representativas. Esta alteração demonstra como ao largo dos séculos o foco do constitucionalismo norte-americano foi sendo alterado do *nós o povo* para as suas instituições, especialmente para a relação dos poderes políticos com o Judiciário.

Sobre esta transposição, aponta Larry Kramer que no período colonial norte-americano não havia revisão judicial nem um documento constitucional escrito, uma vez que a Constituição era consuetudinária, o que não significou, entretanto, que não existissem conflitos constitucionais entre a Coroa britânica e o Parlamento. Ao contrário, ocorriam embates a propósito da interpretação da Constituição. Estes, no entanto, diferentemente dos debates constitucionais hodiernos sobre quem deve ter a última palavra sobre o significado da Constituição, não se dirigiam à questão de se o legitimado para interpretar a palavra constitucional era o Parlamento ou a Coroa, mas sim ao conteúdo mesmo da divergência.

Sublinha Larry Kramer que a contenda sobre quem teria a última palavra sobre a significado da Constituição era insubsistente, tendo em vista que esta tarefa era assinalada fundamentalmente ao povo,¹⁴ era ele que exercia a *revisão de constitucionalidade*, através de mecanismos de controle populares. Para que este controle exógeno (popular) sobre a constitucionalidade dos atos do Governo e do Parlamento fosse realizado pela sociedade, alguns direitos eram imprescindíveis para a realização da tarefa. Dentre eles encontravam-se o direito ao voto; o direito de petição; e o direito de reunião¹⁵ e, no que concerne a eles, a figura do júri tinha grande importância, uma vez que era o símbolo próprio da interpretação constitucional diretamente realizada pelo povo.

Ocorre, entretanto, que a Inglaterra, ao longo dos séculos, deixou de entender que a supremacia pertencia ao povo, passando a adotar um modelo de supremacia do Parlamento.¹⁶ Nos Estados Unidos, contudo, este modelo de soberania parlamentar nunca foi aceito, de

¹² ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Vol 1. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993.

¹³ *Idem*. **We the People: Transformations**. Vol 2. The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

¹⁴ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 24.

¹⁵ *Idem*, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

forma que, quando ocorreram tentativas de taxação das colônias pela Inglaterra, os norte-americanos rebelaram-se, não só por não quererem os impostos fixados pela metrópole, mas antes, “foi uma rebelião na defesa de um conceito de constitucionalismo, um conceito que os Americanos não decidiram abruptamente abandonar ou repudiar após a independência”.¹⁷

O momento histórico da Convenção da Filadélfia, quando foi elaborada a Constituição dos Estados Unidos, ficou marcado como a fundação da nação, um verdadeiro momento revolucionário, na medida em que representou a quebra da velha ordem e a implementação de uma nova. Destaca Barry Friedman:

Este era, dificilmente, um ambiente político ou intelectual no qual se esperaria o aparecimento da revisão judicial, e mesmo assim ela apareceu. Como indicam os debates no congresso sobre a remoção presidencial de servidores de 1789, uma transformação dramática no pensamento sobre a revisão judicial tomou lugar nos curtos treze anos após 1776. A mudança foi pouco deliberada. Como muitas outras coisas neste período, foi resultado de improvisação, uma resposta aos eventos.¹⁸

Foi neste contexto que começaram a surgir debates sobre a não aplicação judicial de Leis que contrariassem os Artigos da Confederação (documento que representava o acordo coletivo das treze colônias após a independência da Inglaterra). Começou-se a questionar como poderia o Judiciário aplicar Leis aprovadas pelo Poder Legislativo que contrariassem o texto do documento fundamental, pautado na soberania popular¹⁹ conferida ao Segundo Congresso Continental, o qual elaborou e aprovou os Artigos da Confederação. O debate começou a ser direcionado ao que fazer caso a legislatura violasse este documento. Neste caso, o controle popular que poderia ser utilizado para remediar a violação da legislatura seria o exercício do simples direito de petição ou a resistência popular. Todavia, estes remédios eram tidos por insuficientes, dado que o primeiro seria admitir serem os representantes senhores dos representados e o segundo implicaria que seriam necessárias violações reiteradas a direitos para que houvesse uma comoção popular suficientemente grande para pressionar a legislatura a desfazer o ato tido por inconstitucional.²⁰

¹⁷ Tradução livre do original: “It was a rebellion in defense of a concept of constitutionalism, a concept Americans did not suddenly decide to abandon or repudiate upon achieving independence”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 37.

¹⁸ Tradução livre do original: “This was hardly an intellectual or political environment in which one would have expected judicial review to appear, and yet it did. As the 1789 congressional removal debate indicates, a fairly dramatic transformation in thinking about judicial review took place in the thirteen short years after 1776. The change was hardly deliberate. Like much else in this period, it was the result of improvisation, a response to events”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 22.

¹⁹ KRAMER, Larry D. *op. cit.*, p. 60.

²⁰ *Idem*, p. 61.

Ante a insuficiência das soluções apresentadas, a revisão judicial das Leis foi percebida como possível saída para o problema da ineficácia das soluções populares. Neste momento, contudo, a revisão judicial das Leis não foi assegurada aos Tribunais por possuírem eles um tipo de competência especial para fazê-lo, mas sim em razão de serem eles também integrantes do Governo, e como tal, representantes do povo soberano²¹ cuja vontade estava consubstanciada nos Artigos da Confederação.

Desta forma surgiram os primeiros argumentos em favor da revisão judicial, já antes da ratificação da Constituição Federal norte-americana, justificando-a com base na própria soberania popular, ou seja, sustentando-a no fato de que era dever do Poder Judiciário negar-se a aplicar Leis inconstitucionais, de forma que estariam os juízes exercendo a autoridade popular consolidada nos Artigos da Confederação e nas Constituições estaduais em detrimento de atos da legislatura que a ignorava aprovando Leis que iam na contramão de seu texto. Contudo, nos casos em que a revisão judicial ocorria, havia retaliações tanto da cidadania, como da legislatura, em que pese, em geral, ser a interpretação judicial a que no fim prevalecesse.²²

Desta feita, e ante as reações tanto da legislatura como da sociedade civil, aqueles que defendiam a revisão judicial eram cuidadosos quando da justificação do princípio, tendo em vista que este era absolutamente novo²³ no ordenamento jurídico, de forma que cautelosamente o fundamentavam no conflito de autoridade das normas.²⁴ Assim nasceu o princípio de que Leis somente deveriam ser declaradas inconstitucionais pelos Tribunais se fossem inconstitucionais além de questionamento²⁵ (*beyond doubt*), isto é, somente quando a incompatibilidade fosse evidente.

É relevante para a presente análise, a abordagem de alguns aspectos que circundaram os debates ocorridos durante a convenção da Filadélfia, na medida em que estas questões terão reflexos na história do constitucionalismo norte-americano. O preâmbulo da Constituição assenta um dos princípios mais relevantes para a forma de Governo norte-americana: a de que todo o Governo legítimo deve ter o consenso dos governados,²⁶ isto é, a

²¹ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 63.

²² FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 31.

²³ KRAMER, Larry D. *op.cit.*, p. 65.

²⁴ FRIEDMAN, Barry. *op. cit.*, p. 30.

²⁵ Sobre o princípio da inconstitucionalidade além de questionamento discorre Alexander Bickel quando discute a “Regra de Thayer”, isto é, que uma Lei somente poderia ser declarada inconstitucional caso fosse eivada de vício claro de inconstitucionalidade. Esta doutrina também ficou conhecida como a “Regra do Erro Claro”. In: BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 35

²⁶ PAULSEN, Michael Sothkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 5.

soberania popular. Durante os debates da convenção da Filadélfia, algumas questões relativas à organização do Governo tinham enorme peso, tais como qual deveria ser a força do Governo federal, quanto de autonomia deveriam resguardar os Estados, se o Governo da União deveria ser supremo sobre o dos Estados e qual deveria ser o peso da representação dos Estados pequenos e grandes.²⁷ Com estes debates ao fundo, a revisão judicial foi observada como ferramenta que poderia ser utilizada para compelir os Estados a adotar a legislação federal.²⁸ Esta questão ficou consagrada no documento constitucional norte-americano pela via do controle judicial das Leis estaduais, o qual ficou positivado na Constituição através da Cláusula de Supremacia (*Supremacy Clause*),²⁹ prevista no artigo VI da Constituição dos Estados Unidos e que antevê a preferência da Constituição e das Leis federais em detrimento das estaduais.

O processo de ratificação do documento constitucional elaborado na convenção da Filadélfia não ocorreu sem grande comoção. A Constituição deveria ser ratificada em cada Estado da nação, por uma convenção que deveria ser especificamente eleita para fazê-lo. Os debates entre federalistas e republicanos (anti-federalistas) iniciaram-se neste momento histórico. Os que se intitulavam federalistas posicionavam-se a favor da ratificação do documento constitucional elaborado durante a convenção da Filadélfia. O partido federalista, defensor da Constituição, tinha como expoentes as figuras de Alexander Hamilton e James Madison – conhecido como o pai da Constituição. Suas ideias estão documentadas na série de *papers* escritos que hoje são editados em conjunto e formam *O Federalista*,³⁰ série de artigos escritos na defesa da ratificação da Constituição pelos Estados. Seu posicionamento ideológico está pautado no receio do poder da multidão – que chamam de facções³¹ -, de forma que acreditavam que a população deveria limitar-se ao direito a voto, e não se envolver na arena política, uma vez que ela seria governada por suas paixões, de maneira que a política deveria ser instrumento tão somente de classes mais eruditas, que estariam encarregadas de salvar a população dela mesma, “a razão do povo deve governar e dirigir a marcha do Governo; mas, pelo Governo é que devem ser dirigidas e governadas as paixões do povo”.³²

²⁷ PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 16.

²⁸ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 34.

²⁹ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 73.

³⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

³¹ *Idem*, p. 59-67.

³² *Ibidem*, p. 313.

Posteriormente, este argumento formatado por uma visão elitista, descambará na defesa de um princípio da revisão judicial.

Os anti-federalistas, por sua vez, discordavam da visão lançada na Constituição, uma vez que ela retirava uma grande parcela da autonomia dos Estados, que ao abrigo dos Artigos da Confederação, gozavam de grande independência. A figura mais proeminente do partido republicano (ou anti-federalista) foi Thomas Jefferson. Este partido estava ideologicamente pautado na ideia de que o Governo deveria ser controlado por mecanismos populares (exógenos), de forma que a Constituição era encarada como documento mediante o qual o povo limitava o exercício do poder por seus governantes. A Constituição, dentro de uma concepção republicana, portanto, era encarada como documento popular, elaborada pelos governados e dirigida a refrear eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelos governantes, “o povo é o único censor de seus governantes”.³³ Os mecanismos defendidos pelos republicanos para o exercício da supervisão da obediência aos preceitos constitucionais eram o direito de petição, o direito ao voto, por meio de eleições, e, em última instância, as manifestações populares, as quais Thomas Jefferson descreveu como “o remédio necessário para a boa saúde do Governo”.³⁴

Os debates entre os federalistas e os anti-federalistas revelam que, desde a ratificação do documento constitucional, a questão da autonomia dos Estados frente à União demonstrou-se problemática – ver-se-á a frente como a Suprema Corte exerceu papel relevante na resolução destes conflitos. Importante apontar, também, que as disputas alcançaram a não existência de uma carta de direitos no documento proposto, ponto este que era a maior crítica dos anti-federalistas ao texto e sobre o qual eles obtiveram sucesso na medida em que perante o primeiro Congresso norte-americano, os federalistas propuseram o *Bill of Rights*.³⁵

Relevante apontar, na mesma esteira, que os *framers* (federalistas) afirmavam ser o Judiciário o poder mais fraco dentre o três, uma vez que este seria o que teria menos ferramentas ao seu alcance para atacar a Constituição. No Federalista número 78, afirma Alexander Hamilton:

O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos

³³ Tradução livre do original: “The people are the only censors of theirs governors”. JEFFERSON, Thomas. [Carta] 16 de jan. 1787, Paris [para] CARRINGTON, Edward. 2f. In: JEFFERSON, Thomas. **Writings**. Nova Iorque: The Library of America, 2011, p. 880.

³⁴ Tradução livre do original: “[...] a medicine necessary for the sound health of government”. JEFFERSON, Thomas [Carta] 30 jan. 1787, Paris [para] MADISON, James. 4f. In: *Idem*, p. 882.

³⁵ PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution**: An introduction. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 21.

cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e esse só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.³⁶

Os anti-federalistas, no entanto, não dividiam a mesma opinião. A Constituição, em seu Artigo III, não determinou o desenho do sistema judicial de Cortes federais baixas (*lower Courts*), mas tão somente a existência da Suprema Corte federal, deixando ao Congresso a decisão de quantas *lower Courts* deveriam ser instituídas. À Suprema Corte, portanto, foi assinalada a função de interpretação da legislação federal, incluindo-se, dentre ela, a Constituição. Para os anti-federalistas:

[...] este poder tinha consequências reais. Os oponentes Anti-Federalistas da Constituição viam neste poder um perigoso Cavalo de Tróia. O poder de interpretar a Constituição, temiam, era irresponsável; as cortes poderiam assim moldar a Constituição na forma que desejavam, de fato a reescrevendo a seu bel prazer de forma a conceder ao governo nacional todo o poder e apagar os direitos dos estados e as liberdades do povo.³⁷

Contudo, sublinhe-se que ainda que houvesse dissensos entre federalistas e republicanos sobre temas como forma de Governo, separação de poderes, a necessidade ou não de uma Constituição federal, etc., a premissa a partir da qual sustentavam suas visões era a de que as instâncias governamentais estavam sujeitas ao escrutínio da população. Isto é, todos os debates realizados partiam da premissa da existência de uma efetiva soberania popular.

A diferença, todavia, residia justamente no que a soberania popular representava e quais eram suas consequências, considerando-se que Thomas Jefferson tinha por ideal uma política de bases mais populares, e que sob ela fossem assentados os pilares para a defesa da Constituição e de seus limites.³⁸ James Madison, de outra banda, fazia duas grandes objeções à visão jeffersoniana: (i) a primeira delas é que temia ele que um apelo popular constante na resolução dos conflitos constitucionais incorreria em uma instabilidade política; (ii) e a segunda seria a de que o povo sempre ficaria ao lado do Legislativo,³⁹ porquanto:

³⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 458.

³⁷ Tradução livre do original: “[...] that was a power with real consequence. Anti-Federalist opponents to the Constitution saw in this power a great Trojan Horse. The power to interpret the Constitution, they feared, was uncheckable by anyone; the courts could thus mold the Constitution into whatever they wished it to be, in effect rewriting it at will in such a manner as to give the national government all power and to erase the rights of the states and the liberties of the people”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 69.

³⁸ *Idem*, p. 46.

³⁹ *Ibidem*, p. 46.

[...] os membros do corpo legislativo são numerosos, estão distribuídos pelo meio do povo e com ele vivem e tratam. As suas relações de parentesco, de amizade e de conhecimento abraçam na sociedade muito mais extenso círculo; e é precisamente esse círculo que tem mais influência sobre a opinião pública.⁴⁰

Desta forma, pode-se concluir que de ambas as interpretações de um constitucionalismo de bases populares não derivou que um dos poderes pudesse interpretar a Constituição em detrimento do outro, isto é, que o Judiciário poderia “invocar a autoridade da constituição em face de outro departamento do governo”.⁴¹ Isso porque, essa “Era a responsabilidade do povo: uma responsabilidade exercida, em especial, através das eleições, mas também, se necessário, por outros meios, extralegais”.⁴² Não é de se estranhar, portanto, que tenham os norte-americanos depositado grande autoridade nas legislaturas, dado que eram vistas como o poder que melhor representava a vontade popular. Aponta Barry Friedman que “a constituição da Pensilvânia – o mais radical dos documentos fundantes – efetivamente, acabou com o Executivo por completo, em favor de um conselho governamental eleito popularmente”.⁴³

Após a ratificação da Constituição, a despeito do desenvolvimento econômico atingido pelos Estados Unidos, o cenário político era conflituoso, tendo em vista que:

A fonte do tumulto residia em uma série de crises políticas e constitucionais, dado que os homens que haviam colaborado por quase duas décadas para a criação de uma União, repentinamente, descobriram que tinham ideias profundamente diferentes sobre o que fazer com ela.⁴⁴

Na segunda década após a independência, nas Cortes estaduais, produziu-se cerca de vinte casos no quais, pelo menos um juiz, exercitou a revisão judicial. Da mesma forma, ocorreram cerca de uma dúzia de casos nas Cortes federais, bem como por volta de seis casos

⁴⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 312.

⁴¹ Tradução livre do original: “[...] that the judiciary could therefore invoke the constitution’s authority against another department”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 58.

⁴² Tradução livre do original: “It was the people’s responsibility: a responsibility they discharged mainly through elections, but also, if necessary, by other, extralegal means”. *Idem*, p. 58.

⁴³ Tradução livre do original: “Pennsylvania’s constitution – the most radical of the founding documents – actually did away with a chief executive altogether, in favor of a popularly elected governing council”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 22.

⁴⁴ Tradução livre do original: “The source of this turmoil lay in an escalating series of political and constitutional crises, as men who had collaborated for nearly two decades to create a stable Union suddenly discovered they had profound different ideas about what to do with it”. KRAMER, Larry D. *op. cit.*, p. 93-94.

na Suprema Corte.⁴⁵ Contudo, este pequeno número de *cases* decididos não fez do Judiciário instituição de sumária importância dentre os poderes do Governo.⁴⁶

O tipo de revisão judicial exercida, então, era diferente do que hoje se toma por premissa quando o controle de constitucionalidade é posto em questão, uma vez que ao longo dos séculos “a própria natureza da revisão judicial mudou”,⁴⁷ dado que:

As cortes exercendo a revisão judicial na década de 1790 não reivindicavam para si responsabilidade exclusiva ou especial na interpretação da Constituição. Justificavam a recusa na aplicação de Leis como atos “político-legais” em nome do povo, uma responsabilidade imposta por sua posição como agentes fiéis do povo. A revisão judicial era um substituto à ação popular, um instrumento para manter a soberania popular sem a necessidade de agitação civil.⁴⁸

Isto é, a justificação para a revisão das Leis não era a que os Tribunais seriam a melhor instância para analisar a constitucionalidade dos atos legislativos, dado o caráter legal da Constituição. Antes, argumentava-se que a Corte, assim como os demais poderes, estava obrigada pela Constituição. Nesta linha, os juízes eram cidadãos, e, como tal, tinham o dever de opor-se a atos inconstitucionais emanados da legislatura, e, tendo em vista que o Judiciário era um dos poderes do Estado, também ele tinha o dever de declarar inconstitucionais atos que evidentemente o eram. Não se afirmou, contudo, que a interpretação constitucional era tarefa da jurisdição, mas sim que o Poder Judiciário, assim como os outros poderes governamentais, tinha a tarefa de reconhecer Leis nulas, dado que a Constituição obrigava o Judiciário, tanto quanto os demais Poderes.⁴⁹

Surgiu, então, a questão de que, dado que o Judiciário faria a revisão judicial por último, sua palavra seria a que deveria permanecer. Neste contexto, tanto James Madison como Thomas Jefferson argumentaram, na contramão, que o Poder Judicial seria somente mais um dentre os outros poderes, de forma que a sua interpretação constitucional não poderia sobrepujar a dos demais, de forma que cada a cada poder incumbiria fazer sua interpretação autonomamente,⁵⁰ teoria esta que ficou conhecida como *departamentalista*.

⁴⁵ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 95.

⁴⁶ WOLF, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: From constitutional interpretation to judge-made-law**. Londres: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p. 39.

⁴⁷ Tradução livre do original: “The very nature of judicial review has changed”. *Idem*, p. XIII.

⁴⁸ Tradução livre do original: “Courts exercising judicial review in the 1790s made no claims of special or exclusive responsibility for interpreting the Constitution. They justified their refusal to enforce laws as a “political-legal” act on behalf of the people, a responsibility required by their position as the people’s faithful agents. Judicial review was a substitute for popular action, a device to maintain popular sovereignty without the need for civil unrest”. KRAMER, Larry D. *op. cit.*, p. 98-99.

⁴⁹ *Idem*, p. 103.

⁵⁰ JEFFERSON, Thomas [Carta] 6 set. 1819, Popular Forest [para] Judge Spencer Roane. 2f. In: JEFFERSON, Thomas. **Writings**. Nova Iorque: The Library of America, 2011, p. 1426-1427.

Afirma Larry Kramer:

Dentro desta nova cultura política, a teoria departamentalista fez perfeito sentido. Cada poder podia expressar suas visões sobre as questões que surgiam perante ele no curso ordinário de atividades: a legislatura através de promulgação de leis, o Executivo através do veto e o Judiciário através da revisão. Mas nenhuma das visões expressada por nenhum dos poderes era final ou autoritária. Eram ações de entidades reguladas na tentativa de seguir a Lei que os governava, sujeitos à supervisão constante de seu superior comum, o povo ele mesmo. A conquista da revisão judicial neste período inicial foi, então, uma aposta de sucesso feita pelos juízes para um lugar igual no esquema - para um status de membros de um poder coordenado, capaz de fazer e agir através de julgamentos independentes sobre o significado da Constituição.⁵¹

É neste contexto de discussões sobre a teoria departamentalista na interpretação da Constituição que a Suprema Corte prolatou a decisão de *Marbury v. Madison*, julgado este que, posteriormente, foi utilizado como a afirmação da supremacia judicial moderna. A relevância de *Marbury* reside justamente no fato de ter sido o primeiro caso no qual a Suprema Corte afirmou a possibilidade de revisão judicial dos atos do Congresso, ainda que não tenha efetivamente a exercido.

1.1.1 *Marbury versus Madison*, a Crise da Nulificação e a Reconstrução: o estabelecimento da revisão judicial

O julgado *Marbury v. Madison*⁵² é bastante estudado na doutrina norte-americana, porquanto sua relevância é historicamente assentada como o precedente no qual ficou estabelecido o exercício da revisão judicial da legislação federal pela Suprema Corte, em que pese ela não estar expressamente prevista na carta constitucional dos Estados Unidos. Segundo Larry Kramer, o julgado exerceu papel relevante no grande drama acerca do lugar do Poder Judiciário no Governo norte-americano.⁵³

⁵¹ Tradução livre do original: “Within this new political culture, the departmental theory made perfect sense. Each branch could express its views as issues came before it in the ordinary course of business: the legislature by enacting laws, the executive by vetoing them, the judiciary by reviewing them. But none of the branches’ views were final or authoritative. They were the actions of regulated entities striving to follow the law that governed them, subject to ongoing supervision by their common superior, the people themselves. The achievement of judicial review in this early period was thus a successful bid by judges to an equal place in the scheme – to status as members of a coordinate branch, capable of making and acting upon independent judgments about the meaning of the Constitution”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 109.

⁵² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 176, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁵³ KRAMER, Larry D. *op. cit.*, p. 116.

Para uma melhor compreensão do julgamento, impõe-se o delineamento do pano de fundo histórico do qual proveio a fundamentação do julgado: as eleições do ano de 1800 e as disputas políticas entre federalistas e republicanos. Aponta Rodrigo Brandão que a tese desenvolvida pelo *Chief Justice Marshall* em seu voto “segue o raciocínio de Hamilton n’*O Federalista* n. 78, e consiste ainda hoje na ‘justificativa-padrão’ para o controle de constitucionalidade”.⁵⁴ Isso porque, John Marshall, então *Chief Justice* da Suprema Corte, salientou em seu voto no julgamento que deveriam os juízes obedecer à Constituição, sendo sua atribuição desprezar e julgar nulos quaisquer atos a ela contrários.⁵⁵

Neste contexto, na disputa eleitoral do ano de 1800, o partido republicano de Thomas Jefferson ganhou não só as eleições executivas como também as parlamentares, deixando o antigo Congresso federalista somente com a opção de reforma do Poder Judiciário para manter seu posicionamento político-ideológico ainda dentro do Governo. Com isso em vista, aprovou-se o *Judiciary Act* de 1801, por meio do qual foram criadas seis novas Cortes de Circuito, com o apontamento de dezesseis novos juízes e a Suprema Corte teve seu número de Magistrados reduzido de seis para cinco membros, sendo que a redução deveria ter efeitos a partir da próxima vacância, isto é, da próxima aposentadoria de um juiz da Suprema Corte.⁵⁶

A partir disso, nas palavras de Larry Kramer:

Através destes meios não tão sutis, os Federalistas premiaram-se com numerosas indicações às Cortes inferiores – não somente juízes, como também procuradores, assessores, promotores federais, e todo o pessoal de suporte de uma corte – e, simultaneamente, requerendo que a sucessora Administração Republicana aguardasse duas vacâncias na Suprema Corte antes de poder fazer a sua primeira indicação.⁵⁷

Outrossim, necessário apontar a relevância da indicação de John Marshall para o cargo de *Chief Justice* da Suprema Corte. Isso porque, até sua posse, a Corte teve papel pouco relevante no deslinde da vida política norte-americana. Aponta Carlos Alexandre Campos que

⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 31. Grifo no original.

⁵⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 460.

⁵⁶ Veja-se: ESTADOS UNIDOS. *Judiciary Act of 1801*. Disponível em <http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03_txt.html>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵⁷ Tradução livre do original: “By this none-too-subtle means, the Federalists rewarded themselves with numerous appointments to the inferior courts – not just the judges, but also marshals, clerks, federal attorneys, and all other supporting personnel attached to a court – while simultaneously requiring the incoming Republican Administration to wait for two vacancies on the Supreme Court before it could make its first appointment there”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 116.

foi ele o responsável pelo papel de destaque que ela veio a ter no cenário político, dando-lhe identidade institucional e relevância.⁵⁸

Com estes acontecimentos ao fundo, William Marbury e outros nomeados no *Judiciary Act* de 1801 processaram o Secretário de Estado, James Madison, através de um *writ of mandamus*, para receber suas comissões como juízes de paz pelo Condado de Whashington no Distrito de Columbia,⁵⁹ um cargo para o qual foram nomeados nos momentos finais da administração do Presidente John Adams – federalista - que foi sucedido por Thomas Jefferson – republicano -. Estava em contenda, portanto, a legalidade do *Judiciary Act* de 1801.

O processamento do Secretário deu-se em razão de Thomas Jefferson, ao tomar posse da presidência em 1801, ter ordenado a James Madison, seu Secretário de Estado, a negativa de investidura no cargo aos juízes nomeados no *Judiciary Act* de 1801. Para isso, Madison utilizou-se do previsto na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que, “outorga à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado do Governo federal”.⁶⁰

Larry Kramer aponta que o voto do *Chief Justice* Marshall pode ser compreendido ante suas bases ideológicas federalistas - que não coadunavam com o republicanismo do novo Presidente eleito - Thomas Jefferson. No contexto político de então, o caso Marbury v. Madison seria uma das únicas chances que a Corte teria para posicionar-se contrariamente à política governamental de ideologia republicana, de forma que o *Chief Justice* Marshall se utilizou dele para mandar a mensagem de que a Suprema Corte tinha suas próprias visões⁶¹ e não hesitaria em demonstrá-las ao Governo em exercício.

Segundo Alexander Bickel, no voto do *Chief Justice* Marshall, a questão central assentada não seria a de se um ato contrário à Constituição poderia ter validade, mas sim *quem* deveria ter o poder de decidir acerca da validade do ato. Para Marshall, uma Constituição consubstanciada em um documento escrito tinha como finalidade limitar o Governo e não faria sentido um documento escrito e limitante se a legislatura pudesse exceder estas demarcações, ultrapassando os preceitos do texto constitucional. Nesse sentido, salientou Marshall que ou a Constituição é um documento superior não modificável por meio

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.

⁵⁹ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 03.

⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 51.

⁶¹ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 123.

de legislação ordinária ou, ao contrário, está sujeita aos atos ordinários emanados do Legislativo.⁶² Afirmou o *Chief Justice*:

Se a última parte da afirmação for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a primeira parte for verdadeira, então Constituições escritas são uma tentativa absurda por parte do povo de limitar um poder que, por sua natureza, não é passível de limitação.⁶³

Conforme Alexander Bickel, o *Chief Justice* Marshall entendia que deixar a decisão a cargo das legislaturas seria permitir que aquele que deveria ter seu poder limitado limitasse a ele mesmo, e isto seria um convite aberto ao abuso de poder. Ou seja, a justificção dada por Marshall ao seu posicionamento foi de que aquele órgão que expedisse determinado ato não poderia ser o órgão incumbido de retificá-lo, isto é, sendo a legislatura a incumbida da expedição de atos legiferantes, não poderia ser ela quem iria analisar sua retidão, em especial porque, para Marshall, era dever do Judiciário dizer o que é o Direito e, em sendo o ato em discussão jurídico, teria o Judiciário legitimidade para anulá-lo ou declará-lo inconstitucional. Nas palavras de John Marshall:

Se um ato da legislatura, repugnante à Constituição, é vazio, ele obriga as Cortes a dar-lhe efeito, não obstante a sua invalidade? Ou, em outras palavras, ainda que ele não seja direito, constitui regra de imperatividade como se fosse? Isto seria, de fato, derrubar o que está estabelecido na teoria, e pareceria, em princípio, um absurdo muito crasso para que nele se insistisse. A questão deve, entretanto, receber maior atenção. É enfaticamente o dever do Departamento Judicial dizer o que o direito é. Aqueles que o aplicam a casos particulares devem, necessariamente, interpretar a regra. Se duas Leis conflitam, as Cortes devem decidir a operacionalidade de cada.⁶⁴

Nesta senda, o *Chief Justice* iniciou seu voto dissertando acerca do porque a administração de Thomas Jefferson agiu contrariamente à Lei quando não concedeu as

⁶² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 176, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁶³ Tradução livre do original: “If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power on its own nature illimitable”. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 177, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁶⁴ Tradução livre do original: “If an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the Courts and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory, and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration. It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each”. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

comissões aos juízes de paz peticionantes. Isto é, reconheceu o direito de William Marbury e dos demais peticionantes à investidura no cargo, bem como às comissões por eles pleiteadas. Entretanto, em que pese esta colocação do *Chief Justice*, a Suprema Corte negou sua jurisdição originária para decidir acerca do caso, embasando seu entendimento no Artigo III da Constituição dos Estados Unidos, que não lhe outorgara jurisdição originária naquela espécie de *writ of mandamus*, mas tão somente jurisdição em sede recursal. Contudo, a partir do prefácio realizado pelo *Chief Justice*, a Suprema Corte deixou uma brecha duvidosa sobre se ela poderia insurgir-se em face de atos do Poder Executivo.

Na leitura de Larry Kramer, o objetivo de Marshall, a partir do prefácio do voto, seria o de que a revisão judicial entrasse nos registros, e não necessariamente estabelecer sua existência, mas combater, de plano, um eventual movimento que objetivasse deslegitimá-la.⁶⁵ Isto é, em que pese a Corte, no caso Marbury v. Madison, ter negado sua jurisdição originária para o julgamento da matéria, a fundamentação lógico-jurídica exarada – pelo precedente formado –, foi um divisor de águas que uniu questões políticas e jurídicas. Isso porque o *Chief Justice Marshall* – de posicionamento político federalista – tomou o julgamento como oportunidade de afirmar-se perante o Governo do republicano Thomas Jefferson, assentando a legitimidade da Suprema Corte para derrubar atos provenientes do Governo, caso este ultrapassasse determinados limites. O caso Marbury v. Madison conformou um precedente que amoldou uma união característica do ativismo: a união entre o Direito e a política; e não somente isto, também legitimou a utilização do Direito como ferramenta e instrumento político.

Percebe-se, desta forma, o caráter ativista da decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana no caso Marbury v. Madison, uma vez que não coadunou com o entendimento dos poderes políticos, auto afirmando sua própria inteligência dos valores constitucionais não diretamente expressos no texto da Constituição. Depreende-se, desta leitura, que o instituto da revisão judicial havia entrado nos registros norte-americanos.

Neste sentido, o papel do Poder Judiciário como último intérprete da Constituição foi, também, um debate ideológico entre os partidos federalista e republicano. Foi neste contexto que começaram a surgir considerações sobre o fato de que a Constituição é Lei e, em assim sendo, é papel do Poder Judicial dizer o que a Lei é e em proceder sua interpretação,⁶⁶ isto é, passou-se a pleitear uma interpretação constitucional eminentemente judicial, e não mais a

⁶⁵ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 124.

⁶⁶ *Idem*, p. 131.

ver-se a Corte como mais um dos poderes capazes de fazer a interpretação da Constituição, a partir de uma teoria departamentalista, mas sim como o único órgão legitimado a fazê-lo.

O desaparecimento do partido federalista nos anos seguintes às eleições de 1800, não acarretou o desaparecimento por completo dos argumentos em favor da revisão judicial, não obstante o dismantelamento do partido poder ser entendido como uma forma de retaliação popular face à manobra política federalista ao promulgar o *Juciary Act* de 1801. O partido ainda estaria presente por alguns anos, entretanto, dada sua rejeição nas eleições de 1800, acabou quase extinto após a guerra de 1812,⁶⁷ de forma que desapareceu do cenário nacional após 1817.⁶⁸ Afirma Barry Friedman que “Durante a Guerra de 1812, a antipatia crescente da Nova Inglaterra em relação à administração Republicana foi tão mal recebida pelo resto da nação que, em última instância, culminou na morte do Partido Federalista”.⁶⁹

A ideia de revisão judicial por eles defendida não desapareceu de todo, tendo em vista que estava devidamente registrada no julgado *Marbury v. Madison*. Por conseguinte, em que pese a extinção do partido federalista, a ideia da revisão judicial jamais desaparecera de forma completa, de modo que, por volta de 1820, o cenário no qual a revisão judicial havia sido rechaçada, por uma visão de interpretação constitucional republicana estava em vias de mudança, assim como a formatação da sociedade norte-americana. Em princípio, o renascimento da revisão judicial deu-se com a reprodução dos argumentos já anteriormente lançados pelos federalistas, isto é, de que as Leis contrárias à Constituição deveriam ser declaradas nulas pelo Judiciário, tendo em vista que a legislatura, ao promulgá-las, ultrapassou seus deveres constitucionais, e, os juízes, ao fazê-lo, nada mais estavam fazendo do que serem fiéis à Constituição que juraram proteger, de forma que, caso não declarassem as Leis nulas, estariam eles também incorrendo em erro.⁷⁰

Afirma Larry Kramer sobre esta mudança do cenário:

O que, em última instância, movia um grande número de Americanos a aceitar a ideia de que juízes deveriam ter a palavra proeminente sobre a significação constitucional, em outras palavras, era experiência, a qual parecia ensinar que o constitucionalismo popular, na sua forma tradicional, poderia não funcionar em uma sociedade tão diversa e dinâmica como os Estados Unidos.⁷¹

⁶⁷ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 144.

⁶⁸ *Idem*, p. 167.

⁶⁹ Tradução livre do original: “During the War of 1812, New England’s ever-growing antipathy to the Republican administrations was received so poorly by the rest of the nation that it ultimately spelled the demise of the Federalist Party”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p.78.

⁷⁰ KRAMER, Larry D. *op. cit.*, p. 149.

⁷¹ Tradução livre do original: “What ultimately moved a greater number of Americans to embrace the idea that judges should have the preeminent word on constitutional meaning, in other words, was experience, which

As evocações ao “povo”, neste contexto, sofreram alterações, deixando a palavra de ter conotação concreta e real, para tornar-se uma figura de linguagem, isto é, o “povo” foi realocado para um plano abstrato.⁷² Assim, podia-se justificar a revisão judicial através da necessidade de unificação das diversas vozes que formavam a heterogeneidade que compunha a sociedade norte-americana em uma única voz: a Corte.

Nesse sentido, cresceu o número de atos legislativos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte. Nas décadas de 1860, 1870 e 1890 a Suprema Corte declarou inconstitucionais quatro, sete e quatro estatutos federais respectivamente, ao passo que em todo o período anterior foram somente duas as declarações de inconstitucionalidade⁷³: *Marbury v. Madison* e a infame decisão *Dred Scott v. Sandford*.⁷⁴

O papel cada vez mais proeminente da Suprema Corte revela-se, também, na mudança de posição pelo Presidente Andrew Jackson que, inicialmente, buscou reafirmar a teoria departamentalista de Thomas Jefferson,⁷⁵ assentando suas bases a partir da soberania popular. Em princípio, o Presidente posicionou-se contrariamente à ideia de uma soberania da Suprema Corte. Revela o departamentalismo de sua postura inicial em relação à Corte a mensagem de veto emitida pelo Presidente em 1832, relativamente à questão do Banco dos Estados Unidos:

Se a opinião da Suprema Corte cobrisse toda a questão desta legislação, dita opinião não deve controlar as autoridades coordenadas deste Governo. O Congresso, o Executivo, e a Corte devem, cada, por si mesmos, ser guiados por sua própria opinião sobre a Constituição. Cada oficial público que faz um juramento em proteger a Constituição promete que vai protegê-la como ele a entende, e não como é entendida por outros.⁷⁶

A mudança no posicionamento do Presidente em relação à Suprema Corte ocorreu com a crise da nulificação – que se tratou, em especial, da insurreição do Estado da Carolina

seemed to teach that popular constitutionalism in its traditional form might not work in a society as diverse and dynamic as the United States”. *Idem*, p. 172.

⁷² *Ibidem*, p. 178.

⁷³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 213.

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁷⁵ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 73.

⁷⁶ Tradução livre do original: “If the opinion of the Supreme Court covered the whole ground of this act, it ought not to control the coordinate authorities of this Government. The Congress, the Executive, and the Court must each for itself be guided by its own opinion of the Constitution. Each public officer who takes an oath to support the Constitution swears that he will support it as he understands it, and not as it is understood by others.” Disponível em: <<http://millercenter.org/president/speeches/speech-3636>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

do Sul em face de uma Lei federal que tratava das taxas que o Estado federado entendeu beneficiar em demasia os Estados do norte em detrimento dos Estados do sul. A crise da nulificação envolvia o debate sobre a autonomia dos Estados face à União federal, isto é, a possibilidade de um Estado que discordasse da constitucionalidade de determinada Lei federal, retirar seu consentimento especificamente sobre aquela lei,⁷⁷ fundamentando-se no argumento de que a nulificação do ato estaria pautada no direito de resistência. Ainda, a crise deu-se em relação à submissão ou não dos Estados à autoridade da Suprema Corte, “O coração do problema era o quanto valia uma decisão da Suprema Corte”.⁷⁸

O resultado da crise da nulificação foi a vitória da Suprema Corte, na medida em que o próprio Presidente Andrew Jackson, antes advogado da teoria departamentalista e da interpretação constitucional independente entre os poderes, mudou de posicionamento, assumindo o papel defensor da Corte, afirmando que enquanto não tivesse uma Lei sido nulificada pela Suprema Corte federal, ela deveria ser considerada válida, por todos os Estados da União.⁷⁹ Esta crise atribuiu à Suprema Corte novo papel, de maior relevância no esquema de pesos e contrapesos, uma vez que lhe era atribuída a função de manter os Estados em xeque, o que afirmava sua autoridade perante todo o país. Na leitura de Keith Whittington, estes esforços políticos de dar maior força às decisões da Suprema Corte, durante o Século XIX, podem ser compreendidas como “o compromisso constitucional do regime contra estados dissidentes tanto como questão de preservação da união e de prevenção de violência como de realinhamento dos discrepantes com as normas constitucionais nacionais”.⁸⁰ A Suprema Corte passou a ter papel chave na manutenção do pacto federal instituído pela Constituição. Portanto, ela foi adquirindo força institucional precisamente por ser um dos agentes capazes de evitar a violência interna entre os Estados, bem como de promover o alinhamento das políticas estatais com as da União federal.

É neste contexto que eclodiu a Guerra Civil norte-americana, com a tentativa de secessão por parte dos Estados da Carolina do Norte, Florida, Missisipi, Alabama, Georgia, Louisiana e Texas (que tentaram formar a Confederação dos Estados da América) face as

⁷⁷ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 97.

⁷⁸ Tradução livre do original: “The heart of the issue was what a Supreme Court decision was worth”. *Idem*, p. 100.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁰ Tradução livre do original: “[...] the regime’s constitutional commitments against dissident states were as much a matter of preserving the union and preventing violence as they were of bringing outliers in line with national constitutional norms”. WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 113.

dissidências referentes à questão da escravidão, bem como à eleição de Abraham Lincoln à Presidência em 1860. O período que seguiu a Guerra Civil ficou conhecido como a *Reconstrução*.

O pano de fundo do conflito é pautado pela redação original da Constituição norte-americana, uma vez que o documento original efetivamente protegia o instituto da escravidão, inclusive concedendo direito aos donos de escravos “fujões” a recuperá-los,⁸¹ não obstante a Constituição em nenhum momento mencionar diretamente a palavra escravidão ou escravo. Também antecede a Guerra Civil a decisão *Dred Scott v. Sandford*, de 1856, na qual a Suprema Corte constitucionalizou o direito a ter escravos como direito de propriedade do cidadão branco. É relevante notar que a reação adversa que o julgado causou pode ser compreendida na medida em que a autoridade da Corte fazia-se cada vez mais presente, de forma que a natureza das críticas à decisão “serviu somente para sublinhar o crescimento da supremacia judicial, a noção de que as decisões dos *justices* vinculam não somente aqueles perante a Corte como todos os outros atores do Governo também”.⁸²

É neste ambiente de tensão que começou a Guerra Civil que perduraria de 1861 a 1865, cuja disputa cingiu-se fundamentalmente a três objetivos:

[...] a questão do presente e do futuro do status constitucional da escravidão nos Estados Unidos; a questão de quem teria o poder final para decidir a controvérsia; e a questão da legalidade da secessão – se a União poderia ser dissolvida por decisões unilaterais de estados individuais reivindicando soberania para decidir por si mesmos, ou se a União como um todo era a soberana derradeira.⁸³

Para Abraham Lincoln, a secessão dos Estados do sul norte-americano era inconstitucional. E foi pela manutenção da União que o Presidente lutou durante seu mandato e durante a Guerra Civil. Para isso, em 1861 Lincoln suspendeu o direito de *habeas corpus*, o que ocasionou um conflito direto com a Suprema Corte e com seu então *Chief Justice*, Roger Taney, porquanto este comandou a soltura do Tenente Merryman, preso durante um confronto entre as forças da União e as da Confederação, sem ter sua ordem atendida pelo exército da

⁸¹ PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 74.

⁸² Tradução livre do original: “[...] served only to underscore the growth of judicial supremacy, the notion that the justice’s decisions bound not only those before the Court but all other actors of government as well”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 113.

⁸³ Tradução livre do original: “[...] the question of the present and future constitutional status of slavery in the United States; the question on who would have final power to decide that issue; and the question of the lawfulness of the secession – whether the Union could be dissolved by unilateral decisions of individual states claiming sovereignty to decide for themselves, of whether the Union as whole was the ultimate sovereign”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. *Op. Cit.*, p. 155.

União, uma vez que este se pautava pelas ordens do Presidente. No conflito, Lincoln prevaleceu, tendo o Congresso procedido a ratificação de seus atos.

O desfecho da Guerra Civil foi a aprovação da décima terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos (a primeira alteração do texto em sessenta anos),⁸⁴ a qual aboliu a escravidão no país. O Presidente Abraham Lincoln, no entanto, não sobreviveria para ver a Emenda ratificada em dezembro de 1865. Com a morte de Lincoln, a presidência ficou a cargo de seu Vice, Andrew Johnson, a quem foi incumbida a tarefa de articular a Reconstrução com o Congresso. A oposição do Presidente aos direitos dos negros, e o veto ao *Civil Rights Act* de 1866 erodiram as relações entre Executivo e Legislativo, o que culminou no primeiro processo de *impeachment* da história dos Estados Unidos,⁸⁵ do qual Johnson saiu vitorioso com a margem de apenas um voto.

Os Estados do sul recusavam-se a obedecer a décima terceira Emenda. Editaram o que ficou conhecido como os Códigos Negros (*Black Codes*), os quais rebaixavam os negros a uma espécie de segunda categoria de pessoa, negando-lhes direitos de propriedade, trabalho e deslocamento. O *Civil Rights Act* foi proposto com o intuito de proibir este tipo de legislação discriminatória. O veto do Presidente Johnson à Lei foi derrubado pelo Congresso da Reconstrução.

A décima quarta Emenda entrou em vigor em 1868 e constitucionalizou o *Civil Rights Act* de 1866, suprimindo a infame regra dos três quintos, prevista na seção 2 do artigo I da Constituição, a qual afirmava que o número de representantes dos Estados no Congresso seria determinado pelo número de pessoas livres e por três quintos de *todos os outros*, terminologia que claramente dirigia-se aos escravos e que concedia vantagem no número de representantes dos Estados escravagistas no Congresso. A partir da sua edição, todas as pessoas seriam igualmente contadas para a mensuração do número de representantes por Estado, o que, ironicamente, concedia ainda maior vantagem sobre o número de representantes no Congresso aos Estados do sul. Sobre a Emenda afirmam Luke e Michael Paulsen:

O Presidente Johnson desprezava a Décima Quarta Emenda, achando seus termos injustos e sua maneira de adoção inconstitucional. Novamente, Johnson tinha uma perspectiva: o Trigésimo Nono Congresso recusava dar assento aos senadores e representantes de um estado se e até que ele ratificasse a Décima Quarta Emenda, efetivamente fazendo da representação nacional do estado refém até a ratificação.

⁸⁴ PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 176.

⁸⁵ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 129.

Somente quando novas e reconstruídas legislaturas estaduais sucumbiam à pressão e ratificavam a emenda eram os estados readmitidos nos corredores do Congresso.⁸⁶

A décima quarta Emenda também posteriormente ficaria célebre por ser o pano de fundo das maiores controvérsias constitucionais ocorridas nos Estados Unidos, incluindo *Brown v. Board of Education*⁸⁷ (discriminação racial nas escolas), *Roe v. Wade*⁸⁸ (direito ao aborto) e *Bush v. Gore*⁸⁹ (recontagem de votos na eleição presidencial). A décima quinta Emenda, por sua vez, marcou o fim da Reconstrução, tendo estabelecido vedação à discriminação no direito ao voto com base na raça, cor ou condição prévia de servidão.

Após este período, a Suprema Corte surpreendentemente, na marcha contrária do resto do país, adentrou na fase da doutrina do *Laissez-Faire*, que ficou conhecida como a *Era Lochner*, acomodando os interesses das grandes corporações e “batendo a porta da Corte na cara dos negros”,⁹⁰ a despeito das reformas e conquistas da décima terceira, décima quarta e décima quinta Emendas. A Corte chegou até mesmo a declarar inconstitucional o *Civil Rights Act* de 1875 que tinha o objetivo de garantir igual acesso a acomodações públicas aos cidadãos negros,⁹¹ e a declarar constitucional a doutrina segregacionista do separados, porém iguais (*seprate but equal*),⁹² que dominaria as Leis norte-americanas do período.

O momento constitucional da Suprema Corte que precedeu os eventos do *New Deal* ficou marcado por decisões que iam na contramão das reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso. Note-se que as Emendas décima sétima (concedendo o direito de voto direto pela população para o Senado) e décima nona (vedação de discriminação referente ao sexo para o direito ao voto) foram adotados no período compreendido entre a Reconstrução e o

⁸⁶ Tradução livre do original: “President Johnson despised the Fourteenth Amendment, thinking its terms unfair and its manner of adoption unconstitutional. Again, Johnson das something of a point: the Thirty-Ninth Congress refused to seat a state’s senators and representatives unless and until it had ratified the Fourteenth Amendment, in effect holding a state’s national representation hostage to ratification. Only when new, re-constructed state legislatures succumbed to the pressure and ratified the amendment were those states readmitted to the halls of Congress”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 183.

⁸⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 23 jul. 2016, e ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Bush v. Gore*. 531 U.S. 98 (2000). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁹⁰ Tradução livre do original: “[...] slamming the courthouse door in black’s faces”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 138.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁹² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

New Deal, respectivamente em 1913 e 1920. É neste cenário de reformas políticas progressistas e de uma Suprema Corte do *Laissez-Faire*, portanto, que a Suprema Corte verá sua autoridade desafiada por Franklin Delano Roosevelt e o seu plano de reconstrução da economia norte-americana em razão da crise de 1929.

1.1.2 *New Deal*: implementação do *Welfare State*

O julgado *Lochner v. New York*,⁹³ do ano de 1905, é conhecido como o marco da doutrina liberal pura do *Laissez-Faire*, na jurisprudência da Suprema Corte, porquanto esta julgou inconstitucional uma Lei do Estado de Nova Iorque que tentou limitar a jornada de trabalho semanal dos padeiros para sessenta horas por semana, com o fundamento de que esta limitação violava a liberdade contratual. A característica do momento histórico que antecedeu os acontecimentos do *New Deal*, portanto, era a limitação judicial ao Congresso, às legislaturas estaduais e ao Poder Executivo à implementação de medidas que visassem a melhora das condições socioeconômicas da população ou até mesmo, por exemplo, que adotassem medidas que buscassem acabar com o trabalho infantil⁹⁴ e a submissão destes órgãos aos ditames das Cortes.

Contudo, há alguns exemplos pontuais de contestação da autoridade da Suprema Corte para dar a palavra final sobre o significado da Constituição. Dentre eles, pode-se citar a plataforma do partido e do movimento Progressistas, dado serem estas compostas por propostas tais como a inclusão da população mais diretamente no processo político.⁹⁵ A plataforma do partido Progressista de 1912, sublinhava a defesa de “restrições do poder das cortes de forma a deixar ao povo a máxima autoridade na determinação das questões fundamentais do bem estar social e de políticas públicas”.⁹⁶ Nesse sentido, prosseguia afirmando que face a uma declaração de inconstitucionalidade caberia à população, após ampla discussão, decidir sobre se o ato declarado inconstitucional deveria tornar-se Lei, em que pese a decisão de inconstitucionalidade.

⁹³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁹⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hammer v. Dagenhart*. 247 U.S. 251 (1918). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/247/251/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁹⁵ United States History. Disponível em: <<http://www.u-s-history.com/pages/h1061.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

⁹⁶ Tradução livre do original: “[...] restriction of the power of the courts as shall leave to the people the ultimate authority to determine fundamental questions of social welfare and public policy”. Progressive Party Platform of 1912. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/progressive-platform-of-1912/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

A despeito destas e de outras tentativas de solapar a autoridade da Suprema Corte, afirma Larry Kramer que o Judiciário sobreviveu quase que intocado, de maneira que a falta de oposição ao Judiciário como intérprete final da Constituição estava cada vez mais consolidada.⁹⁷ E foi neste período, em que a Corte começou a demonstrar sinais de que buscava assentar-se como eixo principal na decisão de questões de alta relevância política, que se deu o ressurgimento de argumentos notadamente federalistas tais como o do papel contramajoritário da Corte e o da necessidade de salvar o povo dele mesmo.⁹⁸ Afirma Kramer:

Gradualmente, estes desenvolvimentos alteraram a jurisprudência constitucional da Corte. Porque a mudança ocorreu lentamente e (ao menos inicialmente) afetou em especial legislação que não tinha mais forte suporte político, levou alguns anos antes que a Corte começasse a atirar fogo. No começo da década de 1880, contudo, juristas e líderes políticos começaram a notar. Uma luta prolongada começou eventualmente culminando na crise do New Deal da década de 1930.⁹⁹

Salienta Barry Friedman que a Suprema Corte assentou sua legitimidade, na medida em que “fez seu caminho ao centro do palco Americano proferindo decisões que atendiam às necessidades daqueles que tinham poder sobre ela”.¹⁰⁰ Contudo, foi somente após a Crise do *New Deal*, e após a superação da doutrina do *Laissez-Faire* que marcou a *Era Lochner*, que sua autoridade ficou efetivamente consolidada na doutrina constitucional norte-americana.

Afirma Barry Friedman, sobre a *Era Lochner* e as declarações de inconstitucionalidade de legislação social pelas Cortes estaduais e federais que:

Em algumas ocasiões no curso de cerca de trinta anos, as cortes usaram a Constituição como base para invalidar Leis promulgadas por corpos legislativos populares. Diferentemente da maioria dos outros períodos de controvérsia sobre o judiciário, quando um ou alguns casos provocaram debate acirrado, este período envolveu centenas e centenas de decisões proferidas nas cortes estaduais e federais.¹⁰¹

⁹⁷ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 216.

⁹⁸ *Idem*, p. 214.

⁹⁹ Tradução livre do original: “Gradually, these developments altered the Court’s constitutional jurisprudence, because the change occurred slowly and (at least, initially) affected mainly laws that no longer had strong political support, it took a few years before the Court began to draw fire. By the early 1880s, however, legal commentators and political leaders had begun to take notice. A prolonged struggle began, eventually culminating in the New Deal crisis of the 1930s”. *Ibidem*, p. 214.

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “[...] made its way to the center of the American stage by rendering decisions that catered to the needs of those who had power over it”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 137.

¹⁰¹ Tradução livre do original: “Time and again over the course of some thirty years, the courts use the Constitution as a basis for invalidating laws enacted by popular legislative bodies. Unlike most other periods of controversy over the judiciary, when one a handful of cases provoked heated debate, this period involved hundreds and hundreds of adjudicated disputes in the states and federal courts”. *Ibidem*, p. 173.

Foi a partir deste cenário – de uma jurisprudência pautada na liberdade de contrato e na propriedade privada – que a Suprema Corte deu início a uma batalha com o Poder Executivo, derrubando inúmeras propostas econômicas do Presidente Franklin Delano Roosevelt que objetivavam a recuperação da economia dos Estados Unidos após a grande depressão ocasionada pela crise econômica de 1929. Sobre *New Deal*, assevera Bruce Ackerman que se é possível afirmar que existe um fundador do Estado ativista moderno, esta pessoa é Franklin Roosevelt, que se existe um Congresso que auxiliou na fundação deste Estado ativista é o Congresso do *New Deal* e que se algum *Justice* teve papel fundamental na criação deste Estado ativista moderno é o *Justice Hughes*.¹⁰² Para Ackerman, por conseguinte, o *New Deal* é o marco histórico da adjudicação constitucional moderna, marcada por um Estado ativista e regulatório.¹⁰³

O *New Deal* consistiu em planos econômicos propostos por Franklin Delano Roosevelt em face da crise de 1929 que culminaram na decisão *A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States*,¹⁰⁴ na qual a Suprema Corte norte-americana julgou inconstitucional o plano proposto pelo Presidente denominado de *National Industrial Recovery Act* – NIRA, que objetivava acabar com o capitalismo de mercado, o substituindo por uma estrutura corporativista organizada à sombra da autoridade presidencial.¹⁰⁵ O NIRA tinha como objetivo, por conseguinte, a implementação de um modelo econômico diferente nos Estados Unidos, baseado em medidas que marcam o *Welfare State*.

A Suprema Corte assentou sua decisão no fundamento de que a atividade proposta pelo NIRA era eminentemente de competência do Congresso, de forma que não caberia a delegação de tais poderes ao Presidente. No mesmo sentido, a declaração de inconstitucionalidade fundamentou-se no fato de ter entendido a Suprema Corte que ainda que a legislação tivesse sido adotada pelo Congresso, mesmo assim haveria necessidade de uma Emenda Constitucional, tendo em vista que o artigo 1º, §8º, cláusula 3 da Constituição dos Estados Unidos somente autoriza ao Congresso a regulamentação do comércio internacional e não entre os Estados da nação.¹⁰⁶

¹⁰² ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Vol 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 279.

¹⁰³ *Idem*, p. 260.

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States*, 295, U.S., 495 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States*, 295, U.S., 554 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/case.html>>. Acesso em: 23 jul 2016.

Ante esta posição adotada pela Suprema Corte, o Presidente Franklin Roosevelt viu-se obrigado a adotar medidas, através da elaboração de um segundo *New Deal*. Nesta segunda tentativa:

Ao invés de buscar substituir o mercado competitivo com o NIRA, Roosevelt e o Congresso agora aceitaram o mercado como parte legítima da ordem econômica emergente – desde que estruturas regulatórias pudessem ser introduzidas para correção de abusos e injustiças definidas através do processo democrático. Assim, o *Wagner Act* concedeu aos trabalhadores desorganizados novas ferramentas para efetivamente barganhar com seus chefes; o *Holding Company Act* eliminou concentrações abusivas de grande capital; o *Social Security Act* assegurou a todos os trabalhadores a perspectiva de uma velhice decente depois que sua utilidade para o mercado tivesse terminado.¹⁰⁷

O resultado das eleições de 1936, em um contexto no qual a Suprema Corte batia de frente com o Executivo, foi a esmagadora vitória de Franklin Roosevelt na presidência e do partido democrata nas duas casas do Congresso, bem como a proposição de Roosevelt de expandir o número de *Justices* da Suprema Corte de 9 para 15 (manobra que ficou conhecida como o *Court Packing Plan*), objetivando neutralizar a hostilidade da “velha” Corte. A Lei de reestruturação da Suprema Corte previa que poderia o Presidente nomear um novo *Justice* em razão de qualquer um dos então atuais ter alcançado a idade de 70 anos.¹⁰⁸

O Presidente Roosevelt, com o argumento de que nas três últimas eleições teria recebido o mais alto mandato popular, defendeu o projeto de reestruturação da Suprema Corte, não somente como uma medida administrativa necessária, mas sim porque a Corte, em suas decisões, teria desrespeitado o supremo desejo do povo¹⁰⁹ de reformas econômicas. Isto é, buscava o Presidente assentar a legitimidade de seu projeto para a Suprema Corte no fato de que ela estava impedindo a realização dos objetivos políticos por ele defendidos, que haviam sido eleitoralmente confirmados nas últimas eleições. A dificuldade encontrada por este plano de reorganização, entretanto, foi justamente a ameaça que ele representava para o esquema de organização dos poderes, uma vez que era assentada na doutrina política a

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “Rather than seeking to displace the competitive market with the NIRA, Roosevelt and Congress now accepted the market as a legitimate part of the merging economic order – so long as regulatory structures could be introduced to correct abuses and injustices defined through the democratic process. Thus, the Wagner Act gave disorganized workers new tools to bargain effectively with their bosses; the Holding Company Act eliminated abusive concentrations of big capital; the Social Security Act guaranteed all workers the prospect of a decent old age after their usefulness to the market was over”. ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Transformations. Vol 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 302.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 317.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 326.

necessidade de um Judiciário independente e seu papel na proteção das liberdades individuais.¹¹⁰

A controvérsia, desta forma, deu-se na medida em que a Suprema Corte declarou inconstitucionais planos propostos por um Presidente de popularidade nunca antes vista na história dos Estados Unidos.¹¹¹ Nesse sentido, o que estava em jogo eram diferentes visões – a da população e a de Roosevelt *versus* a da Suprema Corte – sobre o que a Constituição autorizava ao Governo federal fazer perante condições econômicas e sociais adversas. Na terminologia de Bruce Ackerman, este foi, sem dúvida, um dos instantes em que os protagonistas do debate político estavam vivenciando um momento de alta política constitucional (*higher lawmaking*).¹¹²

E foi precisamente neste momento que a Suprema Corte prolatou decisão demonstrando uma mudança de posicionamento (*switch in time that saved nine*), declarando constitucionais novos atos perante ela impugnados, relacionados à regulamentação do comércio e da jornada de trabalho. O significado da mudança no *modus decidendi* da Suprema Corte, o famoso *switch in time*, foi que ela teria atendido ao clamor popular que gritava pela mudança.¹¹³ No mesmo sentido, o *switch in time* implicou na impossibilidade de aprovação de uma Emenda Constitucional que implementasse as alterações propostas pelo Presidente Roosevelt, uma vez que agora não havia mais a oposição da Suprema Corte ao programa econômico do Chefe do Executivo.

A era do *New Deal* ficou reconhecida como a efetiva consolidação da autoridade da Suprema Corte e da implementação da supremacia judicial no sistema constitucional norte-americano em razão de que “a virada da Corte significou que advogados e juízes teriam que memorizar a revolução do *New Deal* de uma forma diferente: através de opiniões judiciais ao invés de emendas formais”.¹¹⁴ Isto é, o *New Deal* estabeleceu a supremacia judicial porque

¹¹⁰ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 217.

¹¹¹ *Idem*, p. 209.

¹¹² Bruce Ackerman entende que a democracia norte-americana é dual, isto é, divide a forma pela qual as transformações constitucionais ocorrem em dois momentos distintos: os momentos de política constitucional (*higher lawmaking*) e os momentos de política normal (*normal politics*). O primeiro ocorre quando a opinião pública se mobiliza de forma a definir a agenda política e as transformações constitucionais. O segundo, por sua vez, dá-se no dia a dia, quando o centro da política é ocupado por políticos e partidos, sendo estes encarregados de fazer as alterações constitucionais, de forma que o povo fica deslocado para um segundo plano, contentando-se com um mínimo de envolvimento político. ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Foundations. Vol 1. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

¹¹³ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 232.

¹¹⁴ Tradução livre do original: “[...] the Court’s switch meant that lawyers and judges would have to memorialize the New Deal revolution in a different way: through judicial opinions rather than through formal

impediu que o povo, por meio da Presidência e do Congresso, desse a última palavra sobre a questão das reformas propostas por Roosevelt, permitindo que a Suprema Corte desse a palavra final. A Corte preencheu os espaços antes reservados ao procedimento formal de Emenda à Constituição previsto no Artigo V do texto constitucional através de uma série de opiniões judiciais históricas que marcariam o raciocínio jurídico das gerações vindouras.¹¹⁵

Nesse sentido, “O povo Americano assinalou a aceitação da revisão judicial como o caminho adequado para alterar o significado da Constituição, mas somente enquanto as decisões dos *justices* permanecessem na mesma linha do entendimento popular”.¹¹⁶ A supremacia judicial manifestou-se, também, no fato de que a comoção social em torno da crise foi dirigida ao questionamento da autoridade da Suprema Corte para a derrubada da legislação do *New Deal*. Isto é, o povo antes de dirigir-se aos poderes políticos para a alteração do significado da Constituição, direcionou-se diretamente à Corte, deixando o processo classicamente político de lado, apelando ao Judiciário.

Um dos legados deixados pela mudança no entendimento da Suprema Corte, foi a posição por ela assumida de abdicar da responsabilidade de fazer o controle de constitucionalidade da legislação que envolvesse política econômica, “Quando a Corte do *New Deal* repudiou *Lochner* depois de 1937, ela estava repudiando a liberdade de mercado como valor constitucional, e declarando que, dali para frente, a regulação econômica seria tratada como questão utilitária de engenharia social”.¹¹⁷ Outrossim, foi a partir do *New Deal* que a Suprema Corte passou a implementar a *doutrina da questão política* relativamente a casos que envolvessem a interpretação do Artigo V da Constituição – o qual prevê o procedimento de aprovação de Emendas Constitucionais – por meio da qual a Corte não interferiria no procedimento, por entender que estas questões deveriam ser resolvidas entre os poderes políticos do Governo.¹¹⁸

O que, entretanto, foi o grande resultado do *New Deal*, foi a forma de fazer política constitucional (a forma pela qual se mudou o significado da Constituição) de Franklin

amendments”. ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Vol 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 346.

¹¹⁵ *Idem*, p. 361.

¹¹⁶ Tradução livre do original: “The American people signaled their acceptance of judicial review as the proper way to alter the meaning of the Constitution, but only so long as the justices’ decisions remained within the mainstream of popular understanding”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 196.

¹¹⁷ Tradução livre do original: “When the *New Deal* Court repudiated *Lochner* after 1937, it was repudiating market freedom as an ultimate constitutional value, and declaring that, henceforth, economic regulation would be treated as a utilitarian question of social engineering”. ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Vol 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 401.

¹¹⁸ *Idem*, p. 264.

Roosevelt: através da indicação de novos Magistrados à Suprema Corte.¹¹⁹ Aponta Larry Kramer que o *New Deal* deixou uma herança de sessenta anos do reassentamento das questões constitucionais. Segundo o autor, ocorreu um desvio de foco da Corte das matérias envolvendo poderes delegados pela Constituição aos Poderes Executivo e Legislativo para questões direitos individuais e referentes ao *Bill of Rights*.¹²⁰

1.1.3 A Consolidação e a Expansão da Supremacia Judicial

A era moderna do ativismo judicial norte-americano é atribuída ao período pós acontecimentos do *New Deal*, especialmente a partir da década de 1960 e vem desenvolvendo-se até a atualidade. Afirmam Luke e Michael Paulsen que este período ficou marcado por dois aspectos principais: “a supremacia judicial e a liberdade interpretativa, as proposições duais que a Corte possui poder supremo sobre a interpretação constitucional, e que ela pode usar este poder da forma que achar melhor a fim de avançar as políticas públicas”.¹²¹ Sublinham os autores que por meio de algumas decisões fundamentais proferidas ao largo da década de 1950, dentre elas *Brown v. Board of Education* (segregação racial nas escolas), *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*¹²² (limitação a utilização dos poderes presidenciais) e *Cooper v. Aaron*¹²³ (fim da resistência a desegregação racial), “a Suprema Corte adquiriu grande prestígio, e até mesmo um nível de autoridade moral na interpretação constitucional. No curso de fazê-lo, a Corte também angariou enorme poder”.¹²⁴

Pode-se rastrear à decisão proferida em *Cooper v. Aaron* a afirmação da Suprema Corte de sua supremacia na interpretação da Constituição como nunca havia antes feito. Ficou consubstanciado no julgamento que:

A interpretação da Décima Quarta Emenda enunciada por esta Corte nos casos *Brown* é a Lei suprema, e o Art. VI da Constituição o faz vinculativo nos Estados

¹¹⁹ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 234.

¹²⁰ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 219.

¹²¹ Tradução livre do original: “[...] *judicial supremacy* and *interpretative liberty*, the dual propositions that the Court possesses supreme power in constitutional interpretation, and that it may use that power however it thinks best in order to advance policy ends”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution**: An introduction. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 260.

¹²² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

¹²³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

¹²⁴ Tradução livre do original: “[...] the Supreme Court had attained great prestige, and even a degree of oral authority, in constitutional interpretation. In the course of doing so, the Court had also obtained enormous power”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. *op. cit.*, p. 262.

“ainda que haja qualquer coisa na Constituição ou Leis de qualquer Estado que a contrarie”. Nenhum legislador estadual ou executivo ou judicial pode lutar contra a Constituição sem violar seu juramento solene de mantê-la.¹²⁵

Isto é, afirmou a Suprema Corte que as decisões por ela proferidas fazem Lei suprema perante os órgãos governamentais. Fundamentando sua autoridade em *Marbury v. Madison*, afirmou que “o princípio fundamental que o judiciário federal é supremo na exposição da Lei da Constituição, e este princípio foi desde então respeitado por esta Corte e pelo País como um traço permanente e indispensável do nosso sistema constitucional”.¹²⁶ A Suprema Corte, assim, fez história constitucional ao assentar-se como a intérprete última da Constituição, de forma que a partir de *Cooper v. Aaron* “A Corte era a Constituição, e a Constituição era a Lei suprema”.¹²⁷ É com este pano de fundo que a Suprema Corte adentrará na era moderna de ativismo e de supremacia judiciais.

Afirma Martin Shapiro que nos Estados Unidos, assim como no resto mundo, a expansão do Poder Judiciário está intimamente ligada ao movimento de proteção dos direitos humanos – com destaque para o fato de que após o *New Deal* a Suprema Corte deixou de exercitar a revisão judicial relativamente a questões que envolviam medidas econômicas, voltando sua jurisprudência para a direção dos direitos. Assinala Shapiro que:

O processo judicial é desenvolvido como alternativa ao processo político mais explícito de política eleitoral partidária e lobby de grupo de interesse. Uma corte “não eleita”, “independente” e “neutra” entra em cena para corrigir a “falha” ou “patologia” do processo democrático.¹²⁸

Para Bruce Ackerman a Constituição norte-americana, em sua concepção moderna, foi construída a partir do *New Deal* e a despeito do processo formal de Emenda à Constituição

¹²⁵ Tradução livre do original: “The interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States “any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. No state legislator or executive or judicial officer can war against the Constitution without violating his solemn oath to support it”. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

¹²⁶ Tradução livre do original: “[...] the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system”. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

¹²⁷ Tradução livre do original: “The Court was the Constitution, and the Constitution was the supreme law”. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 248.

¹²⁸ Tradução livre do original: “The judicial process is developed as an alternative to the mode explicitly political process of partisan electoral politics an interest-group lobbying. A “nonelected”, “independent” and “neutral” courts steps in to correct a “failure” of “pathology” of the democratic process”. SHAPIRO, Martin. *The United States*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 47.

previsto no Artigo V, na medida em que esta acepção moderna foi orquestrada a partir de opiniões judiciais. Aí reside a relevância do Judiciário no marco constitucional do *New Deal*, é a partir da implementação de políticas do *Welfare State* que a Suprema Corte passa a exercer, como em nenhum outro momento na história norte-americana, a supremacia judicial.

É após os acontecimentos do *New Deal* que os apontamentos presidenciais de *Justices* para compor a Suprema Corte passam a ter maior destaque na alteração do significado da Constituição. Neste sentido as nomeações dos conservadores Antonin Scalia e de Anthony Kennedy, pelo Presidente republicano Ronald Reagan para compor a Suprema Corte representaram evidentes tentativas do Chefe do Executivo de alteração da corrente jurisprudencial da Corte e a consequente alteração da interpretação constitucional¹²⁹ sem a necessidade de alterações legislativas por meio do Congresso, dado que o Presidente Reagan não possuiu maioria em nenhuma das casas. Esta prática de alteração da direção da jurisprudência da Suprema Corte e da doutrina constitucional por meio da nomeação de novos *Justices* - herança de Franklin D. Roosevelt - ficou conhecida como apontamentos transformativos (*transformative appointments*). Necessário colocar-se, também, que a partir do julgado *Roe v. Wade* o processo de indicação de novos *Justices* para a Suprema Corte foi dominado pelo debate do aborto, de forma que o procedimento tornou-se altamente político. Marcante para a politização das nomeações e para o processo de confirmação dos *Justices* da Suprema Corte perante o Senado foi a derrota de Robert Bork, nomeado para ocupar um lugar na Suprema Corte pelo Presidente Ronald Reagan, por ele ter se pronunciado abertamente contra os preceitos do devido processo legal enunciados na decisão. A partir da derrota de Robert Bork, os Presidentes passaram a evitar indicar candidatos com posicionamentos manifestos sobre *Roe v. Wade*, de forma que:

Todo o processo – indubitavelmente parte do sistema de pesos e contrapesos da Constituição – teve efeito marcante na composição e na qualidade da Corte: segundas opções, candidatos de consenso [*compromise*], e juízes notáveis pela *falta* de clareza ou comprometimento nas suas visões tornaram-se a norma.¹³⁰

Esta forma de fazer política demonstra-se reveladora para a presente análise. Mediante os apontamentos transformativos o precedente assentado por Roosevelt:

¹²⁹ ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Vol 2. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, p. 394.

¹³⁰ Tradução livre do original: “The whole process – undoubtedly part of the Constitution’s system of checks and balances – had a marked effect on the composition and quality of the Court: second choices, compromise candidates, and justices distinguished by the *lack* of clarity of commitment in their views became the norm”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 276.

[...] atribui papel muito ativo à Suprema Corte e muito passivo ao Presidente, ao Congresso, e aos votantes. Assim que os políticos na Casa Branca e no Capitólio estão finalmente adquirindo a autoridade de falar em nome do Povo, eles subitamente param no meio da tarefa – e entregam o trabalho de articulação constitucional para a Suprema Corte.¹³¹

Depreende-se, portanto, que a partir do desenvolvimento do Estado Social, a política foi percebida como insuficiente para garantir os direitos, de forma que o Judiciário passa a ser visto como a instância técnica e neutra capaz de implementá-los e protegê-los da tirania da maioria inscrita no processo democrático pautado na regra da maioria, fato este que, pode-se dizer, empoderou a Suprema Corte. A judicialização da política, neste esquema, pode ser compreendida a partir da percepção de certa forma de ineficiência do processo democrático na implementação de direitos, de maneira que os grupos de interesse podem ser instigados a buscar na Corte uma saída institucional para seu reconhecimento. Na leitura de Martin Shapiro, a decisão *Brown v. Board of Education*, do ano de 1954, foi o precedente instituído pela Suprema Corte que permitiu a litigância consciente – a partir da qual os grupos de interesse deliberadamente passaram a buscar a intervenção da Suprema Corte na consecução de seus objetivos em matéria de direitos.

No marco do constitucionalismo norte-americano moderno, a decisão *Roe v. Wade* consubstancia um dos ápices do ativismo e da supremacia judiciais. No julgado do ano de 1973, a Suprema Corte constitucionalizou o direito ao aborto, por meio do direito à privacidade e à liberdade da mulher gestante. Afirmam Michael e Luke Paulsen:

Roe é portanto o caso paradigma do ativismo judicial moderno. Ele molda, melhor que qualquer outro caso, o debate contemporâneo dos limites do poder judicial: podem as cortes apropriadamente descobrir, ou criar, novos direitos substantivos não suportados por previsões específicas da Constituição?¹³²

A leitura das consequências desta decisão para o cenário político norte-americano pode ser rastreada a partir da identificação e da união do poder de interpretar a Constituição com o poder da Corte mesma. Neste contexto, o marco da implementação do Estado Social (*Welfare State*) nos Estados Unidos abriu caminho para um novo tipo de ativismo por parte da

¹³¹ Tradução livre do original: “[...] assigns too active a role to the Supreme Court and too passive a role to the President, Congress, and the voters. Just as politicians in the White House and Capitol Hill are finally earning the authority to speak for the People, they suddenly stop in mid-stream – and hand out the job of constitutional articulation over to the Supreme Court”. ACKERMAN, Bruce. *op. cit.*, p. 408.

¹³² Tradução livre do original: “*Roe* is thus *the* case of modern judicial activism. It frames, better than any other case, the contemporary debate over the limits of judicial power: may courts properly discover, or create, new substantial rights not supported by specific provisions of the Constitution?”. PAULSEN, Michael; SOTKES, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 271.

Suprema Corte que, em última instância, culminaria em um panorama de supremacia judicial no qual esta se fez a intérprete última dos ditames da Constituição e o foro último de decisões, na medida em que quase toda e qualquer questão polêmica que ocorreria no cenário político norte-americano ver-se-ia impugnada perante ela. Na perspectiva de Larry Kramer, a composição liberal da Suprema Corte à época em que Earl Warren foi *Chief Justice* (1960-1968) também contribuiu para a consolidação da supremacia judicial. Isso porque, a jurisprudência progressista da Corte Warren foi fundamental para desfazer o compromisso dos liberais com a autorrestrição judicial, e a sua adesão ao ativismo, que já tinha como partidários os conservadores. Nesta leitura, a jurisprudência liberal da Corte Warren interferiu diretamente no compromisso dos liberais com a restrição judicial, tendo em vista que a nova geração de intelectuais via na Suprema Corte um aliado no progresso de seus ideias políticos, por meio do que sua resistência à revisão judicial foi perdendo força, de forma que “O desfecho foi – note-se, pela primeira vez na história Americana – que conservadores e liberais encontraram-se em acordo quanto ao princípio da supremacia judicial”.¹³³

Veja-se, por exemplo, o fato de que até mesmo a decisão das eleições presidenciais do ano de 2000 foi dada pela Suprema Corte no caso conhecido como *Bush v. Gore*. Este julgamento marcou a história norte-americana como outro apogeu da autoridade judicial,¹³⁴ na medida em que o processo político mais relevante dentro de uma democracia presidencialista – as eleições presidenciais – foi decidido em última instância pela Suprema Corte.

Apontam Michael Stokes Paulsen e Luke Paulsen que após a prolação de algumas decisões marcantes na década de 1950:

A Corte foi longe ao ponto de afirmar sua autoridade suprema como intérprete da Constituição – provocativamente elevando suas próprias decisões ao mesmo nível que a própria Constituição. Por mais questionável que possa ser a reivindicação, ninguém obteve sucesso em desafiar-la. Presidentes, governadores, e cidadãos começam a aceitar a primazia da Suprema Corte. A Corte tornou-se, claramente, a instituição dominante na aplicação da Constituição dos Estados Unidos.¹³⁵

¹³³ Tradução livre do original: “The upshot was – again, for the first time in American history – that conservatives and liberals found themselves in agreement on the principle of judicial supremacy”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 223.

¹³⁴ WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 231.

¹³⁵ Tradução livre do original: “The Court had gone so far as to claim supreme authority to interpret the Constitution – provocatively elevating its own decisions to the same level as the Constitution itself. However questionable that claim, nobody successfully challenged it. Presidents, governors, and citizens were all coming to accept the primacy of the Supreme Court. The Court had become, clearly, the dominant institution in applying the Constitution of the United States”. PAULSEN, Michael Stokes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 262.

É a partir do marco histórico da implementação do Estado Social no panorama constitucional norte-americano, por conseguinte, que a Suprema Corte passa a tomar lugar proeminente no esquema de separação de poderes e começa a apropriar-se do monopólio da interpretação constitucional. Ao entrar na década de 1960, a Suprema Corte “era uma instituição mais forte do que jamais havia sido”.¹³⁶

A despeito do fato de que quase todos os Presidentes norte-americanos que apelaram a teorias departamentalistas – por meio da qual o Presidente afirma serem os três Poderes coordenados entre si, de forma que a interpretação da Constituição de um não deve sobrepujar-se a dos demais – tais como Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln, Franklin Roosevelt e Ronald Reagan, que foram partícipes de momentos constitucionais nos quais houve tentativas de alteração no curso da história constitucional norte-americana, este fato demonstra o quão raro é o desafio à autoridade da Suprema Corte. Isso porque, aqui somente podem-se citar cinco Presidentes estadunidenses que efetivamente contestaram a Suprema Corte na sua interpretação da Constituição, ao passo que os Estados Unidos conta com um histórico de quarenta e cinco Presidentes. Este fato, por si só, é bastante revelador a partir da perspectiva da supremacia judicial e da força institucional da Suprema Corte.

A doutrina norte-americana não vê com bons olhos este tipo de enfrentamento entre o Poder Executivo e a Suprema Corte, especialmente em razão de ser o Executivo o poder classificado como o mais perigoso¹³⁷ e da visão da necessidade de um Poder Judiciário independente. Pode-se dizer que isto representa, do ponto de vista da supremacia judicial, que ela não acarretou no ordenamento constitucional norte-americano algo que possivelmente poderia ser classificado como patológico para o esquema de governança democrática. Ao revés, “Estes desafios à autoridade judicial geralmente são vistos como possíveis ameaças ao império do Direito (*Rule of Law*) e ao constitucionalismo”.¹³⁸

A interação entre a Suprema Corte e os Poderes Executivo e Legislativo, ainda que em um panorama constitucional de supremacia judicial, não pode ser aprioristicamente classificada como patológica para o esquema de separação de poderes dos Estados Unidos na medida em que na grande maioria dos acontecimentos históricos que implicaram em uma

¹³⁶ Tradução livre do original: “[...] it was a stronger institution than it had ever been”. PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 257.

¹³⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 458.

¹³⁸ Tradução livre do original: “Such challenges to judicial authority are often seen as posing basic threats to the role of law and constitutionalism”. WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 41.

nova ordem constitucional e nos quais houve embates entre a Corte e os demais poderes, estes dissensos foram resolvidos dentro da institucionalidade. Isto é, quando a autoridade da Suprema Corte foi posta à prova, pelo que Keith Whittington chama de *Presidentes reconstitutivos*,¹³⁹ tal como nos embates durante o *New Deal* entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte, o que ocorreu foi uma mudança na forma de interpretar a Constituição à qual a Corte teve de adaptar-se. Desta forma, os embates entre a Suprema Corte e os demais poderes, especialmente em momentos decisivos nos quais se dá início a uma nova ordem constitucional, acabaram tendo por desfecho um cenário no qual a Corte, por em geral defender a ordem constitucional antiga, tem de adaptar-se à nova ordem constitucional implementada pelos poderes políticos.

Nesta esteira, afirma Keith Whittington que:

A despeito das falhas da teoria constitucional em adequadamente levar em consideração a elaboração do significado constitucional fora das cortes, a prática política é testemunha de um esforço contínuo de resistência à monopolização judicial da Constituição e de seu significado. Muitos destes esforços políticos em conferir significado ao texto constitucional são mais bem caracterizados em termos de construção constitucional.¹⁴⁰

Pode-se inferir isto, também, do próprio sistema judicial norte-americano, baseado na tradição da *common law*, na medida em que este se encontra pautado por uma cultura de precedentes, no qual a jurisprudência demonstra-se uma importante fonte de criação do direito, de forma que a há uma maior identidade entre a tarefa do legislador e a do julgador (ressalva feita para o grande impacto que a supremacia da Constituição dos Estados Unidos tem sobre seu sistema jurídico). Segundo aponta Elival da Silva Ramos:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistema das família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites juridicamente permitido.¹⁴¹

¹³⁹ WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 39.

¹⁴⁰ Tradução livre do original: “Despite de failures of constitutional theory adequately to take into account the elaboration of constitutional meaning outside the courts, political practice bears witness to a continuing effort to resist the judicial monopolization of the Constitution and its meaning. Many of these political efforts to give meaning to the constitutional text are best characterized in terms of constitutional construction”. *Idem*, p. 207.

¹⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

No mesmo sentido, esta ausência de cenário que poderia efetivamente ser classificado como patológico na relação entre a Suprema Corte e os atores políticos nos EUA também pode ser observada em algumas práticas do próprio Tribunal. Menciona-se, por exemplo, o fato de que a Suprema Corte não possui qualquer tipo de controle sobre sua pauta de julgamentos. É norma costumeira da casa que todos os processos que entram no ano devam nele ser ouvidos e julgados, o que faz com que a Corte não tenha o controle da pauta *política* do país.

Também merece menção o instrumento pelo qual a Suprema Corte recebe recursos advindos de processos de instância inferiores: o *writ of certiorari*. Por meio do instrumento processual, a parte que não está satisfeita com a decisão proferida por uma *lower Court* peticiona à Suprema Corte, requerendo que ela ouça seu caso. Via de regra, a Corte somente dá azo a casos que possam ter repercussão nacional, que possam harmonizar decisões conflitantes proferidas por instâncias inferiores, ou ainda, que possam ter valores procedimentais. Em geral, chegam perante a Suprema Corte cerca de sete mil *writs of certiorari* por ano, ela, contudo, somente seleciona para julgamento por volta de cem a cento e cinquenta.¹⁴² O número de casos selecionados também pode ser interpretado como fator chave para não caracterização de uma situação patológica, na medida em que se presta a demonstrar que a Suprema Corte não tem por objetivo uma ampliação descabidamente demasiada de sua jurisdição, isto é, que ela não quer decidir sobre *toda* a questão relevante que surge perante ela.

Por fim, reforça a conclusão da ausência de uma relação patológica entre os três Poderes no contexto norte-americano a explicação de Mauro Cappelletti. Afirma o autor italiano que somente em um sistema no qual há controle recíproco entre as três esferas de poder, de forma que nenhum deles se sobreponha sobre os demais, é onde podem coexistir um Executivo, um Legislativo e um Judiciário fortes. Assim sendo, “Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do [...] sistema constitucional americano”.¹⁴³ Explica o constitucionalista o que compreende como o funcionamento bem sucedido do sistema de controle mútuo entre os poderes:

Simplificando: o congresso “controla” o executivo e o judiciário, seja porque a ambos suas Leis se impõem, seja porque o consenso do senado é necessário para as despesas do executivo e nomeação dos funcionários e juízes (ao menos em nível

¹⁴² Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em: 6 out. 2016.

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 54.

federal); o senado, além disso, tem o poder de “impeachment” de funcionários e juizes. O executivo, a sua vez, “controla” o judiciário, especialmente com a nomeação dos juizes, e o legislativo com o poder presidencial de veto. O judiciário, enfim, com o seu poder de “judicial review”, “controla” tanto as Leis do congresso quanto a atividade do executivo. Daí nascem três poderes, cada um com grande força e alto grau de autonomia (confirmada, particularmente, pelo fato de que o poder executivo, “vested” no presidente, não depende da maioria parlamentar, e os juizes, salvo “impeachment”, são de regra vitalícios), mas nenhum não-controlado.¹⁴⁴

Daí que o ordenamento jurídico norte-americano, em que pese apresentar um cenário frutífero para o assentamento da autoridade judicial em detrimento da política, não descambar necessariamente para um panorama no qual a supremacia judicial demonstra-se patológica. Afirma-se, neste sentido, que a cultura constitucional norte-americana apresenta quadro no qual a supremacia judicial manifesta-se na medida em que a autoridade judicial foi desafiada por atores políticos específicos em momentos pontuais,¹⁴⁵ no correr natural dos eventos, a Suprema Corte exerce a supremacia judicial – a despeito do fato de reconhecer que sua autoridade na prolação de determinadas decisões, em alguma medida, é contestada.

Repise-se: ainda que, em geral, as interações entre a Suprema Corte, o Poder Executivo e o Poder Legislativo acabem com a prevalência da visão constitucional da primeira, nos momentos constitucionais nos quais a visão da Constituição foi desafiada por, por exemplo, um Presidente reconstrutor de uma nova ordem, a interpretação da Constituição que prevaleceu, nestas ocasiões, foi a da nova ordem em detrimento da interpretação da Suprema Corte. Por conseguinte, estas interações demonstram-se normais para o esquema de separação de poderes, com alternância entre as visões constitucionais preponderantes. O Judiciário e os demais poderes, neste cenário, “são também instituições dinâmicas e competitivas lutando pela autoridade para definir a natureza do regime político”.¹⁴⁶

Na terminologia empregada por Bruce Ackerman, nas situações em que o povo norte-americano passa por um momento de política constitucional (*higher lawmaking*), no qual refunda sua ordem normativa – tais como a fundação, a Reconstrução e o *New Deal* - a visão que prevalece é a sua e não a defendida pela Suprema Corte, uma vez que esta tende, em uma primeira instância, a continuar expressando a visão da ordem normativa que está sendo deixada para trás. Daí surgem os conflitos entre a Suprema Corte e os demais poderes: por serem estes os representantes da vontade política do povo são os porta-vozes da refundação da

¹⁴⁴CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 54, nota de rodapé 90.

¹⁴⁵ WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History.** Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 78.

¹⁴⁶ Tradução livre do original: “[...] are also competing and dynamic institutions struggling for the authority to define the nature of the political regime”. *Idem*, p. 76.

ordem constitucional, ao passo que a primeira, também por estar inserida em um ordenamento cuja cultura jurídica é pautada no precedente, tende a ser a defensora da antiga ordem. Os conflitos, por conseguinte, não necessariamente representam uma patologia do esquema de separação de poderes, vez que representam que os *checks-and-balances* estão operando dentro da institucionalidade. Neste cenário, “O significado constitucional emerge por meio de interações entre atores que competem com objetivos e missões distintas”.¹⁴⁷

Assim sendo, esta interação, ainda que nos momentos de política normal (quando a ordem normativa não está sendo reconstruída) a regra seja a supremacia judicial, não é patológica nem degenerativa para o ambiente político e jurídico, uma vez que é o resultado natural de um esquema de separação de poderes competitivo, no qual ocorrem diferentes interpretações de diferentes poderes governamentais sobre o significado da Constituição.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO CONTEMPORÂNEO NO CONTEXTO DA SUPREMACIA JUDICIAL: O SURGIMENTO DOS FENÔMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para os fins do presente estudo, compreende-se por ativismo judicial uma atuação mais protagonista do Poder Judiciário no processo decisório das políticas governamentais para a implementação dos valores constitucionais, “com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.¹⁴⁸ Nesta leitura, o ativismo judicial deriva do fato de juízes exercerem o controle dos atos governamentais por meio de interpretações criativas derivadas de preceitos guiados pelo texto da Constituição,¹⁴⁹ mas não necessariamente nela expressos, e por seus princípios que, usualmente, são enunciados vagos. Neste raciocínio, “a linha entre a adequada revisão judicial e o ativismo judicial depende do entendimento da Constituição daquele que a interpreta”,¹⁵⁰ na medida em que o “ativismo judicial decorre da análise de

¹⁴⁷ Tradução livre do original: “Constitutional meaning emerges through the interaction of competing actors with distinct goals and missions”. WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 80.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2, n. 21, jun. 2012, p. 10.

¹⁴⁹ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 107.

¹⁵⁰ Tradução livre do original: “[...] the line between proper judicial review and judicial activism depends on the speaker’s understanding of the Constitution”. KMIIEC, Keenan D. The Origins and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**. v. 92, n. 5, p. 1441-1478, Outubro, 2014, p. 1466.

determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade”.¹⁵¹

Portanto:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício descabido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.¹⁵²

De outra banda, na esteira de Torbjörn Vallinder, entende-se por extensão global do Poder Judicial a “infusão do processo decisório [*decision-making*] judicial e de procedimentos jurídicos típicos da Corte [*courtlike*] em arenas políticas nas quais eles previamente não residiam”.¹⁵³ O termo utilizado para caracterizar este fenômeno será *judicialização da política*:

Por conseguinte, a judicialização de política deve normalmente significar: (1) a expansão da competência das cortes ou dos juízes às custas dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos do processo decisório [*decision-making*] da legislatura, do gabinete, ou do serviço civil para as cortes ou, ao menos (2) a propagação do método do processo decisório [*decision-making*] judicial fora da adequada competência judicial. Em resumo pode-se dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial.¹⁵⁴

Feitas estas duas necessárias digressões conceituais, é necessário inferir-se que, em que pese em geral não se logre fazer a devida diferenciação dos institutos do ativismo judicial e da judicialização da política, eles não devem ser confundidos e nem compreendidos como fatores interdependentes. Ou seja, deve-se conceber que onde há judicialização não necessariamente ocorrerá uma atuação judicial ativista.

¹⁵¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

¹⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119. Grifo no original.

¹⁵³ Tradução livre do original: “[...] infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside”. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 13.

¹⁵⁴ Tradução livre do original: “Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts of the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process”. *Idem*, p. 13.

Isso porque, a judicialização da política antes pode ser compreendida como um fenômeno social e político fruto da conjunção de diversos fatores ocorridos, por exemplo, com a constitucionalização do Direito no pós-guerra. Ela deve ser entendida, portanto, como algo *externo* à atividade jurisdicional, não é por ela condicionada, e não tem nela seu berço. Ao contrário do ativismo judicial, o qual necessita que o Judiciário tome a iniciativa de agir de tal ou qual maneira considerada ativista, a judicialização da política pode ser concebida como fenômeno social:

[...] muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.¹⁵⁵

O ativismo judicial, por outro lado, depende em muito da atividade e da postura da jurisdição, é fenômeno com ela conexo e dela dependente. Isto é:

[...] o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.¹⁵⁶

Conclui Clarissa Tassinari sobre a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;
Segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;
Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;
E quarto, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.¹⁵⁷

Nesta senda, a realidade mundial contemporânea alterou substancialmente o papel exercido pelo Poder Judiciário em sistemas constitucionais democráticos. Como se pode

¹⁵⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

¹⁵⁷ TASSINARI, Clarissa. *op. cit.*, p. 36.

perceber, até mesmo nos Estados Unidos, país onde a revisão judicial é exercida praticamente desde a edição da Constituição de 1787, a Suprema Corte alterou sua importância institucional no esquema de separação de poderes, tomando fôlego especialmente a partir da década de 1960, quando cresceu o debate sobre o ativismo e sobre a supremacia judicial no país.

Na busca de respostas à pergunta sobre as origens da supremacia judicial será feita, em um primeiro momento, uma sucinta regressão histórica ao pós-guerra, com objetivo de questionar como a experiência da Segunda Guerra Mundial fundamentou a implementação de um modelo de Estado Social (*Welfare State*), que, por sua vez, veio acompanhado da positivação dos direitos, do ideal norte-americano de supremacia da Constituição e de uma expansão da atividade do Estado, tanto legislativa quanto administrativa. Depreende-se que, em grande monta, foram as atrocidades cometidas pelo regime nazifascista durante o período, que acarretaram o descrédito no processo político democrático e fomentaram a busca por alternativas que imunizassem os direitos ante a discricção do poder político.

Compreende-se que uma das soluções encontradas para o problema posto foi a positivação dos direitos fundamentais e a elevação da Constituição a um status diferenciado e privilegiado. Neste sentido, o constitucionalismo modernamente concebido seria fruto de uma fusão entre os modelos norte-americano e europeu, do primeiro adotada a supremacia da Constituição e do segundo a visão da carta constitucional como fonte de direitos e obrigações do Estado e do cidadão, de forma que há uma ligação direta entre o texto constitucional e o trabalho do Poder Legislativo.¹⁵⁸

Em um segundo momento, a abordagem será direcionada a demonstrar a forma por meio da qual a positivação dos direitos e a supremacia da Constituição acarretaram, ao menos em uma primeira mirada, o empoderamento dos Tribunais. Argui-se que a função de guardião da Constituição foi atribuída à Corte na medida em que esta era vista como esfera técnica, apolítica e neutra, capaz, portanto, de refrear possíveis violações aos direitos e às garantias fundamentais positivadas em um ambiente no qual o processo político via-se desacreditado. Daí o emprego do termo *tecnocracia jurídica*. Destarte, argumenta-se que a ascensão da tecnocracia jurídica pode ser concebida como produto tanto da necessidade da imunização dos direitos e da busca por um órgão capaz de por em cheque a discricionariedade dos demais poderes, como da implosão do Estado Social, que ante a maximização da atividade das duas

¹⁵⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 60.

outras esferas de poder, também percebeu a necessidade de um fortalecimento do terceiro, de forma a equilibrar-se o esquema de controles recíprocos.

Em um terceiro momento, o estudo dirige-se à abordagem de como as teorias neoconstitucionais foram relevantes na criação e na fundamentação de sistemas constitucionais nos quais pôde florescer o ativismo judicial. Apresenta-se o neoconstitucionalismo como corrente teórica pautada pela principiologia e que fundamenta a proteção e a implementação dos direitos e das garantias fundamentais a partir da perspectiva de que o juiz possui o conhecimento e a técnica necessários para a realização da tarefa. Conclui-se que, ao contrário das afirmações dos neoconstitucionalistas de que a fundamentação da decisão pautada na ponderação torna a decisão racional e precisa, a utilização de princípios na interpretação constitucional confere poder discricionário¹⁵⁹ ao intérprete jurídico, de forma que o que ocorre com a transferência do núcleo de poder das instâncias políticas para a judicial é tão somente a substituição da discricção do legislador e do administrador pela do julgador.¹⁶⁰

O objetivo capital do presente tópico é fazer um apanhado do pano de fundo histórico da atual formatação institucional dos Estados modernos, com a positivação dos direitos e a supremacia da Constituição, revelando-se como este desenho pode ser compreendido como favorável a um ambiente onde pode dar-se a judicialização, na medida em que quando tudo é direito positivado, fica deveras mais fácil discuti-lo perante um Tribunal, podendo-se compreender o fenômeno como fruto, em certa medida, desta transformação. No mesmo sentido, argui-se que um panorama de positivação de direitos, o qual pode acarretar a judicialização, é uma das formações mais favoráveis à emergência do ativismo e da supremacia judiciais, pois quando tudo chega nas mãos do juiz fica muito mais fácil que este se desvie do caminho da adequada prestação da atividade jurisdicional, a despeito do fato de reconhecer-se que não necessariamente onde há positivação e judicialização de direitos necessariamente dar-se-á o ativismo e a supremacia judiciais. Com isso, busca-se assentar as premissas globais necessárias para a análise destes institutos no panorama latino-americano.

¹⁵⁹ No sentido de que a discricionariedade abre portas para o arbitrário. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48-57.

¹⁶⁰ Ressalva feita a diferenciação realizada por Lenio Streck entre a discricionariedade administrativa (ligada ao ato administrativo discricionário) e a discricionariedade judicial. A primeira tem conexão com práticas legalmente autorizadas, isto é, no âmbito da administração pública, o ato discricionário somente será legítimo se ocorrer em conformidade com o princípio da legalidade, mas dentro da zona de autonomia do administrador. Já a segunda, aponta Streck, abre espaço para a arbitrariedade na medida em que não há qualquer controle de conteúdo da decisão proferida pelo juiz, é espaço onde ele vê terreno no qual pode livremente exercer a subjetividade. *Idem*, p. 48-57.

2.1 A JUDICIALIZAÇÃO: O PÓS-GUERRA, A EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS

O Estado (Constitucional) Democrático de Direito, como hoje é conhecido, é em muito produto do término da Segunda Guerra Mundial, uma vez que este foi o marco da transposição do Estado Legislativo, reino do positivismo jurídico, para o Estado Constitucional, no qual o papel da Lei e da Constituição foram substancialmente alterados. Enquanto no Estado Legislativo a autoridade da Lei derivava de sua fonte (*auctoritas, non veritas facit legem*), isto é, a autoridade da norma derivava da “autoridade competente de acordo com outra norma, que lhe dá fundamento de validade”,¹⁶¹ no Estado Constitucional de Direito, a Lei passou a ter sua validade avaliada a partir do critério da Constituição, o que, por sua vez, conferiu ao Direito maior importância, tendo em vista que a partir disto é assegurada a tarefa de invalidação de atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional¹⁶² aos agentes jurídicos:

Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito.¹⁶³

Para o marco constitucional europeu, o fim da Segunda Guerra Mundial e a segunda metade do Século XX foram divisores de água no que se refere ao papel exercido pela Constituição e pelo próprio Estado dentro daqueles ordenamentos jurídicos, uma vez que é a partir da Segunda Guerra Mundial que se dá o início da implementação do Estado Social na Europa. É no marco do pós-guerra que “os Estados industrializados tomaram medidas que estendem a rede dos serviços sociais, instituem uma carga fiscal fortemente progressista e intervêm na sustentação do emprego ou da renda dos desempregados”.¹⁶⁴ O Estado-providência implementado durante o período não somente tinha a função de Estado-protetor

¹⁶¹ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnoocracia Jurídica**: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 104.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 278-279.

¹⁶³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40. Grifo no original.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. João Ferreira. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 417.

(do direito à vida e do direito de propriedade), como também uma tarefa muito mais complexa a realizar, na medida em que implicou em um agir estatal positivo na redistribuição de renda, na regulamentação das relações sociais e no fornecimento de serviços à coletividade.¹⁶⁵ Neste contexto, “Os direitos econômicos e sociais aparecem naturalmente como um prolongamento dos direitos civis”.¹⁶⁶

É, por conseguinte, neste momento histórico em que é desenvolvido modelo estatal que abarca de forma expansiva quase todos os aspectos da vida privada, o que quase que obrigatoriamente implica em uma maior produção de normas jurídicas que regulamentem esta atividade do Estado, que se vê uma maior possibilidade de jurisdicização das relações sociais. É neste sentido que o fenômeno da judicialização da política por ser compreendido, diferentemente do ativismo judicial, como um fator externo ao Poder Judiciário, fruto de condições sociais implementadas e de alterações na percepção do direito no pós-guerra, na medida em que elas acarretaram um “avanço significativo, pois produziram um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, mas também simbolizaram um novo modo de compreender a concretização destas garantias”.¹⁶⁷

Neste contexto:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É neste sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.¹⁶⁸

O abandono do Estado Legislativo e do positivismo jurídico que o acompanhava deu-se muito em razão de este último, por estar pautado na objetividade científica, ter conferido roupagens de legalidade às barbáries cometidas pelo regime nazifascista¹⁶⁹ durante a Segunda

¹⁶⁵ ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de l’Etat-providence**. Paris : Éditions du Seuil, 1981, p. 22.

¹⁶⁶ Tradução livre do original: “Les droits économiques et sociaux apparaissent naturellement comme une prolongement des droits civiques”. *Idem*, p. 23.

¹⁶⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 37.

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282.

Guerra Mundial. Isto é, em razão de o positivismo ter respondido “sim” ao questionamento de se o que havia sido produzido durante os regimes nazifascistas tinha sido direito.^{170 171}

Em virtude deste abandono do positivismo, e da impossibilidade de retorno a um modelo jusnaturalista puro, a academia jurídica buscou teorias que ultrapassassem estes marcos teóricos, dando-se início que ao que hoje ficou conhecido como pós-positivismo. Na leitura de Luís Roberto Barroso, este modelo pós-positivista pode ser caracterizado como um tipo de fusão entre os modelos positivista e jusnaturalista, de forma que a normatividade do Direito passa a ser percebida a partir do ponto de vista da filosofia política e moral. Isto é, o pós-positivismo contesta “o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente”.¹⁷² Luís Roberto Barroso chama também esse reencontro entre o Direito como ciência e o Direito como filosofia de neoconstitucionalismo, que classifica como “o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”.¹⁷³

Boaventura de Sousa Santos vê esta mudança de paradigmas após a Segunda Guerra Mundial como uma conjunção entre três fatores teóricos e dois fatores sociais. Aponta como a primeira condição teórica o surgimento de uma *sociologia das organizações*, que, inspirada em Max Weber, estuda o impacto dos agrupamentos no comportamento individual; um dos enfoques desta sociologia é a organização que logo tornar-se-ia a dominante na sociedade: o Tribunal. A segunda condição teórica da mudança de paradigmas é o desenvolvimento da ciência política e de seu subsequente interesse pelo estudo das instituições jurídicas e pelo impacto político de seu poder decisório. A terceira e última condição teórica é a antropologia jurídica direcionada à análise das instituições como fatores estruturantes de comportamentos sociais.

¹⁷⁰ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 124.

¹⁷¹ Há, contudo, quem negue esta afirmação, discordando que o positivismo jurídico teria conferido fundamentos de legalidade à ascensão política e jurídica do nazismo e do fascismo na Europa, em razão do fato de que o objeto mesmo de estudo do positivismo era o direito como dado, a norma pronta, e não como ela deveria ser. Não haveria, portanto, para o jurista positivista uma necessidade imanente de separação entre o direito e a moral, esta última simplesmente não seria relevante para o objeto, na medida em que não lhe interessava a formação da norma, mas sim ela já pronta. Veja-se: *Idem*.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282.

¹⁷³ *Idem*, p. 300.

Prevê o autor, da mesma forma, que a alteração ocorrida no pós-guerra, e a implementação do Estado Social deram-se em razão também de duas condições sociais. A primeira refere-se às lutas promovidas por movimentos sociais e à sua influência no aprofundamento democrático do Estado. Afirma o sociólogo que “Foi neste contexto que as desigualdades sociais foram sendo recodificadas no imaginário social e político e passaram a constituir uma ameaça à legitimidade dos regimes políticos assentes na igualdade de direitos”.¹⁷⁴ A segunda condição social, que ocasionou o interesse da sociologia pelos Tribunais, foi a crise de administração da justiça acarretada pela influência exercida pelos movimentos sociais que suscitou a positivação dos direitos sociais (consagração do Estado-providência), o que, em uma última instância, culminou na busca pelo Judiciário para a implementação destes direitos. Daí, pode-se dizer, provem a eclosão do acionamento do Judiciário (alto nível de judicialização) e a crise da administração da justiça.

Neste sentido, os receios criados pelas barbáries cometidas pelo regime nazifascista durante a Segunda Guerra Mundial, ocasionaram a busca de mecanismos que defendessem os direitos fundamentais dos cidadãos que haviam sido violados durante este período. A procura por um ator institucional capaz de salvaguardar as expectativas de proteção dos direitos e das garantias fundamentais veio como resposta ao descrédito no processo político e no homem como agente democrático capaz.¹⁷⁵ A solução encontrada foi a positivação destes direitos como forma de imunização em face do processo político majoritário. Como Direito positivado, estes direitos fundamentais necessitavam de ferramentas jurídicas que os efetivassem, não permitindo que eles se tornassem meras declarações políticas vazias.

É também neste momento histórico, do pós-guerra e posteriormente com a queda dos regimes comunistas, que foram introduzidos em grande parte da Europa modelos de Tribunais Constitucionais com o intuito de assegurar a supremacia da Constituição frente a Lei. Para Victor Ferreres, ainda que outros fatores sejam relevantes na impulsão do ativismo judicial, a criação de um Tribunal Constitucional (no sentido de centralizador da jurisdição constitucional) “introduz um vetor de ativismo”.¹⁷⁶

A redescoberta do modelo de Hans Kelsen de controle de constitucionalidade também merece destaque. Em razão da desconfiança nas instituições majoritárias, as Constituições

¹⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 202.

¹⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 25.

¹⁷⁶ Tradução livre do original: “[...] introduce un vector de activismo”. FERRERES, Victor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. n. 40, 2004, p. 2.

européias do pós-guerra buscaram conferir a tutela dos direitos fundamentais a instituições observadas como contramajoritárias. Outrossim, os textos buscaram fundamentar-se a partir da dignidade da pessoa humana, princípio este que deveria pautar todo o ordenamento jurídico, “estabelecendo limites materiais ao poder de reforma constitucional e submetido ao Judiciário à ‘Lei e ao Direito’”.¹⁷⁷

Nesta senda, em que pese o Direito positivado não necessariamente implicar na sua judicialização, uma vez que esta está ligada a muitos outros fatores políticos e sociais, tais como à acessibilidade da cidadania ao Judiciário¹⁷⁸ e os custos que isto implica, ele inevitavelmente eleva a posição do juiz, na medida em que cria um ambiente no qual é *possível* que as violações aos direitos sejam impugnadas perante as esferas judiciais. Outrossim, a Constituição, ao positivar um sem número de questões, especialmente por meio de cláusulas abertas e abstratas, “resulta árduo para um Tribunal sustentar que a Constituição guarda silêncio sobre determinado problema moral”.¹⁷⁹ Daí, pode-se dizer, proveio o empoderamento do Poder Judiciário, uma vez que “Estes direitos, então, pressupõem o estabelecimento de um sistema de cortes organizado pelo estado, cuja autoridade na resolução de conflitos reside no poder sancionador do estado”.¹⁸⁰

Cria-se, assim, um ambiente no qual a judicialização pode dar-se, na medida em que os direitos e as garantias fundamentais estão “convertidos” em normas jurídicas e podem facilmente ver-se questionados perante o Judiciário. Daí, portanto, a percepção da necessidade da implementação de um Poder Judicial que tenha as garantias suficientes, assegurando-lhe independência para atuar na proteção dos direitos positivados, em caso de violação. Neste sentido, portanto, a judicialização da política pode ser compreendida como externa à vontade do Poder Judiciário, na medida em que é derivada “de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo

¹⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 26.

¹⁷⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

¹⁷⁹ Tradução livre do original: “[...] resulta arduo para un Tribunal sostener que la Constitución guarda silencio sobre determinado problema moral”. FERRERES, Víctor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. n. 40, 2004, p. 31.

¹⁸⁰ Tradução livre do original: “These rights thus presuppose the establishment of a state-organizes system of courts whose authority in deciding disputes relies on the sanctioning power of the state”. HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996, p. 134.

reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade”.¹⁸¹

Para Clarissa Tassinari, o segundo pós-guerra, o surgimento da noção de constitucionalismo dirigente e a atuação de Tribunais Constitucionais são fatores que possivelmente conduziram a este processo de intensa judicialização observado pela contemporaneidade.¹⁸² O primeiro em razão de ter sido o marco histórico de alteração da concepção do conceito de direito; a segunda em razão de ter ensejado um maior comprometimento e interferência do Poder Judiciário na realização das promessas constitucionais; e o terceiro por ter sido uma primeira forma de incorporação da noção de constitucionalismo democrático.

É de notar-se, ademais, que este ciclo se vê fomentado pela alta produção normativa acarretada pelo alto nível de intervenção ocasionado pelo Estado-providência. Isso porque, o Estado não mais somente cumpre uma função negativa, mas agora também, por meio da edição de legislação de cunho social, age definindo finalidades e princípios que servirão de agentes transformadores da realidade social, o que desagua em um alargamento do tamanho do espaço ocupado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Para Mauro Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. [...] Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Está é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.¹⁸³

Axel Honneth prescreve a existência de uma esfera da liberdade legal/jurídica (*legal freedom*), a qual nasceu de um sistema de liberdades subjetivas, que foi acompanhada da emergência do Estado Democrático de Direito, no qual os indivíduos podiam observar-se como seus autores. Isto é, uma esfera na qual ao mesmo tempo em que as relações legais permitem que o cidadão aja em conformidade com suas próprias preferências (esfera externa), estas preferências permanecem ocultas, na medida em que os direitos asseguram uma proteção na qual o indivíduo pode explorar suas próprias inclinações isoladamente (esfera

¹⁸¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

¹⁸² *Idem*, p. 40.

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.

interna).¹⁸⁴ Vê o autor alemão, no entanto, um problema com esta esfera da liberdade na medida em que ela promove práticas que bloqueiam a realização de suas promessas. Isso porque, o indivíduo somente poderá influenciar o outro, enquanto sujeito de direitos quando houver um processo comunicativo. Ocorre, contudo, que a liberdade legal proporciona a existência de direitos individuais¹⁸⁵ que formam “um espaço puramente monológico, privado, uma vez que todo sujeito individual deveria ter direito a sair da rede de ação comunicativa e libertar-se de qualquer obrigação normativa”.¹⁸⁶

Para Axel Honneth, a esfera da liberdade jurídica pode desembocar em duas patologias sociais. A primeira diz com a redução do ideal de liberdade aos direitos individuais. A segunda, por sua vez, diz respeito à ideia de suspensão das obrigações, isto é, à uma tendência de adiar as obrigações, uma vez que a esfera legal da liberdade permitira que o indivíduo se libertasse de todo o dever comunicativo criado pelos direitos. Do ponto de vista da judicialização, será objeto de reflexão a primeira patologia: o fato de que a liberdade vem sendo reduzida ao ideal de direitos.

O filósofo alemão compreende que um dos fatores que fomentou o surgimento desta patologia social seria a ampla codificação/positivação das mais variadas áreas da vida privada, que antes eram organizadas de uma forma comunicativa, a qual foi acompanhada de uma expansão da legalização do discurso político.¹⁸⁷ Na esteira do conceito de judicialização acima exposto, o diagnóstico de Honneth enquadra-se perfeitamente, uma vez que este prevê a expansão do *decision-making* judicial para fora da jurisdição.¹⁸⁸ No caso, para a esfera política. Desta forma, “cada vez mais ajustamos a forma que agimos no caso de disputas e conflitos sociais para melhorar nossas prospectivas no tribunal, portanto gradualmente perdendo a capacidade de perceber casos e intenções que não possam ser articuladas em termos legais”.¹⁸⁹

¹⁸⁴ HONNETH, Axel. **Freedom's Right**: The social foundations of democratic life. Trad. Joseph Ganahl. Nova Iorque: Columbia University Press. 2014, p. 73.

¹⁸⁵ Em que pese a terminologia direitos individuais não ser empregada no sistema jurídico brasileiro, a tradução da expressão foi na literalidade.

¹⁸⁶ Tradução livre do original: “[...] a purely private, monological space, as every individual subject should be entitled to exit the network of communicative action and free itself of any normative obligations”. HONNETH, Axel. *op. cit.*, p. 83-84.

¹⁸⁷ HONNETH, Axel. **Freedom's Right**: The social foundations of democratic life. Trad. Joseph Ganahl. Nova Iorque: Columbia University Press. 2014, p. 89.

¹⁸⁸ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 13.

¹⁸⁹ Tradução livre do original: “[...] we increasingly adjust the way we act in the case of social disputes and conflicts so as to improve our prospects in court, thus gradually losing sense of any affairs and intentions that cannot be articulated in legal terms”. HONNETH, Axel. *op. cit.*, p. 89.

A judicialização pode ser compreendida, neste contexto, como uma manifestação da patologia da liberdade jurídica, na medida em que se observa uma incapacidade de resolução dos conflitos na esfera comunicativa, de forma que, quase automaticamente, vê-se no sistema jurídico o *locus* de solução de disputas.¹⁹⁰ Isto é, uma vez que os direitos são compreendidos quase que como uma propriedade da cidadania, esta busca impô-los aos demais, não por meio do processo de comunicação, mas sim uma imposição vertical, por meio do Estado, através da jurisdição:

Deve-se salientar, sobretudo, que um aspecto assume grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania, inerentes ao pressuposto da dignidade da pessoa humana, constituindo, assim, um patrimônio do cidadão.¹⁹¹

Neste sentido, a propagação deste viés jurisdicizante pode ser percebido também na formatação do Estado de Direito, a qual compreende Norberto Bobbio ser fundamentada em quatro estruturas, todas elas partindo da perspectiva da estrutura do sistema jurídico como implementador das liberdades e garantias fundamentais:

- 1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes.
- 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.
- 3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.
- 4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição de poder.¹⁹²

O aumento das necessidades legislativas e administrativas criadas pelo Estado-providência, que passa a ser o garantidor não mais só da liberdade, como também, por exemplo, de direitos sociais, teve como consequência o fortalecimento dos Poderes Legislativo e Executivo, o primeiro em razão da grande demanda por normatização e o segundo como produto da inevitabilidade do aumento na demanda pela administração do Estado maximizado. Para Mauro Cappelletti, o crescimento do Poder Judiciário, neste

¹⁹⁰ HONNETH, Axel. **Freedom's Right**: The social foundations of democratic life. Trad. Joseph Ganahl. Nova Iorque: Columbia University Press. 2014, p. 91.

¹⁹¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39.

¹⁹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. João Ferreira. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 401.

cenário, é ingrediente necessário à efetivação do equilíbrio de poderes, o que, para o autor, pode ser compreendido como fator explicativo do aumento da criatividade judiciária.¹⁹³

Neste sentido, o problema da tutela dos direitos, frente à tirania da maioria, implicou que muitos Estados europeus que vivenciaram experiências totalitárias, como a Itália e Alemanha, inspirassem-se na tradição norte-americana na elaboração de suas Constituições. A implementação e a replicação do modelo norte-americano de revisão judicial e de soberania da Constituição pode ser depreendida também na medida em que após a Segunda Guerra Mundial os Estados Unidos emergiram no panorama mundial como a grande potência, “Para muitos países democráticos, velhos e novos, o sistema político Americano, com grande poder e prestígio ao judiciário e à revisão judicial, tornou-se um ideal a ser emulado”.¹⁹⁴

Para Mauro Cappelletti a emergência das cartas de direitos nos segundo pós-guerra pode ser observada do ponto de vista da desconfiança no Estado-providência maximizado. Isto é, os *Bill of Rights* fizeram sua entrada no mundo do Direito na medida em que “os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos”,¹⁹⁵ os quais haviam sido facilmente submetidos durante os regimes autoritários instaurados, por exemplo, na Alemanha e na Itália. Vê o autor esta confiança no Judiciário como o guardião das cartas de direitos como aspecto mais amplo no fenômeno de crescimento do terceiro poder, uma vez que “a tarefa dos tribunais, de dar atuação aos modernos ‘*Bill of Rights*’, grandemente contribui para ‘expandir o âmbito do direito judiciário’ e aumentar a criatividade dos juízes”.¹⁹⁶

É neste contexto que o Tribunal Constitucional como guardião da Constituição de Kelsen encontra suporte. É a partir do modelo kelsiano de um Tribunal que somente exerceria a revisão de constitucionalidade das Leis e atos normativos, independente dos poderes políticos, que se estabelece o ideário da técnica:

De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas iminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do Governo, já que são precisamente os atos de ambos

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 55.

¹⁹⁴ Tradução livre do original: “To many democratic countries, old and new, the American political system, with great power and prestige for the judiciary and judicial review, became an ideal to be emulated”. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 22.

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 65.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 66.

que ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional.¹⁹⁷

Desta forma, a partir da influência norte-americana de supremacia do texto constitucional, bem como do modelo de Hans Kelsen de jurisdição constitucional, que o Tribunal é visto como instância contramajoritária, técnica, neutra e apolítica capaz de refrear eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelos poderes políticos. Neste sentido, assegurou-se ao Poder Judiciário, por meio da revisão judicial, a salvaguarda dos direitos fundamentais positivados, protegidos pelo Estado Social implementado no pós-guerra.

2.2 A ASCENSÃO DA TECNOCRACIA JURÍDICA

O movimento de normalização, como fenômeno do mundo ocidental, é fruto da industrialização, período no qual a necessidade de divisão do trabalho e a impossibilidade do aprendizado pela observação, visto que este demandava muito tempo em uma época em que a produção de massa iniciava-se, trouxeram à baila uma premência pela documentação de normas técnicas:

Quando o tempo se fragmenta sob a pressão da aceleração das mudanças, e os lugares se dispersam pelo efeito da divisão das tarefas, a norma técnica documentária toma logicamente o uso como intermédio. Do mesmo modo que no domínio jurídico, a lei substitui progressivamente o costume enquanto a sociedade moderna se transforma e o Estado estende seu poder.¹⁹⁸

Este movimento não veio desacompanhado de uma necessidade de criação de normas e de instrumentos de controle, que auxiliassem em sua gestão, do ponto de vista da sua eficiência e de sua qualidade. Na medida em que as normas técnicas foram proliferando-se dentre as mais diferentes áreas da vida humana, seja em um contexto transnacional ou da vida íntima,¹⁹⁹ também se fez necessário a criação de instituições e de agências reguladoras que definissem e regulamentassem estes padrões de normas de gestão. Pierre Rosanvallon afirma que “foi a ideia de probabilidade estatística que fez praticamente possível e teoricamente pensável a integração da ideia de Providência no Estado”.²⁰⁰

¹⁹⁷ HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154.

¹⁹⁸ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: Governar por standards e indicadores**. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 33.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 81.

²⁰⁰ Tradução livre do original: “[...] c’est l’idée de probabilité statistique qui rend pratiquement possible et théoriquement pensable l’intégration de l’idée de Providence dans l’État”. ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de l’Etat-providence**. Paris : Éditions du Seuil, 1981, p. 27.

A ideia de tecnocracia aqui abordada está vinculada diretamente à concepção do Poder Judiciário como instância neutra e apolítica, desconectada da discricionariedade do processo de tomada de decisão política, tipicamente atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo. Pode-se dizer, conseqüentemente, que o conceito acompanha a noção estabelecida por Kelsen, de que o juiz do Tribunal Constitucional, é especialista, decidindo a partir da técnica jurídica, sendo isolado ao máximo da política. Entende-se a tecnocracia jurídica, por conseguinte, como o:

[...] esvaziamento da função dos executivos na administração pública por obra dos “peritos” que tomam o lugar dos políticos, enquanto que a decisão de caráter político, e por consequência aberta à descrição, cede terreno em favor de uma decisão entendida como resultado de cálculos e de previsões científicas e portanto inteiramente privada de resíduos discricionários.²⁰¹

Este processo de paulatina substituição da decisão politicamente formulada pela decisão fundamentada na técnica, portanto, neutra e matematicamente acompanhada dá-se com a crise do Estado Social, na medida em que este criou diversos espaços que deveriam ser ocupados pela atividade do “grande irmão” sem poder, a longo prazo, cumprir com a promessa feita. Neste sentido, compreende Jose Luis Bolzan de Moraes que a crise do Estado Social se dá em três esferas, a fiscal, a ideológica e a filosófica. Especialmente no que concerne à crise ideológica, afirma o autor:

Ocorre, então, o que vai ser designado como uma *crise ideológica*, patrocinada pelo embate, antes mencionado, entre a *democratização do acesso* ao espaço público da política, oportunizando que, pela inclusão e participação ampliada, tenha-se um aumento significativo das demandas e, para além, tenha-se, também, a complexificação das pretensões sociais, até mesmo pelo perfil dos novos atores que se colocam na cena pública, e a *burocratização das fórmulas* para responder tais pretensões a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático a quem incumbe a tarefa de elaborar a estratégia de atendimento de demandas, na medida em que a lógica política democrática, como poder ascendente, vai de encontro à lógica da decisão tecnoburocrática, caracterizada por uma verticalidade descendente. Ou seja: constantemente a demanda política se vê frustrada pela “resposta” técnica.²⁰²

Para Pierre Rosanvallon, a crise do Estado-providência é diagnosticada a partir da identificação de três fatores: (i) um impasse financeiro; (ii) a diminuição da eficácia econômica e social; e (iii) seu desenvolvimento é contrariado por mutações culturais em

²⁰¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale. Vol. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 1233.

²⁰² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 46-47.

andamento.²⁰³ A partir da identificação desta conjuntura, o autor percebe a existência de uma crise, na medida em que a máquina estatal existente já não é mais suficiente para a realização dos direitos que lhe são demandados socialmente.

Com isto, o Estado vai em busca da maximização da sua eficiência, encontrando-a justamente na substituição e no deslocamento da esfera de decisões da arena política para órgãos técnicos, por serem estes supostamente possuidores de *expertise* neutra e eficiente, mascarando, por conseguinte, “a natureza política das escolhas da qual procedem as normas e os efeitos que elas produzem”.²⁰⁴ Na raiz deste processo de racionalização, causado pela maximização do tamanho e da atuação do Estado ocasionados pelo *Welfare State*, encontra-se a necessidade de ações pensadas matematicamente, dada a indispensabilidade de “conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção”.²⁰⁵

Neste movimento de governar pela técnica:

Os governantes, tanto esquerda como de direita, foram seduzidos por essas técnicas destinadas a aumentar, ao mesmo tempo, o rendimento dos funcionários e a “qualidade” dos serviços públicos (definidos em função das expectativas dos usuários), enquanto controlam o crescimento dos gastos públicos.²⁰⁶

No mesmo sentido, adverte Keith Whittington que, na Era Moderna, a decisão política viu-se deslocada do plenário do Congresso para os comitês. Isso porque, as construções modernas dão importância muito maior aos mecanismos técnicos e aos procedimentos detalhados do que as precedentes, “A política da técnica e do procedimento frequentemente obscureceu a política de princípios”.²⁰⁷

O que este processo acarretou, também, foi o desenvolvimento de uma irresponsabilidade política, uma vez que estes atores passaram a tomar suas decisões com fundamento em técnicos que aplicam o saber logicamente, de forma que o político pode furtar-se do comprometimento com o resultado. A partir disto, não há mais vinculação direta entre a decisão e aquele ator que a toma, por sempre estar ela vinculada a algum parecer

²⁰³ ROSANVALLON, Pierre. *La Crise de l’Etat-providence*. Paris : Éditions du Seuil, 1981, p. 13.

²⁰⁴ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: Governar por standards e indicadores*. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 82.

²⁰⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 17.

²⁰⁶ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: Governar por standards e indicadores*. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 51.

²⁰⁷ Tradução livre do original: “The politics of technique and process often obscured the politics of principle”. WHITTINGTON, Keith. *Constitutional Construction: Divided powers and constitutional meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 227.

técnico-científico. Neste sentido, “A hora chegou para as normas técnico-administrativas e seus dispositivos de se colocar em concorrentes diretos e sérios das regras jurídicas e instituições políticas saídas da modernidade”.²⁰⁸

Sustenta Luiz Werneck Vianna que:

No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se auto-programa, apropriando-se da iniciativa das leis quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela. De outra parte, extrai legitimação no campo da opinião pela mediação de partidos que são, na prática, *de* Estado e não de representação da sociedade civil.²⁰⁹

E por que a vinculação entre tecnocracia jurídica e o contexto da supremacia judicial? Como foi colocado na seção anterior, com o Estado Social e a positivação, o processo político como garante dos direitos e das garantias fundamentais foi perdendo espaço para a sua aplicação e para a sua defesa por atores jurídicos, visto que o Estado Social traduz suas demandas políticas em normas juridicamente estabelecidas. O *Welfare State*, portanto, é em grande medida responsável pela nova configuração do esquema de poderes, no qual o Judiciário ocupa papel de destaque, na medida em que foi no período do pós-guerra que as Constituições passaram a ser “informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, [os quais] estariam no cerne processo de redefinição das relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política”.²¹⁰ Por conseguinte, a herança legada pela Segunda Guerra, alterou a percepção do processo político, passando este a ser visto como “o reino da incompetência, da corrupção e do particularismo”,²¹¹ de forma que a técnica jurídica e o Direito passaram a ser encarados o reino da eficiência, como “uma tecnologia capaz de oferecer soluções neutras para conflitos sociais sobre direitos”.²¹²

Esta visão do Direito como tecnologia pode ser atribuída, segundo Morton Horwitz:

Acima de tudo foi o esforço de juízes ortodoxos e juristas para criar uma ciência jurídica que nitidamente separaria o direito da política. Por meio da criação de um sistema de doutrina e raciocínio legais neutro e apolítico, livre do que era visto como

²⁰⁸ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito**: Governar por standards e indicadores. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 69.

²⁰⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 20.

²¹⁰ *Idem*, p. 22.

²¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale. Vol. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 1.235.

²¹² TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais**: Experiências Latino-Americanas. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 24.

perigosas e instáveis tendências da política democrática, os pensadores legais esperavam ultrapassar o problema da “tirania da maioria”.²¹³

Neste contexto, “as normas de gestão, depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram-se presente instrumentos de pilotagem do próprio Direito”.²¹⁴ Salienta Marcelo Torelly que a segunda metade do Século XX – período que chamou de pós-bipolarismo – é marcada por uma espécie de privatização do modo de resolução dos conflitos (especialmente os internacionais). Aponta que o Direito passa a ser compreendido como uma “tecnologia social de solução setorial de conflitos a um só tempo neutra e imparcial, capaz, portanto, de promover maior racionalidade e eficiência na regulação de temas globais”.²¹⁵ Diagnostica Torelly, assim, a ascensão de uma forma de enxergar o Direito como *técnica*, e com isso, a necessidade da sua separação da política, o que, por sua vez, fomenta o deslocamento do foco da produção jurídica das legislaturas para os Tribunais. Implementa-se, com isso, a racionalidade da *expertise* e do Direito como ferramenta neutra de resolução de conflitos.

O que levou à centralização juricêntrica do processo de decisão política, portanto, foi precisamente o anseio pela maximização da eficiência do Estado. A aflição causada pela concentração do poder na mão da administração, bem como o descrédito da política, levaram à elevação da técnica no intuito de, precisamente, conter o poder político.²¹⁶ Este processo de dignificação da técnica que ocorre nos Estados pós-modernos é caracterizado precisamente pela incorporação de atores privados no procedimento de produção do direito. Esta incorporação, no entanto, não se deu em termos de integração da sociedade civil ao sistema de tomada de decisões democrático, cujo foco é a construção de consensos. Antes, ela vê todo o ator social como potencial litigante, de maneira que o foco é deslocado aos Tribunais, os quais solucionam as lides a eles trazidas por meio da resolução de conflitos.

Afirma Marcelo Torelly:

²¹³ Tradução livre do original: “Above all was the effort of orthodox judges and jurists to create a legal science that would sharply separate law from politics. By creating a neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning free from what was thought to be the dangerous and unstable redistributive tendencies of democratic politics, legal thinkers hoped to temper the problem of ‘tyranny of the majority’”. HORWITZ, Morton. *The History of the Public/Private Distinction*. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 130, n. 6. P. 1423-1428.1982, p. 1425.

²¹⁴ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: Governar por standards e indicadores**. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 77.

²¹⁵ TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 42.

²¹⁶ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnoocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 42.

O deslocamento de parte relevante do processo deliberativo substantivo para cortes, por sua vez, implica numa alteração do estilo de governança, que se torna mais judicial e, conseqüentemente, mais tecnocrático. Juízes treinados em alguma especialidade jurídica passam a definir o direito aplicando, com critérios relativamente fluídos, o direito internacional, o direito doméstico, ou uma mistura entre ambos. Ainda, o processo de litúgio ganha espaço frente as formas de produção tradicional do direito, como a deliberação política seguida de consensos provisórios.²¹⁷

Na compreensão weberiana de que a ascensão da técnica (saber profissional especializado) está ligada a forma burocrática de administração do Estado moderno, que é fomentada pelo capitalismo,²¹⁸ a associação entre o Poder Judiciário e a técnica ocorre na medida em que a burocracia está pautada pela legalidade (normatividade), que, por sua vez, está intimamente ligada ao Direito. Dentro desta concepção, portanto, o que ocorreu com a implementação do Estado Social foi uma forma de retirada dos direitos do campo da política, que era compreendido como potencial violador, corrupto e ineficiente, e a sua transposição para o campo jurídico, por meio da positivação, uma vez que o Judiciário, por estar pautado pela técnica e pela legalidade, deve respeitá-los e fazê-los cumprir.

No contexto do Direito como técnica, o constitucionalismo como atualmente reconhecido, com a identificação da força normativa da Constituição e da expansão da existência de Tribunais que exercem a jurisdição constitucional (ainda que não exclusivamente), vê o jurista como representante ético e moral dos preceitos inscritos nos textos constitucionais. Entretanto, tendo em vista a impossibilidade de ligar-se este poder de representação ético-moral diretamente ao mandato popular, “o resultado é uma tomada de poder pela técnica, uma *tecnocracia* pelo conhecimento do direito: uma *tecnocracia jurídica*”.²¹⁹

A positivação dos direitos, portanto, pode ter suas raízes rastreadas a partir da necessidade surgida no pós-guerra. Em razão das violações aos direitos cometidos durante ela, os democratas de todo mundo questionaram quais instrumentos seriam viáveis para a proteção futura dos direitos da população. A resposta da Alemanha, por exemplo, foi a elaboração de uma nova Constituição a qual incluía uma extensa carta de direitos, a instituição de uma Corte

²¹⁷ TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 48.

²¹⁸ WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 179.

²¹⁹ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 135.

Constitucional e do controle de constitucionalidade.²²⁰ Neste sentido, “O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como *semântica* político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e Direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade”,²²¹ na terminologia de Marcelo Neves, portanto, o constitucionalismo surge da necessidade de uma implementação estatal coercitiva dos direitos fundamentais dos indivíduos ao mesmo tempo em que este poder estatal coercitivo está limitado por eles,²²² por meio da Constituição.

Os direitos, em razão da supremacia do texto constitucional, foram imunizados contra tentativas de abusos por parte das autoridades públicas que historicamente os havia infringido, e sua guarda foi confiada à instância técnica, afastada da política e dotada da *expertise* necessária para proteger estes direitos de forma neutra: o Tribunal. Isto é, os receios criados pelo histórico da Segunda Guerra Mundial, que ocasionaram o descrédito do processo político, levaram à inscrição de direitos em documentos escritos. Com esta positivação dos direitos (antes políticos), eles tornaram-se instrumentos do Direito, de forma que esta legalização incumbiu aos Tribunais (órgãos técnicos e apolíticos) sua salvaguarda, dada a existência do medo de que na ausência de mecanismos que os implementassem, os direitos não passariam de meras declarações e expressões políticas de conteúdo vazio.²²³ Por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais, destarte, objetivou-se retirá-los da seara política, colocando-os na guarda do Poder Judiciário, instituição vista como apolítica e técnica, o que, paulatinamente, acarretou empoderamento do Tribunal como instituição. Assim, após a inscrição em um texto (constitucional ou não) de determinado catálogo de direitos, seja ele específico (tal como o modelo alemão e dos países latino-americanos) ou genérico (tal como o norte-americano), as instituições têm a atribuição de efetivá-los, “e aqui as cortes ganham um especial papel que se expandiu continuamente ao longo do Século XX e início deste”²²⁴.

Com o advento do Estado Social a tecnocracia viu seu apogeu. Nesta nova formatação de Estado, os princípios e os direitos fundamentais, pautados especial e fundamentalmente pela dignidade da pessoa humana, viram-se elevados a patamares superiores, em conjunto

²²⁰ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, p. 20.

²²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 53.

²²² *Idem*, p. 120.

²²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 205.

²²⁴ TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 76.

com os textos constitucionais. Nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade por um Tribunal foi defendido na medida em que este era observado como “uma instituição insulada das disputas da política eleitoral, independente e imparcial, habituada e cobrada a argumentar; [de forma que] teria melhores condições para decidir racionalmente”.²²⁵ Por seu modo de decidir técnico, portanto, a Suprema Corte passou a ser observada como um “caso exemplar de uso da razão pública”,²²⁶ na medida em que a lógica da deliberação democrática e política foi substituída pela lógica da decisão técnica, cujas finalidades já estariam estabelecidas nas cartas de direitos.

2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Não obstante ser um trabalho árduo classificar precisamente o que conformaria a teoria neoconstitucionalista, alguns traços lhe são marcantes. Dentre eles, em um primeiro momento, pode-se mencionar como elemento comum o fato de que ela foi pensada como corrente jusfilosófica que buscava superar a doutrina positivista.²²⁷ No mesmo sentido, outro ponto sobre o qual convergem os neoconstitucionalistas é a supremacia da Constituição e a submissão da vontade política aos ditames constitucionais, uma vez que ela representa o ponto de convergência entre a moralidade e a juridicidade, expressando, por conseguinte, “uma concepção da justiça com pretensões universais”.²²⁸

A sua relevância fundamental, contudo, demonstrou-se por ter auxiliado no processo de ascensão das Cortes como intérpretes últimas dos direitos e das garantias fundamentais, na medida em que, na concepção neoconstitucionalista, os juízes apresentam as qualidades técnicas necessárias para sua implementação. O neoconstitucionalismo representa um reforço institucional do papel desenvolvido pelo jurista na medida em que este “Antes um cientista como qualquer outro, o jurista agora, volta a acumular a função de *prudente*, de guardião da técnica e do saber jurídico, que ele deve combinar com o pretor/juiz, de modo a solucionar os casos concretos”.²²⁹

²²⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho Deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: Racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 346.

²²⁶ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 254.

²²⁷ POZZOLO, Susanna. Reflexiones Sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

²²⁸ Tradução livre do original: “[...] una concepción de la justicia con pretensiones universales”. *Idem*, p. 170.

²²⁹ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnoocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 111.

Com a entrada em vigor de textos constitucionais advindos da fusão entre o modelo norte-americano (supremacia da constituição e revisão judicial) e europeu (conteúdo constitucional amplo e materialmente definidor da atividade Estatal), ao Poder Judiciário foi assinalado novo papel, de forma que é gerada “uma explosão da atividade judicial e comporta ou requer algum grau de ativismo judicial, em boa medida superior ao que se havia observado anteriormente”.²³⁰ Neste sentido, para garantir o máximo de efetividade aos direitos e às garantias fundamentais positivados no texto constitucional, a teoria neoconstitucional atribui grande peso à ponderação, e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O neoconstitucionalismo, portanto, é marcado pela “atribuição de força normativa aos princípios, ou seja, a ideia de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente sindicáveis, e que se aplicam mediante ponderação”.²³¹ No mesmo sentido, a estes princípios atribui-se força direta e vinculante, de forma a implementar determinada visão de justiça, a qual utiliza a moral para determinar a validade da norma, “de modo que o juízo externo sobre a justiça do Direito positivo se transforma em juízo interno sobre sua validade”.²³² Neste contexto, é válido salientar-se que “a ampla projeção das normas-princípio, mormente as de porte constitucional, pode vir a se converter em elemento de propulsão ao ativismo judiciário”.²³³

O papel do jurista, portanto, passa a ser o de precisamente identificar esta adequação moral e justa da norma avaliada à Constituição. Logo, a partir da associação deste papel ao juiz, especialmente ao juiz constitucional, o neoconstitucionalismo necessariamente vê no operador do Direito o ator responsável pela mudança constitucional, que se dá mediante a evolução interpretativa. O ofício assegurado ao Judiciário, neste quadro, balança as estruturas do esquema de poderes, na medida em que atribui ao terceiro poder função mais política do que originalmente lhe foi imposta.

À teoria pós-positivista, especialmente representada por Ronald Dworkin, Elival da Silva Ramos atribui o nome de moralismo jurídico, precisamente pela vinculação entre o Direito e os pressupostos morais. Afirma o autor que:

²³⁰ Tradução livre do original: “[...] una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente”. CARBONELL, Miguel. *El Neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis*. In: ____; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 155.

²³¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 61.

²³² Tradução livre do original: “[...] de modo que el juicio externo sobre la justicia del derecho positivo se transforma en juicio interno sobre su validez”. POZZOLO, Susanna. *Reflexiones Sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). op. cit., p. 173.

²³³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

[...] a aceitação dos pressupostos teóricos do moralismo jurídico também constitui fator de impulsão ao ativismo judicial, ainda que sem a mesma magnitude das concepções pragmáticas no tocante a este quesito. A razão disto reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralismo jurídico, presidindo a ideia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. [...] Não é preciso muito esforço para perceber (a jurisprudência dos valores apenas confirma isto) que a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menos elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional ou infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação.²³⁴

Pode-se atribuir a fundamentação teórica da supremacia judicial e da elevação da tecnocracia jurídica ao neoconstitucionalismo porquanto este afirma ser em última instância tarefa do juiz a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais, por meio da ponderação de princípios. A partir do neoconstitucionalismo, o jurista não mais serve somente para identificar e objetivamente descrever a norma – como no positivismo clássico – mas também para moralmente alterar seu conteúdo, “de acordo com pautas axiológicas ‘objetivas’ às quais, no entanto, só eles têm o correto acesso, através da dinâmica (estatal) da jurisdição”.²³⁵ Somente o jurista tem o acesso estatalmente legitimado para alteração e da conservação da moral pública supostamente compartilhada e anteposta nos valores constitucionais. Assim sendo, ficou-se “A moral pública sem participação direta do público, valores comuns não sujeitos à deliberação comum, momento de concórdia constitucional assumida por presunção absoluta”.²³⁶

Especialmente da perspectiva de Robert Alexy, o neoconstitucionalismo antevê que os direitos fundamentais são mandatos de otimização, e, assim, sendo, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível em atenção às perspectivas fáticas e jurídicas”.²³⁷ Nesse sentido, a teoria do autor parte de uma perspectiva de que o exame de ponderação entre direitos fundamentais colidentes tem pretensão de exatidão, de forma que não poderá desaguar em soluções não lógicas. Sua visão sobre a ponderação judicialmente realizada é quase matemática, revelando, portanto, o ponto de vista tecnocrático a partir do qual ele observa o ator jurídico. Esta perspectiva reforça a visão do juiz como técnico, na mesma

²³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

²³⁵ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnocracia Jurídica**: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 134.

²³⁶ *Idem*, p. 135.

²³⁷ Tradução livre do original: “[...] ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fáticas y jurídicas. ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*. Trad. David García Pazos e Alberto Oehling de los Reyes. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 111.

medida em que dá suporte à elevação da tecnocracia jurídica como única capaz de realizar este exame, uma vez que somente o juiz possui o conhecimento e os instrumentos necessários para fazê-lo.

Robert Alexy salienta que a alteração do status dos direitos fundamentais somente é possível por meio ou de uma maioria qualificada (o que sem dúvidas tranca o processo democrático) ou da interpretação do Tribunal, claramente sustentando a formulação aqui realizada da retirada dos direitos da arena política. Afirma o autor:

Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode-se falar de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. *Juiz arbitral nesta luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo.*²³⁸

Assim sendo, e, da perspectiva de que a tarefa de guardião da Constituição foi assinalada ao Poder Judiciário, o advento da utilização de princípios, especialmente o da razoabilidade e o da proporcionalidade servem para demonstrar o deslocamento do núcleo de poder dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Isso porque, através da utilização dos princípios, assegura-se às Cortes a tarefa de realização do exame de compatibilidade dos atos administrativos e legislativos com a Constituição, ou seja, assegura-se às Cortes a tarefa de *controlar* os demais poderes. Daí a supremacia judicial:

A principiologização, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretense “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição, para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores.²³⁹

Esta faculdade de controle dos Poderes Executivo e Legislativo pela Corte é exercitada, usualmente, por meio do emprego da ponderação e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.²⁴⁰ Vale dizer, contudo, que nada impede que a própria Corte seja a perpetradora da arbitrariedade, tão somente substituindo o juízo realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo pelo seu próprio (o que não necessariamente implica que ela o fará ou que será arbitrária na realização da tarefa). Para Lenio Streck, “Na verdade, o recurso ao

²³⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 51. Grifo nosso.

²³⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 301.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade”.²⁴¹

As teorias neoconstitucionais servem de potencializadoras do fenômeno da judicialização da política, como definida neste capítulo, na medida em que pugnam pela expansão da competência dos Tribunais na interpretação principiológica dos direitos e garantias fundamentais, em prejuízo dos espaços ocupados pelos poderes políticos. Fundamentam também o ativismo judicial das Cortes uma vez que incentivam a atuação protagonista do Poder Judiciário no processo decisório das políticas governamentais para a implementação dos direitos e das garantias fundamentais.

A evolução interpretativa da cláusula constitucional do *due process* no sistema norte-americano demonstra em algum nível a manifestação da supremacia judicial naquele ordenamento jurídico. Sobre transformação da interpretação da cláusula pela Suprema Corte norte-americana, afirma Luís Roberto Barroso:

Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (*procedural due process*), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluíam os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*) por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinado controle de mérito sobre o exercício da discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder o exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano.²⁴²

Da explicação autor, percebe-se que as Cortes também exercem discricionariedade no exercício do controle dos atos legislativos e executivos e que a visão técnica e neutra da prática jurisdicional, a partir da utilização principiológica de preceitos constitucionais não necessariamente escritos, já não reflete a realidade da prática dos Tribunais. Vale dizer que a cláusula do devido processo (*due process*) prevista na quinta e na décima quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos prescreve tão somente que “ninguém será compelido em um processo criminal a prestar testemunho contra si, nem ser privado de sua vida, liberdade, ou

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290.

propriedade sem o devido processo legal”²⁴³ e “nem deverá nenhum estado privar nenhuma pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.²⁴⁴ Destarte, em nenhum momento o texto literal das Emendas dirige-se ao conteúdo do devido processo legal, mas tão somente ao fato de que ninguém poderá ser privado de suas liberdades e garantias fundamentais sem a devida previsão legal. A interpretação da Suprema Corte do devido processo legal substantivo, por conseguinte, demonstra faceta ativista e de supremacia judicial precisamente por avaliar o conteúdo da medida em julgamento, com base em previsão constitucional que não a autoriza a fazê-lo.

Outro exemplo que pode ser retirado do constitucionalismo norte-americano, o qual demonstra o nível da supremacia judicial, é o teste de *strict scrutiny* empregado pelos Tribunais. Nesta avaliação – que é a mais severa e é empregada quando os direitos colidentes são os raciais, a liberdade religiosa e o direito à privacidade – a inconstitucionalidade do ato normativo é *presumida*, cabendo a autoridade pública a prova de sua constitucionalidade. Ou seja, cabe à autoridade pública demonstrar ao juiz que os fins almejados são essenciais (no sentido de imperiosos) e que os meios empregados são os únicos possíveis para a consecução das finalidades.²⁴⁵ Não seria possível pensar-se em nada que revele mais a supremacia judicial do que o teste da *strict scrutiny*, porquanto este afirmativamente subjugava a opção do legislador e eleva a do juiz.

Isto é, o exame substancial da cláusula do *due process* e o teste de *strict scrutiny* realizado pelas Cortes norte-americanas demonstra o *quantum* de poder que elas detêm no esquema de *checks-and-balances*, pois podem controlar as ações dos demais poderes a partir de testes não prescritos no texto da Constituição, ou seja, as Cortes podem, na medida da *sua* discricionariedade, controlar a discricção dos atores políticos. Interessante sublinhar, também, que os Tribunais podem, através tão somente de uma evolução interpretativa, alterar julgamentos de políticas públicas (que são eminentemente políticos), por meio do exame de razoabilidade das medidas adotadas pelos poderes políticos, por não terem estes passado em testes que o próprio o órgão julgador criou. O sobrepujamento do julgamento tecnocrático (realizado pelo juiz técnico) em detrimento do político (realizado pelo Executivo e

²⁴³ Tradução livre do original: “[...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). Fifth Amendment. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

²⁴⁴ Tradução livre do original: “[...] nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). Fourteenth Amendment. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 295.

Legislativo) demonstra e revela o nível da supremacia judicial no sistema constitucional norte-americano.

Assim sendo, pode-se afirmar que com o advento do Estado Social no pós-guerra, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo importaram na implementação de um sistema no qual a tecnocracia viu-se valorizada em detrimento da política. Por meio da adoção de valores antes atribuídos somente ao mercado, tais como a eficiência e a neutralidade, o Poder Judiciário, por apresentar estas qualidades, ao menos na perspectiva dos atores sociais do pós-guerra, viu-se empoderado, dando-se ênfase para formas de implementação e proteção dos direitos por meios técnicos (jurídicos) e especializados. Desta forma, o mecanismo que se esperava poder refrear os excessos herdados destes períodos políticos conturbados, possibilitou a ascensão da supremacia judicial, pautada na autoridade tecnocrática do Poder Judiciário.

CAPITULO II – A SUPREMACIA JUDICIAL NA AMÉRICA LATINA

A análise elaborada no capítulo inicial do trabalho revelou como momento histórico fundamental para o advento da judicialização da política, o marco do pós-guerra, na medida em que nele viu-se a implementação de um modelo social de Estado, o qual veio acompanhado da constitucionalização dos direitos. Neste ambiente, pode-se perceber, floresceu o ativismo e a supremacia judiciais, acompanhados do ideário da tecnocracia jurídica. Demonstrou-se, também, como as teorias intituladas neoconstitucionais tiveram papel fundamental na elevação desta tecnocracia jurídica, uma vez que se pautam pelo marco da ponderação principiológica, contribuindo com novas ferramentas interpretativas que assinalam papel que somente o juiz poderia realizar por possuir as ferramentas e a *expertise* necessárias.

A América Latina, contudo, não viveu o mesmo momento histórico europeu ou norte-americano. Durante o pós-guerra e as décadas que o seguiram os países latino-americanos, na sua quase totalidade, passaram por experiências de regimes totalitários e ditatoriais, de forma que seu constitucionalismo como atualmente formatado é fruto da redemocratização e de suas heranças históricas.

Neste sentido, o presente capítulo tem por objetivo demonstrar alguns aspectos acerca da construção da supremacia judicial nos sistemas constitucionais da latino-américa. Em um sistema mundial globalizado, o estudo comparado faz-se precioso, uma vez que os sistemas jurídicos se influenciam mutuamente. Também, uma vez que o trabalho se vê direcionado à abordagem do ativismo e da supremacia judiciais nos ordenamentos jurídicos eleitos, segue-se na esteira de Elival da Silva Ramos, quando afirma que:

[...] é fundamental a visão comparatística, porquanto, se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.²⁴⁶

Por razões concernentes ao tamanho e à qualidade da pesquisa, não será possível a abordagem de todos os países que compõe a América Latina. Em razão disto, a escolha metodológica dirigiu-se ao estudo dos sistemas constitucionais da Colômbia, da Costa Rica e do Brasil.

²⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

No intuito de justificar-se a eleição dos casos, alguns apontamentos fazem-se necessários. O primeiro diz respeito ao fato de que o capítulo abordará a vertente do chamado “novo constitucionalismo latino-americano” e nenhum dos ordenamentos jurídicos estudados é classicamente reconhecido como enquadrado nesta vertente constitucional, uma vez que são bons exemplos desta vertente constitucional os casos da Bolívia e do Equador. Não foi escolhido nenhum destes ordenamentos jurídicos na medida em que aqui é realizado um breve apanhado histórico do momento que precedeu a promulgação das cartas constitucionais e uma posterior, e sintética, análise jurisprudencial de modo a averiguar em alguma medida, ainda que limitada, o desenvolvimento jurisprudencial de seus Tribunais superiores da perspectiva da supremacia judicial. Neste sentido, é de considerar-se a não opção de nenhum destes dois sistemas constitucionais, da Bolívia e do Equador, em razão de que suas Constituições ainda são em muito recentes, a primeira do ano de 2009 e a segunda do ano de 2008, o que prejudicaria em muito a qualidade da análise em termos de desenvolvimento da atividade do Tribunal.

Outrossim, selecionou-se a Colômbia e a Costa Rica para serem objetos da análise comparada na medida em que a instituição da Corte Constitucional Colombiana e da Sala Constitucional da Costa Rica (SCCR) ocorreu em momento histórico muito próximo do brasileiro. Isso porque, no Brasil, o marco histórico que deu início a esta nova era para o Supremo Tribunal Federal foi a promulgação da Constituição de 1988, a CCC, por sua vez, começou sua atuação em 1992 e a Sala IV da Costa Rica foi criada por reforma constitucional ocorrida no ano de 1989.

Ademais, a eleição dos ordenamentos jurídicos colombiano e costarriquenho ocorreu por serem sistemas constitucionais que, assim como o Brasil, possuem mecanismos de fácil acesso à jurisdição.²⁴⁷ Também, por ter Roberto Gargarella, em sua obra, *La Sala de Máquinas de La Constitución*, os classificado como modelos no quais foi alterado o sistema no procedimento de acesso aos Tribunais, o que, na visão do autor, significou que a entrada e a alteração na operação da sala de máquinas da Constituição pode dar-se por meio de reformas parciais. Válido dizer que por sala de máquinas da Constituição entende Roberto Gargarella ser a seção da Constituição direcionada à organização do poder. Afirma que as cartas constitucionais latino-americanas são marcadas por salas de máquinas que travam a

²⁴⁷ SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. In: SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005, p. 14.

efetivação dos direitos e das garantias fundamentais na medida em que não lograram alterar diretamente a formatação conservadora da seção de organização do poder.

É com este olhar do desenho institucional conservador da estruturação do poder que Gargarella menciona os exemplos colombiano e costarriquenho como exitosas reformas parciais no acesso à sala de máquinas, na medida em que introduziram Tribunais (Corte Constitucional Colombiana e a Sala IV costarriquenha) e instrumentos (o recurso de amparo na Costa Rica e a tutela na Colômbia) de acesso aos mais altos Tribunais dos países sem maiores formalismos processuais, ou pagamento de taxas, o que auxiliou na democratização do acesso à Corte.²⁴⁸ Ocorre que estes instrumentos inseridos pelas reformas Constitucionais ocasionaram uma verdadeira explosão de judicialização e ativismo nestes ordenamentos e a consequente empoderação das Cortes. Daí o interesse no estudo destes sistemas constitucionais.

O exame do caso brasileiro, por sua vez, é justificado na medida em que as proposições de redesenho do modelo institucional na busca da superação das tensões ocasionadas pela separação de poderes, a partir da teoria dos Diálogos Constitucionais, serão direcionadas ao Brasil. Neste sentido, a contextualização histórica e hodierna do papel do Poder Judiciário e de seu mais alto Tribunal no sistema brasileiro é imperiosa para uma posterior análise crítica da formatação do esquema de pesos e contrapesos instituído pela Constituição de 1988, bem como para a elaboração de um novo modelo, que promova um diálogo efetivo e substancial na interpretação da Constituição entre o Supremo Tribunal Federal, os Poderes Executivo e Legislativo e a sociedade civil.

A primeira seção deste capítulo será direcionada ao estudo da ascensão das Cortes no marco da redemocratização do continente ao final do Século XX e início do XXI. Com isso, espera-se delinear o panorama histórico e crítico que serviu de pano de fundo para a elaboração das novas Constituições latino-americanas no que seguiu aos regimes militares autoritários.

Em um primeiro momento serão abordados os processos constituintes ou de reformas constitucionais. Busca-se, com isto, demonstrar qual foi o pano de fundo histórico que marcou a elaboração dos novos ou reformados documentos constitucionais latino-americanos, bem como sobre que matriz estão assentados, enfocando-se especialmente no fato de que as Constituições estão marcadas, majoritariamente, por extensas e amplas listas de direitos políticos, sociais e econômicos. O objetivo desta análise é precisamente revelar fatores que

²⁴⁸ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 337.

serão fundamentais para o estudo que será realizado nas seções subsequentes, direcionadas ao novo constitucionalismo latino-americano e ao esvaziamento democrático.

No segundo ponto, o trabalho enfoca na corrente doutrinária do novo constitucionalismo latino-americano, uma vez que este busca explicar a existência de um novo fenômeno constitucional na América Latina mais democraticamente legitimado, a partir da elaboração das novas cartas constitucionais. Também foca-se na tecnocracia jurídica, tendo em vista que, ao revés das pretensões dos novos constitucionalistas, argumenta-se que os novos documentos constitucionais não lograram atingir seus objetivos na medida em que não alteraram substancialmente a sala de máquinas da Constituição, de forma que o que o movimento constitucional proporcionou foi, por meio também das teorias principiológicas neoconstitucionais, uma maximização da capacidade do Poder Judiciário decidir sobre o significado da Constituição, por ser o possuidor da técnica necessária para lidar com os princípios constitucionais.

No terceiro ponto, o estudo é direcionado às condições do esvaziamento democrático. Aqui se defende que a obstrução do processo democrático e a judicialização são consequências tanto do fato de que a positivação dos direitos impede a possibilidade de sua definição por meio da política majoritária, como do desenho institucional insuficiente e conservador a partir de cuja matriz as Constituições foram elaboradas, impossibilitando que os atores políticos sobre eles deliberem e os implementem, o que acarreta a busca pelo Poder Judiciário para satisfação das demandas sociais. Conclui-se, também, que a ampla positivação dos direitos desacompanhada de alterações substanciais na seção de poder da Constituição pode ser vista da perspectiva de um movimento de tentativa de preservação de poder pelas elites, na medida em que o processo político vê-se esvaziado e desprovido de legitimidade e o Judiciário é majoritariamente composto por atores que provém destas elites.

Na segunda seção do capítulo a abordagem será direcionada ao estudo do sistema jurídico e político da Colômbia, traçando-se breve histórico dos acontecimentos que antecederam a promulgação da Constituição de 1991 e a entrada em operação da Corte Constitucional. Objetiva-se demonstrar a realidade social de abusos e de violações aos direitos humanos que pautam o trabalho da Corte Constitucional Colombiana, ao mesmo tempo em que a análise é reportada à supremacia judicial, à judicialização da política e ao ativismo judicial exercido pela Corte. Com este intuito, será feito breve estudo da jurisprudência da CCC relativamente a casos de alta controvérsia e relevância em que ocorreu a judicialização da política (entendida como a extensão da atividade e da autoridade da Corte

em detrimento da dos poderes políticos) e em que a Corte atua ou atuou de maneira fundamentalmente ativista, concluindo-se que há o exercício da supremacia judicial.

A terceira seção, por sua vez, será direcionada à Costa Rica. Da mesma forma que no ponto precedente, será feito breve histórico no intuito de contextualizar-se a reforma constitucional introduzida na Constituição de 1949 no ano de 1989 e a atuação da Sala Constitucional Costarriquenha – também conhecida como Sala IV. Nesta esteira, para demonstrar-se o nível da autoridade da Sala IV, será realizado estudo jurisprudencial de dois casos em que marcadamente a Sala Constitucional exercitou o ativismo e a supremacia judiciais.

Finalmente, a última seção do presente capítulo será voltada para o estudo do sistema constitucional brasileiro. Inicialmente a abordagem será orientada ao estudo do Supremo Tribunal Federal antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, com o objetivo de demonstrar-se que somente a partir da redemocratização o STF angariou a força institucional e os instrumentos necessários para atuar de forma ativista, tendo antes disso ou sofrido ataques diretos do Poder Executivo que impossibilitaram sua atuação autônoma ou sido conivente com o regime vigente, deliberadamente furtando-se do exercício autônomo de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Defende-se que é somente a partir da Constituição de 1988 que o Supremo Tribunal Federal passa a ser o núcleo fundante da política brasileira, uma vez que esta passa a ser judicializada, na medida em que toda e qualquer questão moral ou economicamente relevante é questionada perante a Corte. Com o objetivo de demonstrar-se o grau da supremacia judicial e a audácia do ativismo judicial exercido pelos Ministros do STF, o estudo abordará dois casos extremamente polêmicos e controversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que no Brasil a supremacia judicial demonstra-se patológica para o sistema democrático na medida em que o trabalho realizado pelo STF vem efetivamente degenerando os preceitos e violando as garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos e não os promovendo.

A metodologia utilizada para isto é primeiramente histórica, tendo em vista que se aborda o movimento de ascensão das Cortes no marco histórico da redemocratização, de forma a melhor compreender-se o desenvolvimento dos sistemas constitucionais no tempo. Também se emprega o método comparado, na medida em que se estuda conjuntamente ordenamentos jurídicos distintos que, no entanto, passam por momentos constitucionais similares, nos quais os Tribunais veem-se empoderados no esquema de separação de poderes, em razão de um alto nível de judicialização, e de uma institucionalidade incapaz de cumprir com as promessas positivadas nas Constituições.

1 A ASCENSÃO DAS CORTES NO MARCO DA REDEMOCRATIZAÇÃO

A América Latina foi marcada, nos últimos anos, por movimentos ou que promulgaram novos documentos constitucionais, como foi o caso do Brasil em 1988, da Colômbia em 1991, do Equador em 2008 e da Bolívia em 2009 ou que passaram por reformas constitucionais, como no caso da Costa Rica em 1989 e do México em diversas ocasiões. Neste contexto, a ascensão das Cortes no panorama latino-americano ocorreu somente após os marcos da redemocratização dos países do bloco que, em sua grande maioria, passaram por extensos períodos em regimes autoritários durante a década de 1960 até o início da década de 1990. O fenômeno do deslocamento da arena de decisão política para as Cortes ocorreu não somente em países latino-americanos que passaram por Governos militares, mas também em países do bloco onde não houve ruptura da ordem civil, tais como a Colômbia e a Costa Rica.

1.1 PROCESSOS CONSTITUINTES, REFORMAS CONSTITUCIONAIS E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Século XX latino-americano foi marcado por um histórico de rupturas de ordens civis, ao menos em tese, democráticas, e o estabelecimento de regimes militares autoritários. A última onda de regimes de exceção e de conflitos armados deu-se entre as décadas de 1960 e 1990, de forma que, ao fim do Século XX o continente sul-americano vivenciou momentos transicionais ou de elaboração de novas Constituições ou de reformas e de restauração dos documentos constitucionais pretéritos. Este estágio de transição e o resultado que dele surgiu pode ser observado a partir da perspectiva do momento histórico que representou, na medida que o novos e reformados textos constitucionais “contemplam metas normativas de superação de problemas reais das sociedades”.²⁴⁹

Para Roberto Gargarella e Christian Courtis as novas e reformadas Constituições tiveram por objetivo maior dar resposta ao histórico de abuso dos poderes presidenciais, uma vez ter sido o presidencialismo forte característico da América Latina, por ser este identificado “como causa fundamental da instabilidade política das jovens democracias regionais”.²⁵⁰ Assim como a Europa, os países latino-americanos tinham como pano de fundo

²⁴⁹ BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos Sociais e Justiça de Transição: Contribuições ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. v. 19, n. 2, p. 627-661, mai/ago 2014, p. 631.

²⁵⁰ Tradução livre do original: “[...] como causa fundamental de la inestabilidad política de las jóvenes democracias regionales”. GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El Nuevo Constitucionalismo*

quando da elaboração de seus novos documentos constitucionais histórico de violações de direitos humanos, especialmente perpetradas pelo Poder Executivo. Não é de se estranhar, portanto, que as novas Constituições e as reformas constitucionais produto do fim dos regimes de exceção contenham amplas cartas de direitos e de garantias fundamentais, que contemplam não somente direitos individuais classicamente reconhecidos, mas também direitos referentes ao meio ambiente e à cultura indígena:

As longas listas de direitos que caracterizaram as Constituições do século XX foram a marca de identidade de um tipo diferente de constitucionalismo, que enfrentava o que havia sido predominante durante o século XIX: um constitucionalismo “negativo”, destinado a estabelecer barreiras de proteção aos indivíduos, frente aos riscos provenientes dos ataques ou interferências os demais, e o Estado em particular.²⁵¹

É necessário abordar estes processos de transição de regimes autoritários para a democracia e de elaboração ou de reforma das Constituições, também por meio do estudo do procedimento utilizado para elaborar ou reformar ou documentos constitucionais. Isso porque, em geral, a transferência do poder ocorreu não por meio de rupturas abruptas, mas antes por negociações entre o regime autoritário que saía e as forças políticas de oposição democrática, tal como foram os casos do Equador e do Brasil.²⁵² Também é relevante colocar, que os processos constituintes foram marcados por serem produtos, não de Assembleias Constituintes exclusivas, mas de legislaturas constituintes – que ao mesmo tempo em que elaboravam a nova Constituição, funcionavam como órgão Legislativo ordinário. Outrossim, que as reformas constitucionais não foram caracterizadas por assembleias cidadãs, “onde todos ou parte dos delegados são cidadãos comuns selecionados por sorteio. A maior parte dos órgãos constituintes tiveram composição partidária, o que significa que os delegados pertencem a partidos políticos e representam seus interesses e programas”.²⁵³ Estes fatos serão relevantes para a análise vindoura, especialmente na ótica de Ran Hirschl e de sua teoria da *preservação hegemônica* e de Roberto Gargarella e de sua máquina exausta da Constituição.

Latinoamericano: Promesas e interrogantes. **CEPAL – Serie Políticas Sociales**. Santiago. n. 153, nov. 2009, p. 10.

²⁵¹ Tradução livre do original: “Las largas listas de derechos que caracterizaron a las Constituciones del siglo XX fueron la marca de identidad de un tipo diferente de constitucionalismo, que enfrentaba al que había sido predominante durante el siglo XIX: un constitucionalismo ‘negativo’, destinado a establecer barreras de protección hacia los individuos, frente a los riesgos provenientes de los ataques o interferencias de los demás, y del Estado en particular”. *Idem*, p. 39.

²⁵² NEGRETTO, Gabriel L. Los Procesos Constituyentes en América Latina: Una visión comparada. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. v. 16, n. 1. dez. 2015, p. 4.

²⁵³ Tradução livre do original: “[...] donde todos o parte de los delegados son ciudadanos comunes seleccionados por sorteio. La mayor parte de los órganos constituyentes han tenido una composición partidista, lo que significa que los delegados pertenecen a partidos políticos y representan sus intereses y programas”. *Idem*, p. 12.

Na visão do constitucionalista colombiano Rodrigo Uprimny, no marco do novo constitucionalismo latino-americano, as reformas e as novas Constituições elaboradas a partir do fim do Século XX instituíram modelos constitucionais aspiracionais, ou transformadores. Para ele, este novo modelo constitucional é marcado de um lado por densas cartas de direitos coletivos, econômicos e sociais (dotados de proteção judicial) e por outro de apostas em sociedades mais justas e que ampliam os mecanismos de participação democrática, o que representa “um esforço por repensar e reformular a democracia e a sua entrada em formas de constitucionalismo forte ou neoconstitucionalismo”.²⁵⁴ O autor vê com bons olhos a entrada da ideia de justiça constitucional no panorama jurídico latino-americano, ainda que reconheça a tensão inerente entre um constitucionalismo forte e um alto nível de participação democrática.

Esta tensão pode ser compreendida desde a concepção de Roberto Gargarella. Para o autor argentino, se em uma primeira instância o alto nível de constitucionalização de direitos representa um avanço positivo, na medida em que importa em alterações na interação das forças políticas prevaletentes de modo a “ativar” estas cláusulas constitucionais, em um segundo momento esta constitucionalização significa uma redução do espaço de discussão democrática.²⁵⁵ Explica Gargarella que a constitucionalização de um direito o retira da seara de deliberação, de forma que as maiorias não mais podem decidir de forma livre sobre aspectos da vida política. Daí provém a tensão entre constitucionalismo forte e alto nível de participação democrática.

Carlos Santiago Nino, da mesma forma, salienta:

Devemos então confrontar esta tensão entre a força e o alcance do processo democrático. Quanto mais ampliamos sua qualidade epistêmica por meio da expansão dos direitos *a priori* para prover bens que assegurem a participação livre e igual, a quantidade de assuntos que poderão ser decididos, em última instância, pelo processo democrático descrece.²⁵⁶

²⁵⁴ Tradução livre do original: “[...] un esfuerzo por reformular la democracia y su entrada a formas de constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo”. UPRIMNY, Rodrigo. **Las Transformaciones Constitucionales Recientes en America Latina: Tendencias y desafíos**. Disponível em: <https://ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimny_constitucionalismo_latinoamericano.pdf> Acesso em: 13 de jul. 2016, p. 13.

²⁵⁵ GARGARELLA, Roberto. Apuntes Sobre el Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XIX: Una mirada histórica. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. México. v. 25, p. 30-48, 2010.

²⁵⁶ Tradução livre do original: “Debemos entonces confrontar esta tensión entre la fuerza y el alcance del proceso democrático. Cuanto más ampliamos su calidad epistémica a través da expansión de los derechos *a priori* para proveer bienes que aseguren la participación libre e igual, la cantidad de asuntos que podrán ser decididos, en última instancia, por el proceso democrático decrece”. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 276.

Outro ponto relevante sublinhado por Roberto Gargarella sobre o movimento constitucional latino-americano é que estes novos e reformados documentos não lograram efetivamente alterar a sala de máquinas da Constituição, isto é, a seção destinada à organização de poderes. Neste sentido, a matriz institucional das Constituições elaboradas ao fim do Século XX e início do Século XXI preservaram as mesmas bases provenientes do pacto liberal-conservador que pautaram as Constituições latino-americanas do Século XIX.

Explica-se: Gargarella antevê a existência de três correntes ideológicas na formação constitucional da América Latina: a liberal, a conservadora e a radical. Destaca como a aliança ideológica que predominou na matriz histórica das Constituições do bloco a realizada entre os liberais e os conservadores, pautados pela “desconfiança das elites da política de massas”.²⁵⁷ O resultado da fusão liberal-conservadora foi:

[...] um sistema de tipo liberal, organizado a partir da ideia norte-americana dos “freios e contrapesos”, mas desequilibrado graças a uma autoridade executiva mais poderosa, como a demandada pelos setores conservadores. [...] No mais, eles coincidiram na criação de ordenamentos políticos excludentes, pouco afeitos a participação popular, e que estabeleciam travas para a consagração de direitos políticos formais e substantivos para as massas.²⁵⁸

Válido dizer que ao analisar o sistema de freios e contrapesos norte-americano, que diz terem adotado as Constituições latino-americanas, Gargarella afirma que o próprio sistema dos *checks and balances* foi criado pelos pais fundadores a partir de uma visão elitista, que antes promoveria o embate do que a deliberação política, acarretando, fundamentalmente, um travamento das instituições representativas.²⁵⁹ Diagnostica o constitucionalista argentino que é desta formatação institucional que foram desenhadas as novas Constituições da latino-américa pós regimes autoritários. Desta forma, “os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana”.²⁶⁰

²⁵⁷ Tradução livre do original: “[...] *desconfianza de las elites hacia la política de masas*”. Grifo no original. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 60.

²⁵⁸ Tradução livre do original: “[...] un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norteamericana de los “frenos y contrapesos”, pero desbalanceada gracias a una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores. [...] Por lo demás, ellos coincidieron en la creación de ordenamientos políticos excluyentes, poco afectos a la participación popular, y que establecían trabas para la consagración de derechos políticos formales y sustantivos para las masas”. *Idem*, p. 34.

²⁵⁹ *Idem*. **Crisis de la Representación Política**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

²⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: O pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. **Crítica Jurídica**, n. 35, p. 23-44, 2013, p. 28.

Cabe salientar aqui, que a preservação desta matriz institucional pode ser compreendida a partir dos fatores anteriormente colocados. Isto é, da elaboração das novas Constituições por legislaturas constituintes, sem participação popular. Isso porque, é do interesse daqueles que estão no poder, preservar as estruturas por meio das quais eles o alcançaram, de forma que as reformas realizadas relativamente à seção das Constituições destinadas à organização do poder foram superficiais, não alterando substancialmente a operação da sala de máquinas. A ausência de participação cidadã somente fomenta este fenômeno. A Assembleia Constituinte brasileira cuja deliberação ocorreu no período de 1987 e 1988 pode ser observada a partir desta perspectiva. Isso porque, o processo brasileiro de transição do regime autoritário para o democrático foi direcionado e estruturado pelo próprio regime militar que se queria deixar para trás. Neste sentido, a Assembleia Constituinte “nasceu condicionada pelas regras ditatoriais concebidas para produzir maiorias parlamentarias próximas do partido do regime”.²⁶¹ Pode-se compreender a Constituição Federal brasileira de 1988, portanto, do ponto de vista de Roberto Gargarella na medida em que ela institui extenso catálogo de direitos fundamentais, sociais e econômicos, sem, no entanto, ter alterado a estrutura de poder conservadora, uma vez que preservou diversos institutos que concedem ao Presidente altos poderes legislativos, na esteira da tradição latino-americana de fortalecimento do Poder Executivo, tais como o regime de urgência e a Medida Provisória.^{262 263}

²⁶¹ Tradução livre do original: “[...] nació condicionada por las reglas dictatoriales concebidas para producir mayorías parlamentarias cercanas al partido del régimen”. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los Procesos Constituyentes y el Nuevo Paradigma Constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. v. 25, p. 8-29, 2010, p. 12.

²⁶² Em que pese estes instrumentos, por si só, não necessariamente representem um traço de fortalecimento do poder Executivo, aqui se argumenta que a sua utilização exacerbada, como ocorre, por exemplo, no Brasil representa o sobrepujamento do Executivo na função legislativa, o que pode ser compreendido como traço de um presidencialismo forte. Neste sentido: LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2016.

²⁶³ Afirma Fernando Limongi sobre as diferenças entre as Constituições brasileiras de 1946 e de 1988 que a primeira dotava o poder Executivo de muito menos poderes tipicamente legislativos, ao passo que a segunda manteve quase todos os poderes legislativos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelas Constituições da ditadura militar. Em quadro comparativo, demonstra o autor que sob o regime da Constituição de 1946 o Presidente somente possuía iniciativa exclusiva no que diz com projetos administrativos (tais como criação e estruturação de ministérios e outros órgãos da administração pública, criação de cargos, funções e postos na administração pública, dentre outras atribuições). Sob a égide da Constituição de 1988, por sua vez, o Presidente, além de gozar da prerrogativa de iniciativa relativamente a (i) projetos administrativos, também, tem o poder de iniciativa sobre (ii) projetos orçamentários; (iii) projetos para impostos; (iv) Emenda Constitucional; (v) edição de decretos com força de Lei(MP); (vi) edição de Leisob requerimento de delegação do CN; (vii) solicitação de urgência para projetos (votação em 45 dias em cada Casa); e, até a EC 86/2015, (viii) imposição de restrições a emendas orçamentárias do Congresso. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Poder de Agenda na Democracia Brasileira: Desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário. *In*: SOARES,

Necessário inferir-se que, por si só, a Medida Provisória não necessariamente reflete um instrumento que marca um tipo forte de presidencialismo. No entanto, é de se reconhecer que, ao menos no Brasil, ela é “o instrumento legislativo mais poderoso à disposição do Executivo: ela garante ao presidente o poder unilateral para alterar o *status quo*, já que entra em vigor imediatamente”.²⁶⁴

Assim sendo, estas estruturas de poder conservadoras e elitistas preservadas nos novos ou nos reformados documentos constitucionais, advindas da matriz liberal-conservadora, também são responsáveis pelo travamento da implementação de suas pretensões democráticas e de garantia e de efetivação de direitos fundamentais, sociais e econômicos nelas positivados. Neste sentido, a parte da Constituição relativa à organização de poder, que Gargarella chama de sala de máquinas, destinada a criação do desenho institucional que deverá implementar os direitos, não foi concebida para isso. Ao revés, ela foi concebida a partir de uma visão elitista cujos objetivos fundamentais eram impossibilitar a criação de espaços políticos populares.

Diagnosticam também Roberto Gargarella e Christian Courtis que os mecanismos de participação popular democrática podem ser vistos da mesma perspectiva da institucionalidade travada:

É que a relação entre um “presidencialismo” que se fortalece ou consolida e as cláusulas constitucionais que querem promover a participação popular não é pacífica, antes é de tensão. Ocorre que, em princípio, o ideal da democracia participativa requer descentralizar e desconcentrar o poder, e não o inverso. Fazer ambas as coisas ao mesmo tempo (fortalecer o Presidente e abrir espaços para uma maior participação) resulta então uma operação contraditória, que carrega o grave risco de que um dos ideias ou objetivos termine resultando ofuscado ou diretamente suprimido.²⁶⁵

Ao mesmo passo, a preservação da estrutura conservadora de organização de poderes e a positivação dos direitos vieram acompanhadas de instrumentos jurídicos que ampliaram os mecanismos utilizados para a proteção destes direitos e destas garantias fundamentais de forma a facilitar o acesso ao Poder Judiciário, justamente porque “a maior parte das reformas

Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Org.). **Reforma Política: Lições da histórica recente**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 253.

²⁶⁴ *Idem*, p. 254.

²⁶⁵ Tradução livre do original: “Y es que la relación entre un ‘presidencialismo’ que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino más bien es de tensión. Ocorre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa. Hacer ambas as cosas al mismo tiempo (fortalecer al Presidente y abrir espacios para una mayor participación) suele resultar entonces una operación contradictoria, que conlleva el grave riesgo de que uno de los dos ideales u objetivos termine resultando opacado o directamente suprimido”. GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e interrogantes*. CEPAL – *Serie Políticas Sociales*. Santiago. n. 153, nov. 2009, p. 29.

quis explicitamente que o reconhecimento dos direitos fundamentais não fosse puramente retórico, mas sim que tivesse eficácia prática”.²⁶⁶ Este processo de constitucionalização dos direitos, por conseguinte, foi complementado por um movimento conjunto latino-americano de fortalecimento do Poder Judiciário nas Constituições. Esta fortificação deu-se não somente no que diz com a concessão de uma maior independência ao terceiro poder, como também relativamente à atribuição do papel de guardião dos direitos e das garantias fundamentais positivadas, bem como de instância de controle dos poderes políticos. Afirma Rodrigo Uprimny que isto ocorreu também em decorrência do histórico de abuso dos poderes presidenciais latino-americano e de seus documentos constitucionais, em geral, marcadamente hiperpresidencialistas.²⁶⁷

Desta forma, alguns traços foram marcantes na elaboração e na reforma das Constituições no marco da redemocratização da América Latina. Do mesmo modo, estes demonstram-se relevantes para a atual conjuntura que vem desenhando-se nos países latino-americanos. Dentre eles podem-se mencionar a vasta constitucionalização de direitos e garantias fundamentais que vão além dos direitos individuais, abarcando, em grande monta, a proteção de novos direitos, tais como o da cultura indígena e do meio ambiente, bem como a manutenção da estrutura conservadora da sala de máquinas da Constituição. No mesmo sentido, outro ponto fundamental que acompanhou a positivação dos direitos foi o fortalecimento da instância judicial e a criação de novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, no intuito de não permitir que estes direitos se tornassem meras declarações desprovidas de significado, enfim, que virassem direitos de papel.

Estas três características terão consequências fundamentais no processo de ascensão dos Tribunais e de judicialização da política na América Latina. É tendo elas como pano de fundo que se desenvolveu o que ficou conhecido como o *novo constitucionalismo latino-americano*, influenciado pelo neoconstitucionalismo, que as Cortes se viram empoderadas perante as instâncias de decisão política, que quedaram esvaziadas.

²⁶⁶ Tradução livre do original: “[...] la mayor parte de las reformas quiso explícitamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales no fuera puramente retórico sino que tuviera eficacia práctica”. UPRIMNY, Rodrigo. **Las Transformaciones Constitucionales Recientes en America Latina: Tendencias y desafíos**. Disponível em : <https://ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimny_constitucionalismo_latinoamericano.pdf> Acesso em: 13 de jul. 2016, p. 6.

²⁶⁷ *Idem*, p. 10.

1.2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A TECNOCRACIA

O movimento de elaboração de novas Constituições ou de reformas das cartas constitucionais existentes que se deu na América Latina, no fim do Século XX e início do Século XXI, não veio desacompanhado de teorias que tinham por norte prover uma fundamentação para o novo momento constitucional que se instaurava no bloco. Com a inscrição nas Constituições de diversos direitos e garantias fundamentais, que possivelmente poderiam colidir, e o reforço da autoridade judicial por elas promovido, a necessidade desta nova corrente doutrinária foi justamente encontrar uma teoria jurídica que criasse para o intérprete ferramentas por meio das quais ele pudesse lidar com estes novos problemas constitucionais, o que, ao mesmo tempo, concedia ao ator jurídico papel protagonista na implementação dos preceitos constitucionais.

Como bem se pode observar pelo título da presente seção, o *novo* constitucionalismo, pressupõe a existência de um *velho*, que se quer deixar para trás. Este novo paradigma vem na busca de um constitucionalismo forte, que tenha reflexos em todas as áreas da sociedade.²⁶⁸ A pretensão do novo constitucionalismo é observar a Constituição como documento formulado democraticamente e partir disto retirar a sua normatividade. Propõe ele, portanto, ser uma teoria democraticamente legitimada da Constituição.²⁶⁹ Para isso, a nova onda constitucional tem por premissa o fato de que a Constituição é fruto de uma resposta a reivindicações sociais e políticas, que culminaram em Assembleias Constituintes amplamente democráticas²⁷⁰ e que objetivaram romper com a antiga ordem, inclusive mediante a inclusão referências simbólicas nos textos constitucionais, tal como a alteração da denominação de “República da Venezuela” para “República Bolivariana da Venezuela” ou de “República da Bolívia” para “Estado Plurinacional da Bolívia”.²⁷¹

²⁶⁸ DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas Constituintes e Novo Constitucionalismo en América Latina*. **Tempo Exterior**. n. 17, jul/dez, 2008.

²⁶⁹ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **¿Se Puede Hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?** Universidad de Valencia. 2010, p. 05.

²⁷⁰ Esta assertiva, no entanto, pode ser contestada pelo fato de que na grande maioria dos processos constituintes, do brasileiro ao boliviano, setores políticos tradicionais apropriaram-se dos processos constituintes. No brasileiro, a partir do fato de que a Assembleia Constituinte foi orquestrada pelos militares que deixavam o poder, conforme já foi exposto. No caso da Bolívia denota-se a existência de forças resistentes à ampla democratização especialmente no que tange à vedação ao latifúndio pelo artigo 398 da Constituição, uma vez que esta atinge somente as propriedades a partir da promulgação da Constituição, não atingindo os latifúndios já existentes e, portanto, não logrando em efetivar uma reforma agrária. Sublinhe-se que isto não necessariamente descaracteriza o nível de inclusão que tiveram as Assembleias Constituintes.

²⁷¹ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *op. cit.*, p. 13.

O novo constitucionalismo latino-americano retira do neoconstitucionalismo²⁷² uma das características mais marcantes deste último: as Constituições estão repletas de princípios e a ordem normativa deve curvar-se perante eles. Com a inscrição principiológica dos textos constitucionais o interprete último da Constituição, inevitavelmente, acaba sendo o juiz constitucional, o qual deve pautar-se pelas teorias interpretativas neoconstitucionais, tais como aquelas sustentadas, por exemplo, por Robert Alexy ou por Ronald Dworkin. Também isso se dá na medida em que o novo constitucionalismo latino-americano é marcado pela supremacia da Constituição, especialmente por meio da instituição do controle concentrado de constitucionalidade, que é visto como elemento essencial para a consolidação democrática,²⁷³ e cujo problema do déficit democrático nele inculcado é “solucionado” precisamente através do critério interpretativo, ou, no caso boliviano, mais coerentemente, pela eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional por meio do sufrágio universal, conforme previsão do artigo 198 da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

No entanto, ainda que os advogados do novo constitucionalismo latino-americano, tais como Rubén Martínez Dalmau e Roberto Pastor, sustentem que ele é marcado por processos constituintes amplamente democráticos, tendo instituído um novo paradigma constitucional, especialmente por serem os novos documentos constitucionais pautados pela originalidade, tanto em relação à criação de novos mecanismos que fomentam a participação popular direta como em relação ao reconhecimento e à proteção dos direitos e das garantias fundamentais, a realidade, em certa medida, contradiz esta visão otimista. Veja-se, por exemplo, o caso da Venezuela, cuja Constituição, do ano de 1999, fomenta a utilização de ferramentas de democracia direta em detrimento da representativa, sobre a qual afirma Dalmau ter a sociedade imposto sua vontade tanto sobre o avanço das melhoras das condições de vida como sobre a distribuição da renda advinda do petróleo,²⁷⁴ carro chefe da economia do país. A prática do país, contudo, não se vê representada por esta afirmação. Sobre os mecanismos de participação direta venezuelanos, afirma Miriam Kornblith:

Desde o ponto de vista de seu impacto institucional a experiência venezuelana com a consagração e o uso de instrumentos de democracia direta é mista. Sua inclusão constituiu um avanço institucional e enriqueceu as possibilidades de participação da população. O contato direto com seu uso produziu uma valoração da participação como um direito cidadão, e a capacidade para apreciar a eficácia destes mecanismos.

²⁷² Elival da Silva Ramos aponta que, no Brasil, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como fator teórico de impulsão do ativismo judicial dos Tribunais. In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294.

²⁷³ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁴ DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas Constituintes e Novo Constitucionalismo en América Latina. Tempo Exterior*. n. 17, jul/dez, 2008, p. 11.

Não obstante, ao ser concebidos como fórmulas para debilitar a democracia representativa e para consolidar uma ordem política articulada em torno o tripé “caudilho-exército-povo” (Ceresole) se dilui sua eficácia como instrumentos renovadores da democracia. Desafortunadamente, a dinâmica sociopolítica venezuelana está francamente perdida frente ao autoritarismo, e a retórica da democracia direta “participativa e protagonista” servindo como fórmula legitimadora deste modelo. Nesta nova etapa, incluso os instrumentos convencionais da democracia poderão ser degradados, e ficarão subordinados ao chamado poder comunal e ao personalismo crescente da ordem emergente. É possível que a experiência recente com a democracia direta, com suas falhas e limitações, sirva de instrumento para resistir a carga antidemocrática do chamado “socialismo bolivariano”.²⁷⁵

A pouca utilização dos mecanismos de democracia direta²⁷⁶ na Colômbia também desmancha substancialmente esta visão deveras colorida pintada pelos constitucionalistas sobre a capacidade do novo constitucionalismo latino-americano. O caso colombiano é ímpar deste ponto de vista, uma vez que a Constituição de 1991, antes de fomentar a participação democrática direta, foi precisamente na direção oposta: criou o órgão que, dentre os três poderes, é o menos democrático: a Corte Constitucional, que é reconhecida mundialmente por seu alto nível de ativismo judicial. Por meio do constitucionalismo forte, do reforço da independência judicial e da instituição da Corte Constitucional Colombiana, a Constituição de 1991 criou instrumentos que possibilitaram a ascensão das teorias interpretativas principiológicas neoconstitucionais, as quais, por sua vez, concedem posição privilegiada para o intérprete do direito:

[...] na decifração e aplicação de um consenso axiológico fundamental representado juridicamente pelas normas – principalmente pelos princípios – constitucionais, com

²⁷⁵ Tradução livre do original: “Desde el punto de vista de su impacto institucional la experiencia venezolana con la consagración y uso de instrumentos de democracia directa es mixta. Su inclusión constituyó un avance institucional y enriqueció las posibilidades de participación de la población. El contacto directo con su uso produjo una valoración positiva de la participación como un derecho ciudadano, y la capacidad para apreciar la eficacia de estos mecanismos. No obstante, al ser concebidos como fórmulas para debilitar a la democracia representativa y para consolidar un orden político articulado en torno del trípode “caudillo-ejército-pueblo” (Ceresole) se diluye su eficacia como instrumentos renovadores de la democracia. Desafortunadamente, la dinámica sociopolítica venezolana está francamente enrumbada hacia el autoritarismo, y la retórica de la democracia directa “participativa y protagónica” funge como fórmula legitimadora de ese modelo. En esta nueva etapa, incluso los instrumentos convencionales de la democracia podrán ser degradados, y quedarán subordinados al llamado poder comunal y al personalismo creciente del orden emergente. Es posible que la experiencia reciente con la democracia directa, con sus fallas y limitaciones, sirva de asidero para resistir la carga antidemocrática del llamado ‘socialismo bolivariano’”. KORNBLITH, Miriam. *Democracia Directa y Revocatoria de Mandato en Venezuela*. In: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). **Democracia Directa en Latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, p. 128.

²⁷⁶ DE LA CALLE, Humberto. *Instrumentos de la democracia directa: El caso de Colombia*. In: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). **Democracia Directa en Latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

vistas a promover valores, ou estados ideais de coisas, das quais, sem mandato político qualquer, foi ele eleito guardião.²⁷⁷

O deslocamento do poder decisório ao Poder Judiciário – que até o marco da redemocratização tinha papel coadjuvante - nas jovens democracias latino-americanas pode ser compreendido também do fato de que ocorreu como fenômeno mundial uma implosão do Estado Social (jamais implementado de forma real na América Latina) e uma valorização do processo decisório tecnocrático em Estados com tradição jurídica de *civil law* e, portanto, com alta produção normativa. Neste cenário, precisamente por esta expansão do valor conferido à decisão embasada na técnica, o Judiciário vê-se inevitavelmente empoderado, na medida em que a partir da justificação fornecida pelas teorias neoconstitucionais e pelo movimento do novo constitucionalismo latino-americano este é observado como o portador da tecnicidade jurídica necessária para implementar os valores constitucionais positivados, bem como pela existência de um alto nível de demandas passíveis de acionamento judicial.

O Judiciário, neste contexto, concebido como poder técnico, alheio às tentações da arena político-partidária, dotado de uma maior capacidade ética e moral (ainda que, uma vez testada, esta não possa ser empiricamente confirmada)²⁷⁸ fez-se o ator perfeito para ser o guardião dos “consensos” políticos da sociedade prescritos nos textos constitucionais. Curioso é, no entanto, que ao mesmo tempo em que ao Poder Judiciário foi outorgada esta capacidade de ser o guardião destes consensos sociais, esta nova corrente do constitucionalismo latino-americano é marcada pelo reconhecimento da diversidade e da pluralidade.²⁷⁹ De qual o “consenso”, portanto, seria o Judiciário o guarda?

A importação de teorias constitucionais a partir das quais as Cortes exercem funções de responsabilização (*horizontal accountability function*) dos demais poderes,²⁸⁰ estimulada por agências internacionais tais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional,²⁸¹ e a sua inscrição nos textos constitucionais, antes de efetivamente refrear abusos de poder por parte do Executivo ou do Legislativo, revelou-se uma erva daninha que vem corroendo o

²⁷⁷ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático.** 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 148-149.

²⁷⁸ *Idem*, p. 87.

²⁷⁹ UPRIMNY, Rodrigo. **Las Transformaciones Constitucionales Recientes en America Latina: Tendencias y desafíos.** Disponível em: <https://ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimmy_constitucionalismo_latinoamericano.pdf> Acesso em: 13 de jul. 2016, p. 2.

²⁸⁰ WILSON, Bruce et al. **Courts and Power in Latin America and Africa.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 11.

²⁸¹ SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. *In: _____; _____; ANGELL, Alan (Ed.). The Judicialization of Politics in Latin America.* Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005, p. 02.

esquema de separação dos poderes. Algumas reformas constitucionais ocorridas na América Latina, ao final do Século XX, verdadeiramente fomentaram proeminência do ator jurídico em detrimento do político, o que efetivamente conduziu a um estímulo ao ativismo judicial, como são os casos da Colômbia e da Costa Rica que posteriormente serão abordados.

Afirma João Pedro Pádua:

[...] a transferência progressiva do centro de decisões políticas da sociedade, das arenas políticas tradicionais para o poder Judiciário e a comunidade jurídica que o circunda serve para estabelecer um domínio político dos detentores da técnica do manejo das normas e da ordem jurídica. Servem, portanto, para estabelecer uma *tecnocracia jurídica*.²⁸²

Na terminologia Weberiana, com a ascensão da tecnocracia jurídica implementada pelas Constituições elaboradas no marco da redemocratização, institui-se a *dominação graças ao saber*.²⁸³ O problema disto consiste no fato de que a ascensão da cultura da tecnocracia nos ordenamentos jurídicos latino-americanos, com destaque para o brasileiro, tornou-se uma patologia, uma doença do sistema constitucional. Na esteira de Lenio Streck:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, *é necessário reconhecer que as características desse “neconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas* que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição.²⁸⁴

Portanto, aqui, pode-se dizer que os mecanismos que ampliaram as possibilidades de busca e de acesso ao Poder Judiciário nas novas Constituições fomentaram um ambiente de judicialização, na medida em que maximizaram a possibilidade de que as demandas sociais fossem traduzidas em demandas judiciais, o que por sua vez, teve como uma de suas consequências a transferência da instância decisória dos poderes políticos para o Judiciário, resultando no enfraquecimento, antes que no empoderamento, do potencial democrático da cidadania, na medida em que, no caminho, perdeu-se algo de valioso no que diz com o autogoverno. Nesta leitura, limitou-se o poder decisório da população para a sua auto definição como sujeitos de direitos dentro da comunidade política.

²⁸² PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecnocracia Jurídica**: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008, p. 89.

²⁸³ WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 179.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46. Grifo nosso.

1.3 ESVAZIAMENTO DEMOCRÁTICO: A SALA DE MÁQUINAS, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SUPREMACIA JUDICIAL

Por um lado, a constitucionalização de um amplo catálogo de direitos e de garantias fundamentais nas novas e reformadas Constituições latino-americanas representou grandes avanços em termos de pretensão e de eficácia normativas, demonstrando uma verdadeira intenção de inclusão democrática e cidadã de sociedades que jamais haviam experimentado de fato a ampla e efetiva participação política. Por outro, a inscrição constitucional de um direito menoscaba a possibilidade de que ele possa ser debatido e definido politicamente, o que inevitavelmente diminui os espaços que a política ocupa dentro da sociedade. Daí, em uma primeira análise, provém o esvaziamento democrático.

Esta evacuação das esferas democráticas, contudo, pode ser enxergada a partir de uma outra perspectiva: a da ineficácia das instituições criadas pelos novos documentos constitucionais. A história demonstrou a esterilidade da organização do poder instituída pelas novas Constituições para a realização dos direitos fundamentais, de forma que:

[...] o grande tensionamento que se consolidou como ferramenta para esse efetivo exercício foi o fenômeno da judicialização, que desnuda consequências gravosas para o campo da relação entre o direito e a política, podendo abalar consideravelmente o espaço de alargamento democrático das sociedades latino-americanas.²⁸⁵

É importante destacar aqui também o diagnóstico de Roberto Gargarella sobre a ineficácia da institucionalidade das novas Constituições latino-americanas no cumprimento e na realização dos direitos fundamentais. Na leitura do autor, o esvaziamento democrático pode ser compreendido a partir da exaustão da sala de máquinas, na medida em que ela não foi desenhada para atender aos reclames da população que pede pela efetivação das suas novas garantias inscritas nos textos constitucionais, ao mesmo tempo que foi criada para fomentar a inacessibilidade desta cidadania ao processo de tomada de decisão política. A constitucionalização dos direitos e a fortificação do controle de constitucionalidade, em um panorama institucional exausto, providenciam o cenário ideal para a formulação de demandas políticas em terminologia legal (traço marcante da judicialização), de forma que “Esta

²⁸⁵ BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos Sociais e Justiça de Transição: Contribuições ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. v. 19, n. 2, p. 627-661, mai-ago 2014, p. 636.

estrutura serve para encorajar a transferência para as cortes de problemas que devem, *prima facie*, ser resolvidos pela esfera política”.²⁸⁶

A busca pelo Judiciário como saída institucional, neste contexto, por meios dos novos mecanismos e instrumentos judiciais, que facilitaram o acesso às Cortes, criados pelas Constituições, demonstra-se lógica. Portanto, a constitucionalização do debate político, fruto da adoção de cartas constitucionais que contém extensas cartas de direitos fundamentais, acarreta a judicialização na medida em que as Constituições não são dotadas de estruturas organizacionais de poder que possibilitem sua efetivação. A judicialização, entendida a partir da concepção formulada no ponto 2 do capítulo precedente, advém da busca da cidadania por uma saída institucional para a implementação de seus direitos constitucionalmente previstos.

Daí que os espaços políticos começam a ser vistos como incompetentes e corruptos, incapazes de promover a efetivação da Constituição, ao passo que o Judiciário começa a ser enxergado das lentes da técnica – apolítica e neutra -, e, partir disso, esta técnica começa a paulatinamente ser cada vez mais vista como melhor em detrimento do processo de tomada de decisão política (corrupto e irracional). Esta desresponsabilização da esfera política pode ser vista a partir de dois prismas. O primeiro é o da isenção na tomada da decisão, na medida em que o poder político decide, a uma, a partir de estudos técnicos que fundamentam suas escolhas desincumbindo-o da responsabilidade, e a duas porque o agente político sabe que a sua decisão será posteriormente revisada pelo Poder Judiciário. O segundo é o da deliberada transferência do poder decisório para o Tribunal, liberando o ator político da responsabilidade que a decisão contém. A delegação do poder decisório dos políticos às Cortes pode ser observada a partir de um contexto no qual ela pode significar manutenção do *status quo* do poder, na medida em que tal transferência da resolução dos conflitos acarreta a isenção dos políticos da responsabilidade pela tomada de decisão, “reduzindo, portanto, os riscos para si mesmos e para o aparato institucional dentro do qual eles operam”²⁸⁷ e partir do qual eles beneficiam-se.

Analisando os fundamentos políticos da supremacia judicial, Keith Whittington deu ênfase para o fato de que os atores políticos usualmente assumem posição de deferência para com as decisões do Poder Judiciário em razão de ser útil na realização de seus objetivos

²⁸⁶ Tradução livre do original: “This framework serves to encourage the transfer to the courts issues that ought, *prima facie*, to be resolved in the political sphere”. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 15.

²⁸⁷ Tradução livre do original: “[...] thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate”. *Idem*, p. 39.

políticos.²⁸⁸ A expansão do Poder Judicial contribui, neste contexto, não somente para a assunção de papel de proeminência pelas Cortes, mas acarreta a corrosão da representatividade política das esferas eleitas e responsáveis perante a sociedade civil, na medida em que uma vez feita a transposição do foro no qual a decisão política é tomada, a arena transposta deixa de ser responsabilizada, passando-se este poder para uma esfera não politicamente responsável:

Em tal sentido, poderia dizer-se que a introdução de maiores direitos tende a expandir o poder dos órgãos judiciais, que aparecem assim como os principais encarregados de custodiar os direitos incorporados na Constituição. Este resultado, novamente, torna-se paradoxal se observado como produto de iniciativas de caráter progressista. De fato, o que parece ter ocorrido é que a introdução de novos direitos (destinada a favorecer as políticas progressistas) termina provocando, institucionalmente, o robustecimento do poder dos funcionários públicos mais alheios à discussão pública, mais blindados frente ao controle popular, menos sujeitos às pressões da cidadania.²⁸⁹

Da breve explanação realizada na seção precedente sobre os processos constituintes e reformadores ocorridos na América Latina, ao fim do Século XX e início do XXI, é pertinente a colocação de Ran Hirschl de que o fundamento político da juristocracia, da constitucionalização e da politização dos direitos está fundado na preservação hegemônica do poder. Isso porque, os processos constituintes da latino-américa foram marcados por legislaturas constituintes, desprovidas de participação popular, que optaram pela manutenção da estrutura conservadora da sala de máquinas da Constituição fruto do pacto liberal-conservador.

O autor fundamenta sua teoria da preservação hegemônica na análise dos ordenamentos jurídicos e as recentes promulgações de cartas de direitos na África do Sul, em Israel, na Nova Zelândia e no Canadá. A partir do estudo, concluiu que a teoria da preservação hegemônica está pautada em três condições: (1) o poder de decisão majoritário das elites está ameaçado por grupos minoritários; (2) o Poder Judiciário possui reputação de

²⁸⁸ WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 18.

²⁸⁹ Tradução livre do original: “En tal sentido, podría decirse que la introducción de mayores derechos tiende a expandir el poder de los órganos judiciales, que aparecen así como los principales encargados de custodiar los derechos incorporados en la Constitución. Este resultado, nuevamente, se vuelve paradójico si se lo observa como producto de iniciativas de carácter progresista (destinada a favorecer políticas progresistas) termina provocando, institucionalmente, el robustecimiento del poder de los funcionarios públicos más ajenos a la discusión pública, más blindados frente al control popular, menos sujetos a las presiones de la ciudadanía”. GARGARELLA, Roberto. Apuntes Sobre el Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XIX: Una mirada histórica. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. v. 25, p. 30-48, 2010, p. 38.

imparcialidade e retidão política; e (3) quando os Tribunais estão geralmente inclinados a decidir em consonância com as preferências ideológicas e culturais hegemônicas.²⁹⁰

No cenário da América Latina, a primeira constatação pode ser observada precisamente a partir do fato de que muitas Constituições foram fruto de transições “pacíficas” e de pressões sociais na luta pela democracia (“minorias”), nas quais aqueles que se beneficiaram dos regimes autoritários não foram responsabilizados, ao mesmo passo em que lograram conservar estruturas de poder conservadoras dentro dos textos constitucionais. A segunda, por sua vez, dá-se precisamente no momento histórico da ascensão da tecnocracia jurídica, isto é, da percepção da política como espaço da corrupção e da ineficiência, ao passo em que o Tribunal é visto como esfera apolítica, e neutra, independente das pressões político-partidárias, de forma que se faz o guardião perfeito dos direitos consagrados nas Constituições. A terceira, por sua vez, pode ser enxergada da ótica de que as sociedades latino-americanas são extremamente desiguais, de forma que o acesso à universidade é restrito. Aqueles que logram aceder ao ensino superior e às carreiras jurídicas, portanto, usualmente advém das camadas sociais mais privilegiadas, das elites culturais hegemônicas.

Na América Latina, a crise da representatividade e os altos níveis de corrupção que levam a população a desacreditar na capacidade dos processos políticos, são, sem dúvida, fatores que contribuem para a busca pela sociedade de outra solução institucional às suas demandas sociais. Nesse sentido, a descrença na política vem como consequência da incapacidade dos governantes eleitos em realizar seus planos de Governo, seja em razão da corrupção, seja em razão da real impossibilidade de fazê-lo. Na mesma direção, vai a falta de mecanismos institucionais que possibilitem um controle efetivo da sociedade sobre os Poderes Executivo e Legislativo. Em esquemas constitucionais pautados pela soberania popular, tais como os latino-americanos, a ausência de mecanismos que efetivamente permitam que ela seja exercida diretamente pela população é fator decisivo para a crise da representatividade e para o descrédito na capacidade da política de atender às demandas sociais.

Neste contexto, ainda que a teoria moderna da revisão judicial de constitucionalidade esteja pautada na perspectiva de que um Poder Judiciário independente e autônomo que funcione como instrumento institucional de freio e de controle (*accountability*) das possíveis

²⁹⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 98.

ilegalidades que possam advir dos Poderes Executivo e Legislativo,²⁹¹ através do exercício do poder contramajoritário, os panoramas político-jurídicos dos países da latino-américa contradizem esta assertiva teórica. Isto é, ainda que a teoria do controle horizontal, por meio da qual os poderes controlam-se e responsabilizam-se entre si, traga a possibilidade de que os Tribunais possam servir como mecanismos de controle aos excessos dos demais poderes na medida em que permite que indivíduos e grupos de interesse tenham acesso ao Judiciário objetivando proteger seus direitos fundamentais, isso não necessariamente implica na hipótese de que o Poder Judiciário está obrigado a agir na função contramajoritária. Um exemplo disso são as decisões que serão analisadas na seção destinada ao Brasil, uma vez que nelas poder-se-á constatar que o próprio Supremo Tribunal Federal foi o agente violador dos direitos e das garantias constitucionais.

Aí assenta-se a verdadeira problemática da supremacia judicial. A supremacia judicial, fundamentada politicamente em ordenamentos jurídicos nos quais há a judicialização das demandas políticas e altos níveis de ativismo judicial, transfere uma autoridade tamanha às Cortes sem que haja, no entanto, o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem o exercício do controle horizontal do Tribunal pelos demais poderes, na medida em que estes, ao delegarem sua autoridade ao Tribunal, deixaram a possibilidade da Corte ser uma espécie de poder político *de fato*.²⁹² Isto é, transfere-se uma autoridade ao Poder Judiciário, esperando-se que ele realize sua função contramajoritária no controle de constitucionalidade, sem ter-se previsto a possibilidade de este tão simplesmente atuar como mais um ator político no esquema de poderes, ou seja, sem que haja a previsão de alguma espécie de mecanismo que controle dos abusos que podem ser cometidos pelo próprio Judiciário. É em um contexto

²⁹¹ WILSON, Bruce et al. **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 15-16.

²⁹² Lenio Luiz Streck vê nesta alteração no balanceamento entre os poderes, em países de modernidade tardia, um fator positivo, na medida em que concebe a necessidade de intervenção da jurisdição constitucional no processo de implementação dos direitos fundamentais (em que pese o autor não negue que algumas decisões judiciais, especialmente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, podem usurpar a força normativa da Constituição). O autor defende a possibilidade de uma hermenêutica jurídica que seja avessa a discricionariedades, isto é, que conforme efetivo limite às decisões judiciais. Isto é, o constitucionalista da Universidade do Vale do Rio dos Sinos sustenta uma hermenêutica que estabeleça “as condições necessárias para que, por intermédio da reconstrução da história institucional do direito, seja possível indicar os limites da atuação do Poder Judiciário, vale dizer, quando este age em função de um argumento de princípio ou quando sua atuação está embasada em meros argumentos de política”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204. Neste sentido, o autor propõe uma teoria da decisão judicial, cujo cerne é a concretização da Constituição, embasada em cinco princípios: (1) preservar a autonomia do direito; (2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; (3) o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; (4) o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; e (5) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. *Idem*, p. 601-620.

em que o próprio guardião da Constituição é o seu violador que a supremacia judicial se faz patológica.

2 COLÔMBIA

A Colômbia é, por muitas razões, um paradoxo tanto em nível de seguir o padrão apresentado pelos demais países latino-americanos quanto em nível de estabilidade democrática. Relativamente ao primeiro ponto, o país destaca-se por uma estabilidade constitucional não experienciada por nenhum outro país situado na América Latina, dado que a Constituição colombiana de 1886 ficou em vigor por mais de cem anos, sendo substituída somente pela atual carta constitucional promulgada no ano de 1991. No que concerne ao segundo ponto, é a democracia *formal* latino-americana que se prolongou pelo maior período de tempo, com maior número de eleições periódicas que qualquer outro país da região.²⁹³ Chegou-se a comparar a política colombiana e sua prática eleitoral a um tipo de esporte, ao qual assistiam os cidadãos colombianos como a uma partida de futebol, dado que poucos países em todo o mundo tiveram tantas eleições regionais e nacionais quanto a Colômbia.²⁹⁴

Posto isto, dá-se ênfase à palavra formal, no emprego da terminologia “democracia formal”, tendo em vista que a Colômbia tem sérios problemas de violência interna e de decretações de Estados de Sítio que concedem poderes extraordinários ao Presidente. É quase um país em estado permanente de exceção. Entre a década de 1970 e o ano de 1991, quando foi promulgada a atual Constituição, a Colômbia passou 82,1% deste período em estado de emergência decretado pelo Poder Executivo.²⁹⁵ É nesse sentido que é a experiência colombiana um paradoxo, dado que o país logrou fazer subsistir uma aparente democracia, um regime civil relativamente estável com eleições periódicas e crescimento econômico durante períodos extremamente violentos de sua história.²⁹⁶

²⁹³ UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary: The accountability function of Courts in new democracies**. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 49-50.

²⁹⁴ BUSHNELL, David. Política y Partidos en el Siglo XIX: Algunos antecedentes históricos. In: SÁNCHEZ, Gonzalo; PEÑARADA, Ricardo, org. **Pasado y Presente de la Violencia en Colombia**. 2. ed. Fondo Editorial CEREC: Bogotá, 1995, p. 82.

²⁹⁵ UPRIMNY, Rodrigo. *op. cit.*, p. 65.

²⁹⁶ MEJÍA, Alvaro Tirado. Violence and the State in Colombia. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998, p. 118.

2.1 ESTADO DE PERMANENTE EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1991

Sobre a égide da Constituição de 1886 o Estado de Sítio estava previsto em seu artigo 121. O dispositivo constitucional autorizava a concessão de poderes especiais ao Presidente nas situações de guerra exterior ou de comoção interior, sem prever período de tempo no qual poderia vigorar a declaração. Nesse sentido, pode-se compreender o histórico de abuso do instituto do Estado de Sítio ante a constituição de 1886, dado que uma situação que deveria dar-se em casos excepcionais, ante a falta de regulamentação temporal, mas não somente em razão dela, tornou-se situação de normalidade.²⁹⁷

Afirma Rodrigo Uprimny:

Este regime de Estado de Sítio foi criado com o propósito de regular somente crises. Contudo, na prática, tornou-se instrumento ordinário de Governo, em pelo menos três maneiras. Primeiro, a Colômbia viveu sob este regime na maior parte do tempo. A Colômbia esteve sob o Estado de Sítio por mais de 30 dos 42 anos entre 1949 e 1991. Segundo, grandes e importantes reformas legais foram adotadas através de decretos de sítio, que eram legalizadas pelo Congresso. Em resumo, o Presidente tornou-se um legislador de *facto*. Por último, o quase permanente Estado de Sítio colocou profundas restrições nas liberdades constitucionais. Durante a década de 1970, muitos protestos sociais, como greves de trabalhadores, foram suprimidos através de asserções extraordinárias do poder executivo; liberdade de associação, movimento e expressão eram limitadas continuamente.²⁹⁸

O controle judicial de constitucionalidade dos decretos presidenciais anteriormente à Constituição de 1991 e a criação da Corte Constitucional, era realizado pela Corte Suprema de Justiça. Sua doutrina, entretanto, era a de que a decisão de declaração de Estado de Sítio era eminentemente política, de forma estes atos não poderiam passar pelo escrutínio judicial quanto ao seu conteúdo material, mas tão somente no que concernia ao preenchimento dos requisitos formais,²⁹⁹ isto é, se o decreto era assinado pelo Presidente e por seu gabinete. A partir de 1980, entretanto, a Corte Suprema de Justiça assumiu posição relativamente mais

²⁹⁷ GIL, Pedro Pablo Vanegas. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. **Revista Derecho del Estado**. n. 27, p. 261-290, 2011, p. 266.

²⁹⁸ Tradução livre do original: “This state of siege regime was created for the purpose of addressing crises alone. However, in practice, it became an ordinary instrument of government, in at least three different senses. First, Colombia has lived under this regime most of the time. Colombia was under state of siege for more than 30 of the 42 years from 1949 to 1991. Second, large and very important legal reforms were adopted by means of siege decrees, which were then legalized by Congress. In short, the president became a de facto legislator. Last, but not least, the almost permanent state of siege has placed deep restrictions on constitutional liberties. During the 1970’s many social protests, like worker’s strikes, were suppressed by extraordinary assertions of executive power; freedom of association, movement and expression were encroached upon continuously”. UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary: The accountability function of Courts in new democracies**. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 51.

²⁹⁹ *Idem*, p. 54.

estrita no controle dos decretos presidenciais,³⁰⁰ tendo declarado diversos decretos inconstitucionais por falta de conexão entre os fatos apresentados pelo Presidente com a causa da perturbação social alegada.

Nesta senda, a sentença nº 20 de 1987 proferida pela Corte Suprema de Justiça teve importância ímpar para a ordem constitucional colombiana, tendo, com o texto constitucional de 1991, sido constitucionalizada. No julgado foi reconhecida a inconstitucionalidade do decreto nº 3.671 de 1986, o qual autorizava o julgamento de civis por Tribunais Militares, com o fundamento que a assinalar a Tribunais Militares o conhecimento e julgamento de civis implicaria na alteração do equilíbrio de poderes, de forma que as urgências momentâneas não seriam justificativa suficiente para alteração das normas constitucionais de distribuição de competências entre os ramos do poder público.

Foi neste contexto, de progressiva, ainda que lenta, mudança na jurisprudência da Corte Suprema de Justiça que foi elaborada e promulgada a Constituição Política da Colômbia de 1991. O papel da Corte Constitucional criada pela Constituição de 1991, segundo entende Manuel José Cepeda, teve importância chave na transição da antiga ordem normativa para a nova carta constitucional. Isso devido ao fato de, segundo ele, haver resistência na implementação de uma democracia participativa, em razão das objeções apresentadas pelos integrantes do Congresso na implementação dos preceitos constitucionais.³⁰¹

A raiz da prática do Executivo de decretar indiscriminadamente o Estado de Exceção (na vigência da Constituição de 1991) ou de Sítio (na vigência da Constituição de 1886) está diretamente ligada ao histórico de violências³⁰² colombiano. Isso porque o país apresenta um dos maiores índices de homicídios do mundo,³⁰³ além de vários conflitos internos ligados tanto às guerrilhas, como às Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia e o Exército da Liberação Nacional, como ao narcotráfico, ligado ao intitulado cartel de Medellín.

³⁰⁰ UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 55.

³⁰¹ CEPEDA, José Manuel. Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The role of the Constitutional Court. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia**: The politics of reforming the state. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998, pg. 71.

³⁰² MEJÍA, Alvaro Tirado. Violence and the State in Colombia. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia**: The politics of reforming the state. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998, pg. 112.

³⁰³ No estudo apresentado pelas Nações Unidas no ano de 2013, a Colômbia apresentou índice de 30,8 homicídios por cada 100 mil habitantes, sendo o segundo país em número de homicídios da América do Sul, estando somente atrás da Venezuela. Importante destacar que, no mesmo estudo, apontou-se que as taxas de homicídio colombianas vem caindo desde o ano de 1996. Entre os anos de 1993 e 1995 o país apresentou taxa de mais de 80 homicídios por cada 100 mil habitantes. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf. Acesso em: 21 abr. 2016.

A análise apresentada por Rodrigo Uprimny, em que pese reportar-se somente aos anos após a Constituição de 1991, demonstra a ligação entre a violência e a decretação do Estado de Exceção. Dos doze decretos presidenciais por ele abordados, sete deles estavam relacionados ao fator violência³⁰⁴ (entre os motivos dos decretos foram listados: guerrilhas, greve na polícia, libertação de prisioneiros perigosos, aumento generalizado da violência). Ante esta utilização maximizada, a trivialização do uso do instituto pelo Poder Executivo é assimilável na medida em que: a uma, é empregado de forma excessiva em um país onde a violência é generalizada; e, a duas, é utilizado sem o controle dos motivos pelos quais ele justifica-se, o que abre margem para larga e indiscriminada discricionariedade na sua utilização.

É neste contexto que o trabalho da Corte Constitucional no controle da constitucionalidade dos decretos presidenciais de declaração de Estado de Exceção vem sendo aclamado no ordenamento jurídico colombiano, na medida em que compreendido como uma forma de freio ao abuso do Poder Executivo, prática corriqueira na Colômbia. Isso deriva também da relação estabelecida pela Constituição de 1991, dado que ela alterou fortemente a relação entre a sociedade e o Estado. Isto é, foi através de um pano de fundo constitucional que adota princípios de democracia participativa, empoderando a cidadania,³⁰⁵ que a Corte Constitucional teve a segurança institucional necessária para assumir papel ativo no controle de constitucionalidade das decretações de Estado de Exceção.

O objetivo da Constituição de 1991, no contexto político e social colombiano, foi o de incorporação da sociedade civil na implementação de uma democracia participativa, em um país onde as estruturas de poder e a institucionalidade não respondiam à uma cidadania que não tinha voz, abafada pela violência. O fortalecimento do Poder Judiciário, nesse sentido, também veio com este escopo. Este esforço da Constituição de 1991 de dar maior voz ao povo veio refletido em diversos artigos constitucionais, destacando-se dentre eles a abolição do instrumento que concedia poderes extraordinários ao Presidente, que não estava submetido a controle algum, e que mais bem representava um símbolo de violação de direitos humanos: o Estado de Sítio. Este não só foi substituído pelo Estado de Exceção, com regulações muito melhor definidas pelo texto constitucional, como também se instituiu previsão constitucional de que todos os decretos emergenciais deveriam ser automaticamente revisados pela Corte

³⁰⁴ UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary: The accountability function of Courts in new democracies**. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 57.

³⁰⁵ POSADA-CARBÓ, Eduardo. Reflections on the Colombian State: In search of a modern role. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998, pg. 7.

Constitucional,³⁰⁶ conforme a previsão do numeral 6 do artigo 214 da Constituição Política da Colômbia de 1991.

A Constituição de 1991, assim, introduziu profundas mudanças na organização de poderes, ainda que não tenham elas sido tanto textuais como fáticas, dado o empoderamento e a transferência de poderes tanto do Congresso como do Executivo à Corte Constitucional, que se demonstrou extremamente ativista. Fática e não formal na medida em que o texto constitucional de 1991 ainda possui uma organização de poderes conservadora, concentrada no Presidente da República, contudo, a despeito disso, a Corte Constitucional não hesitou no momento de assumir posição proeminente, fazendo de suas decisões, a palavra última sobre a Constituição. É a partir desta perspectiva que será abordada a atividade da Corte Constitucional e a supremacia judicial.

2.2 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A Corte Constitucional Colombiana, instituída pela Constituição de 1991, tem seus Magistrados eleitos pelo Senado, com mandatos de oito anos, estando vedada sua reeleição (artigo 239). Suas competências estão definidas no artigo 241 do texto constitucional, destacando-se, dentre elas, a possibilidade de revisão de constitucionalidade (material e formal) de Leis e decretos legislativos, a revisão das decisões judiciais proferidas em sede de ação de tutela e a revisão de constitucionalidade dos decretos legislativos editados com base nos artigos 213, 213 e 215 da Constituição, os quais tratam das modalidades do Estado de Exceção. O caráter progressista da jurisprudência da Corte em termos de proteção de direitos fundamentais é inusitado, especialmente em razão de apresentarem o direito e suas instituições, em geral, tendências conservadoras.³⁰⁷

Um dos fatores que pode ter ocasionado a assunção desta postura pela Corte Constitucional seria o fato de que a Corte Suprema de Justiça desde o ano de 1910, praticava o controle judicial de constitucionalidade, em razão de uma reforma constitucional à Constituição de 1886, que, pelo Ato Legislativo nº 3, concedeu à Corte, os poderes para o

³⁰⁶ CEPEDA, José Manuel. Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The role of the Constitutional Court. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo. **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998, pg. 73.

³⁰⁷ UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Souza, org. **Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002, p. 305.

exercício da revisão judicial das Leis.³⁰⁸ Neste contexto, ante a já assentada doutrina de revisão da constitucionalidade das Leis, quando do estabelecimento da Corte Constitucional em 1992, uma de suas preocupações não foi a necessidade de assentar sua legitimidade ante os demais poderes políticos,³⁰⁹ dado que a prática já era habitual no ordenamento jurídico colombiano.

Entretanto, vale salientar que a Corte Suprema de Justiça, que exercia a jurisdição constitucional antes da Constituição de 1991, tinha sua legitimidade mitigada por fatores tais como sua abordagem demasiadamente formalista dos casos que perante ela eram apresentados, bem como em razão da falta de mecanismos que diretamente ensejassem a proteção aos direitos fundamentais.³¹⁰ Desta forma, a CSJ tinha sérias dificuldades em adaptar e interpretar a palavra da Constituição de forma que esta fosse sentida frontalmente pelo cidadão, o que deslegitimava sua atuação frente à cidadania.

A Constituição de 1991, além de instituir a nova Corte, introduziu alterações no procedimento da revisão judicial de constitucionalidade, objetivando, justamente, a correção dos problemas apresentados pela Corte Suprema de Justiça. Aponta Manuel José Cepeda, que as alterações podem ser reunidas em quatro grupos. São eles:

- (i) uma expansão do sistema concreto de revisão através da *acción de tutela*, (ii) uma extensão da revisão *ex officio* a novos tipos de normas, incluindo uma definição mais precisa dos tipos de atos e decisões sujeitas ao escrutínio da Corte, (iii) um alargamento geral do escopo da aplicação da *actio popularis* e seu procedimento e (iv) a adoção de meios de contextualização da revisão judicial abstrata das leis.³¹¹

Neste contexto, a CCC não hesitou em assumir polêmica e inesperada posição progressista na defesa dos direitos fundamentais. Alguns fatores apontados como decisivos para a liberdade da Corte em assumir esta posição é a crise de representação política³¹² que

³⁰⁸ COLÔMBIA. Ato Legislativo nº 3 de 1910. Artigos 40 e 41. Disponível em: http://www.bdigital.unal.edu.co/224/62/acto_general_1909.pdf. Acesso em: 19 mar. 2016.

³⁰⁹ UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Souza, org. **Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002, p. 305.

³¹⁰ CEPEDA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The origins, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**. n. 4, v. 3, Janeiro, 2004, p. 529-700.

³¹¹ Tradução livre do original: “(i) an expansion of the concrete review system through the *acción de tutela*, (ii) an extension of *ex officio* review to new types of norms, including a more precise definition of the types of acts and decisions subjected to the Court’s scrutiny, (iii) an overall broadening of the scope of the application of the *actio popularis* and its procedure, and (iv) the adoption of means to contextualize abstract judicial review of laws”. *Idem*, p. 552.

³¹² Roberto Gargarella, analisando o que chamou de “crise do sistema representativo”, buscou as raízes desta crise no desenho das instituições republicanas durante as discussões constituintes de 1787 nos Estados Unidos. Segundo o autor, o próprio sistema dos pesos e contrapesos foi elaborado a partir de uma visão elitista, que

ocorre na Colômbia, bem como o fraco histórico de mobilização social³¹³ do país, de forma que, com a promulgação da Constituição de 1991, e com a entrada em funcionamento da Corte Constitucional em 1992, os conflitos pela proteção de direitos fundamentais foram judicializados na forma da ação de tutela.³¹⁴

A ação de tutela tem séria relevância na proteção aos direitos fundamentais na Colômbia, tendo em vista a desnecessidade de formalidades para instruir a representação perante o Judiciário. Nesse sentido, a ação de tutela torna desnecessária a representação por meio de advogado, podendo aquele que tem um direito fundamental violado reclamar diretamente a um juiz que, por sua vez, deverá responder da forma mais célere possível no prazo máximo de dez dias.³¹⁵ A figura da Corte Constitucional tem relevância em razão de que qualquer decisão proferida em uma ação de tutela pode por ele ser revisada,³¹⁶ bastando para isso que ela seja selecionada pelo Tribunal.

É indiscutível a importância da ação de tutela, especialmente no ordenamento jurídico colombiano no qual ela é muito utilizada pela cidadania em geral, e, em especial, pela População Deslocada Internamente em razão da violência dos conflitos armados. Uma conexão que pode ser feita é justamente que o alargamento em sua utilização e,

acarretou a radical separação entre a cidadania e seus representantes, de forma que este sistema antes de promover a deliberação, promove a negociação ou o bloqueio da discussão política, na medida em que está desenhado a partir do pressuposto da confrontação entre os diferentes ramos do Governo. Conclui Gargarella que, em realidade, o sistema representativo criado pelos chamados pais fundadores não está em crise, na medida em que foi desenhado para efetivamente impossibilitar a intervenção do cidadão comum no processo de tomada de decisão, uma vez que foi estruturado sob princípios elitistas. Neste sentido, o sistema representativo criado pelos pais fundadores norte-americanos, e posteriormente adotado por um sem-número de países latino-americanos, não estaria em crise, mas antes realizaria plenamente as funções para as quais foi desenhado. In: GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

³¹³ UPRIMNY, Rodrigo. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. n. 6, v. 4, 2007, p. 62.

³¹⁴ A tutela está prevista no artigo 86 da Constituição de 1991 que vem assim redigido: “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia (1991). Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

³¹⁵ COLÔMBIA. Decreto Legislativo 2951 de 1991. Artigo 29. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5304>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

³¹⁶ COLÔMBIA. Decreto Legislativo 2591 de 1991. Artigo 33. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5304>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

consequentemente, a proeminência da Corte Constitucional, deu-se em razão da falta de representatividade política daqueles que utilizam o instrumento, que tentam buscar alternativas institucionais ante a inatividade dos poderes governamentais em face das violações aos direitos fundamentais. Notadamente, isto acarreta a retirada da discussão do campo político, o que agrava, ainda mais, a crise de representatividade, transferindo as discussões diretamente ao Poder Judiciário, na figura da Corte Constitucional, característica esta típica da supremacia judicial, através da judicialização da política.

Assim, a combinação dos fatores: amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, crise de representação política e movimentos sociais fracos, tornou a Corte Constitucional Colombiana instituição extremamente forte e de alta aprovação popular, na medida em que é um dos poucos marcos institucionais focados na resolução pacífica dos conflitos, em especial em uma sociedade altamente violenta como a colombiana.³¹⁷ Nesse sentido, o suporte público também contribuiu fundamentalmente para o progressismo jurisprudencial do Tribunal. Afirma Rodrigo Uprimny que:

Com efeito, se o acesso à justiça constitucional for barato e fácil, e os juízes constitucionais tenderem à adoção de medidas progressistas, é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego das argúcias jurídicas, em vez de recorrer à mobilização social e política que na Colômbia apresenta enormes riscos e custos.³¹⁸

Por assim dizer, o fato de as decisões do Tribunal penetrarem onde os demais poderes públicos não alcançam, tornou-o forte ator político na conjuntura colombiana. Outrossim, a crise de representatividade e a dificuldade do Poder Legislativo em chegar a consensos sobre matérias altamente controvertidas tais como casos envolvendo a autonomia pessoal (aborto,³¹⁹ ³²⁰ eutanásia, ³²¹ consumo de drogas)³²² levaram a Corte Constitucional a ser o fórum último

³¹⁷ Segundo o Instituto de Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses colombiano, no ano de 2014 a taxa de mortes violentas por cada 100.000 habitantes foi de 59,92 casos. Disponível em: <<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/88730/1656998/Forensis+Interactivo+2014.24-JUL.pdf.pdf/9085ad79-d2a9-4c0d-a17b-f845ab96534b>>. Acesso em: 19 mar. 2016. No mesmo sentido, de acordo com os dados da Social Progress Imperative, a Colômbia é o 117º país em termos de segurança pessoal, em um total de 133 países analisados, contando com uma pontuação de 40,01. Disponível em: http://www.socialprogressimperative.org/data/spi/components/com4#data_table/countries/com4/. Acesso em: 20 mar. 2016.

³¹⁸ UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Souza, org. **Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002, p. 307.

³¹⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-133 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

³²⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-647 de 2001. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-647-01.htm>> . Acesso em: 23 jul. 2016.

de decisão,³²³ fazendo, dela, por consequência, o ator que dá a última palavra sobre o significado da Constituição. Aqui se encontra, portanto, a supremacia judicial.

Neste contexto, outro fator que teve alta influência na politização da Corte foram os julgados sobre a constitucionalidade da decretação do Estado de Exceção entre a instituição do Tribunal em 1992 até hoje. Pode-se afirmar que o grande suporte popular às decisões proferidas pelo Tribunal, em especial em matéria de defesa de direitos fundamentais foi o sustentáculo para que o Tribunal tivesse confiança ao avaliar a constitucionalidade dos decretos que estabeleciam o Estado de Exceção, confrontando diretamente o Poder Executivo.

Como já delineado, a Colômbia tem uma história ímpar na América Latina, tendo vivido um período enorme de sua história em regimes excepcionais. O mandato do Presidente Júlio Cesar Turbay (entre 1978 e 1982), por exemplo, deu-se quase que completamente em Estado de Sítio.³²⁴ Desta forma, a partir da instituição da Corte Constitucional em 1992, os decretos presidenciais que decretam o Estado de Exceção passaram a ter sua constitucionalidade analisada pela Corte. A Corte Constitucional, assim, desenvolveu a doutrina do controle material ou substancial, de forma que, a partir de 1992, o controle de constitucionalidade dos decretos presidenciais que determinassem o Estado de Exceção não passaria mais somente pelo controle formal, de forma que o Tribunal analisaria, também, se os motivos que ensejaram o decreto eram graves o suficiente para que se justificasse o estado de emergência.³²⁵

Nesse sentido, o caráter de supremacia judicial das decisões proferidas pela Corte Constitucional no panorama colombiano é gritante, na medida em que a mais alta Corte do país não somente é o palco último de discussões que deveriam dar-se na arena política, através do debate democrático, como questões relativas ao aborto, à eutanásia e ao consumo de drogas, como também dá a última palavra relativamente a atos emanados dos demais poderes, sejam eles legislativos (quando realiza controle abstrato de constitucionalidade) ou executivos (quando avalia a constitucionalidade dos decretos sobre o Estado de Exceção). A

³²¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-239 de 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

³²² COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-221 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

³²³ CEPEDA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The origins, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*. n. 4, v. 3, Janeiro, 2004, p. 578.

³²⁴ UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 65.

³²⁵ *Idem*, p. 55.

atuação da Corte Constitucional, desta forma, impacta visivelmente na direção da política colombiana.

Afirma o ex Magistrado da Corte Constitucional, Manoel José Cepeda:

Em resumo, a Corte interpretou alguns conflitos sociais como problemas constitucionais. Por conseguinte, ela contribuiu com a resolução pacífica de conflitos dentro da sociedade. Isto significa que a Constituição deixou de ser um código abstrato para ser incorporada na realidade social. De fato, a Corte tornou-se um árbitro institucional controverso mas legitimado, chamado a tomar decisões difíceis. Ela tornou-se um fórum no qual a maioria das controvérsias são submetidas a uma segunda rodada de tomada de decisões.³²⁶

As palavras do Magistrado demonstram a forma pela qual a supremacia judicial está arraigando-se no ordenamento constitucional colombiano, na medida em que o preço da estabilidade de suas instituições é a democracia. Dentro de um esquema democrático de Governo, pautado na efetiva e real soberania popular, nenhum Tribunal deveria ser o fórum no qual as decisões dos demais poderes políticos são submetidas a uma segunda rodada de avaliação e votação. A sua função do Poder Judiciário não é ser palco da tomada de decisões, mas sim de revisar a conformidade das decisões já tomadas pelos órgãos democraticamente legitimados à Constituição. Isto é, a sua função não é guiar o estabelecimento de políticas públicas para o Governo, mas sim averiguar se as escolhas governamentais obedecem aos preceitos constitucionais.

Desta forma, buscando-se analisar a medida em que a Corte Constitucional Colombiana apresenta efetivamente as características da supremacia judicial, sendo o palco último da tomada de decisões que deveriam ocorrer no campo político, impõe-se a abordagem das decisões que são marcos no caráter supremo e que configuram a palavra final em discussões constitucionais que deveriam dar-se em foros eminentemente democráticos. Nesse sentido, os casos selecionados foram escolhidos justamente por configurar temas altamente controversos, nos quais a decisão da Corte Constitucional teve impactos relevantes. Mister dizer-se que o estudo não se dirige a avaliar se a decisão foi a correta ou não dentro das visões políticas defendidas por A ou por B, mas se, ainda que tenha a sentença da Corte sido a mais acertada, foi ela instrumentalmente concebida forma correta. Isto é, objetiva-se verificar se

³²⁶ Tradução livre do original: “In short, the Court interpreted some social conflicts as constitutional problems. Therefore, it contributed to the peaceful resolution of conflicts within society. This means that the Constitution ceased to be an abstract code and became imbedded in social reality. In fact, the Court has become a controversial but legitimate institutional arbiter, called upon to make difficult decisions. It has become a forum in which most controversies are submitted to a second round of decision-making”. CEPEDA, Manuel José. *Judicial Activism in a Violent Context: The origins, role, and impact of the Colombian Constitutional Court*. **Washington University Global Studies Law Review**. n. 4, v. 3, Janeiro, p. 529-700, 2004, p. 650.

estão elas em conformidade com um esquema democrático de governabilidade, ou se, ao contrário, houve atuação através da supremacia judicial por parte da Corte Constitucional Colombiana.

Os casos selecionados, desta forma, são as decisões proferidas pela Corte referentes à População Deslocada Internamente, e à decretação de Estado de Exceção. Foram selecionadas estas decisões por representarem exemplos de problemas de alta relevância e de grande dissidência política na Colômbia, ao mesmo tempo em que demonstram altos níveis de ativismo judicial por parte da Corte Constitucional.

2.2.1 População Deslocada Internamente

A questão dos deslocados, sem sobra de dúvidas, é hoje um dos maiores problemas que envolvem violações de direitos humanos na Colômbia. Os PDI são pessoas que são forçadamente compelidas a deslocar-se em razão da violência dos conflitos armados. A decisão da Corte Constitucional mais célebre sobre o tema foi a sentença T-025³²⁷ proferida no ano de 2004, na qual foram analisados cento e oito expedientes de pessoas ou grupos que requereram concessão de tutela. A importância desta sentença está consubstanciada no fato de ter ela sido uma decisão estrutural, tanto pelo número de pessoas nela envolvidas (deslocados como agentes públicos), como pelo acompanhamento da Corte Constitucional na implementação da sentença, tendo em vista que esta conservou sua jurisdição e ordenou o cumprimento de 289 autos de seguimento e vinte audiências públicas a fim de verificar a implementação pelo Governo da decisão proferida.³²⁸

As questões trazidas pelo caso foram (i) a situação de vulnerabilidade da população deslocada; (ii) os problemas enfrentados no atendimentos de suas demandas; (iii) o tempo demasiado longo sem que as solicitações tenham sido atendidas; (iv) o alto número de ações de tutela das quais se utilizam os deslocados para verem suas demandas atendidas, e o fato de que várias entidades converteram a tutela como requisito ordinário para atender às solicitações; (v) a situação apresentada no caso estender-se a todos os deslocados; (vi) a reiteração dos problemas dos deslocados; e, finalmente, (vii) alguns dos problemas trazidos pelos deslocados deveriam ser analisador pela primeira vez pela Corte.

³²⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-025 de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

³²⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 35.

Na decisão proferida pela Terceira Sala de Revisão da Corte Constitucional Colombiana, ficou assentado que o Governo, ao omitir-se na proteção e no acompanhamento da população deslocada violou o direito à vida digna, o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à seguridade social, o direito à igualdade, o direito à educação e o direito ao mínimo vital. Esta violação reiterada e massiva, no entendimento da Corte, teve origem em um problema estrutural no programa estatal desenvolvido pelo Estado para dar atenção às pessoas deslocadas internamente, de forma que a situação configura um *estado de coisas inconstitucional*.³²⁹

A Sala da CCC entendeu não ser a responsabilidade imputável somente a um órgão estatal, dado serem diversas as entidades cujo escopo é a atenção à população deslocada internamente. Neste contexto, determinou ordens de três segmentos para a superação do estado de coisas inconstitucional por ela declarado: (i) ao Conselho Nacional para Atenção Integral à População Deslocada pela Violência determinou-se a avaliação do orçamento necessário para atender os compromissos de proteção da população deslocada; (ii) ao Governo determinou-se a elaboração de plano de ação para proteção dos direitos das pessoas internamente deslocadas compatível com o orçamento destinado; e (iii) ao Governo determinou-se que o plano elaborado deveria sempre objetivar a proteção do mínimo vital dos direitos fundamentais da população deslocada. Outrossim, ordenou que, na consecução de todas as ordens por ela proferidas com o objetivo de superação do estado de coisas inconstitucional, havia o dever de inclusão das organizações representativas da população deslocada no processo decisório de maneira efetiva.

A decisão da Terceira Sala de Revisão revela a faceta eminentemente política que a Corte Constitucional vem assumindo na defesa dos direitos fundamentais. Papel este que vem sendo possibilitado pela judicialização da política que desagua na supremacia judicial que faz

³²⁹ O estado de coisas inconstitucional é criação jurídica da Corte Constitucional Colombiana e teve sua primeira aparição na sua jurisprudência no ano de 1997. É declarado quando são constatadas violações reiteradas aos direitos fundamentais de um número grande de pessoas e quando a causa da vulneração não pode ser imputada diretamente e somente a uma autoridade pública, mas é resultado de questões estruturais. Na Sentença T-025 de 2004, a Corte Constitucional estabeleceu que é necessária a existência de alguns fatores para que seja declarado o estado de coisas inconstitucional: (i) a vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais; (ii) a omissão reiterada das autoridades públicas; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais que compelem a cidadania a ingressar com ações de tutela para ver seus direitos garantidos; (iv) a não ação do poder público para sanar as violações; (v) a existência de um problema social que demanda a atuação coordenada das autoridades e uma destinação orçamentária considerável; e, por fim (vi) se para resolver as violações as pessoas afetadas recorreram à ação de tutela para ver seus direitos garantidos. A Corte Constitucional declarou o estado de coisas inconstitucional em casos referentes a violação contínua dos direitos fundamentais dos encarcerados (Sentença T-153 de 2008), pela demora reiterada no pagamento de pensionistas nos departamentos de Bolívar e de Chocó (Sentenças T-525 de 1999 e SU-090 de 2000), por omissões na proteção e na segurança dos defensores de direitos humanos (Sentença T-590 de 1998), dentre outros julgados que compõe a jurisprudência da Corte Constitucional. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-025 de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

da Corte a seara última de decisões, não só constitucionais, mas também, como revela o presente caso, de políticas públicas. No caso, a supremacia judicial da decisão manifesta-se precisamente no ponto em que a própria Corte determinou a política pública a ser implementada para a População Deslocada Deslocada Internamente, ao alvedrio dos Poderes Executivo e Legislativo.

A força ativista da decisão dá-se especialmente pela invasão da Corte Constitucional em foro de atuação do Poder Executivo. A sentença não só determinou como os recursos destinados deveriam ser investidos, mas como o órgão do Poder Executivo deveria estruturar-se na tarefa de atender à população deslocada. Nesse sentido, ainda que a sentença tenha inegavelmente vindo em benefício dos deslocados, ela terminantemente findou qualquer possibilidade do Executivo, através de decisão política que lhe pertencia, estruturar a forma pela qual o Governo colombiano deveria lidar com a situação dos PDI. A implementação de políticas públicas e destinações orçamentárias não é tarefa do Poder Judiciário.

Necessário colocar-se que diversos estudiosos entendem que, especialmente a Sentença T-025 de 2004, teve um efeito “desbloqueador”, isto é, que a decisão funcionou “como pontos de pressão para romper a inércia institucional e provocar a ação do Poder Executivo”.³³⁰ Entretanto, neste ponto argumenta-se que ainda que a sentença tenha efetivamente revelado o efeito “desbloqueador”, a Corte não deixou de interferir diretamente na seara de atuação do Poder Executivo sem estar legitimada para tal, violando claramente o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 113 do texto constitucional colombiano. Com a decisão, a Corte retirou tanto o poder decisório do Poder Executivo, como a capacidade de mobilização por parte da população afetada, isto é, ao agir politicamente, a Corte impediu que os deslocados assim atuassem, impediu que eles formulassem suas demandas no vocabulário político, compelindo-os a utilização de vocabulário legalista para formulação de demandas que, em verdade, não deveria ser jurídicas, mas sim políticas.

No mesmo sentido, demonstra-se a invasão das competências e a supremacia judicial da sentença, o fato de a Corte ter determinado a alocação de recursos públicos para os programas de proteção aos deslocados. Ou seja, a Corte atuou não somente na proteção dos direitos vulnerados no caso, como também ultrapassou a barreira da separação de poderes na consecução do objetivo de sanar o estado de coisas inconstitucional por ela reconhecido. A Corte não só agiu politicamente no caso, como também usurpou as competências

³³⁰ Tradução livre do original: “[...] como puntos de presión para romper la inercia institucional y provocar la acción del poder Ejecutivo”. GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 44.

organizacionais, orçamentárias e de estabelecimento de políticas públicas do Poder Executivo. A decisão demonstra claramente a supremacia judicial da Corte Constitucional Colombiana na medida em que foi ela o foro último de definição, desenvolvimento e de acompanhamento de políticas públicas.

Outrossim, a sentença T-025 contribui para a judicialização da política, porquanto:

[...] os membros e as organizações adotam a linguagem dos direitos para estruturar suas reclamações futuras. As entrevistas e a observação participante com líderes da população deslocada fazem isto evidente, posto que seu discurso está cheio de alusões à linguagem técnica da Corte.³³¹

Desta feita, ainda que a sentença T-025 de 2004 tenha representado um marco na defesa dos direitos fundamentais e sociais da População Deslocada Internamente na Colômbia, ela teve altos custos democráticos, tais como a supressão do diálogo político entre a população e as instâncias representativas, uma vez que a Corte ordenou diretamente ao Poder Executivo as medidas que deveriam ser adotadas. No mesmo sentido, ainda que se alegue ter ela sido evitada de um ativismo judicial dialógico,³³² aqui se argumenta que não há diálogo quando uma das partes ordena e a outra cumpre. Isso porque aqui a Corte não atuou como contrapeso, mas sim como um só órgão que comanda todos os demais.

A decisão demonstra-se caracteristicamente de supremacia judicial na medida em que promoveu a judicialização da linguagem política dos direitos, ultrapassou o linear da separação de poderes determinando claramente a adoção de políticas públicas que ela entendeu como mais apropriadas, bem como ordenando a previsão orçamentária que deveria ser destinada à proteção dos direitos dos internamente deslocados. Desta forma, ainda que o deslinde tenha sido benéfico, os meios pelos quais ele foi atingido são dúbios. Em uma democracia que tem por base a deliberação e, por consequência o diálogo, a instrumentalidade é pilar fundamental, ou seja, os meios são de extrema importância na consecução dos objetivos. É nesse sentido que a decisão é questionada. É seu caráter de supremacia judicial que coloca em questão a legitimidade das finalidades por ela alcançadas.

³³¹ Tradução livre do original: “[...] los miembros y las organizaciones adoptan el lenguaje de derechos para estructurar sus reclamaciones futuras. Las entrevistas y la observación participante con líderes de la población desplazada hacen esto evidente, puesto que su discurso está lleno de alusiones al lenguaje técnico de la Corte”. GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 47.

³³² *Idem*, 2015.

2.2.2 O Controle Material de Constitucionalidade do Estado de Exceção pela Corte Constitucional

O debate sobre o Estado de Exceção (e sobre o Estado de Sítio) no sistema político colombiano é questão de extrema controvérsia. Isso porque, os poderes excepcionais estiveram quase sempre presentes no ordenamento jurídico desde a independência do país,³³³ especialmente em razão de sua utilização de forma abusiva.

A Constituição colombiana de 1886 previa em seu artigo 121 a possibilidade de o Presidente, em casos de guerra exterior ou de comoção interior, declarar o Estado de Sítio. Eram conferidas ao Chefe do Executivo as faculdades necessárias para reestabelecer a ordem turbada, sem limitação temporal ao período pelo qual poderia perdurar a decretação do Estado de Sítio. Sua definição, por conseguinte, caminha ao lado da suspensão de determinados direitos e garantias fundamentais.³³⁴

A Constituição de 1991, tendo em sua elaboração o pano de fundo de abusos dos poderes emergenciais conferidos pelo Estado de Sítio aos Presidentes, suprimiu a figura do texto constitucional, substituindo-o pelo Estado de Exceção. Este, por sua vez, tem limitações muito mais severas em comparação com seu antecessor previsto na Constituição de 1886, incluindo, inclusive, restrições temporais. A Constituição de 1991 regulamenta o Estado de Exceção e suas modalidades nos artigos 212, 213 e 215. Na égide da Constituição de 1991 é possível a decretação do Estado de Exceção nos casos de guerra exterior, de grave perturbação da ordem pública e de emergência econômica, social ou ecológica. No Estado de Exceção, os decretos legislativos ditados pelo Presidente suspenderão as Leis com ele incompatíveis, que somente voltarão a vigorar uma vez superado o motivo que ensejou o estado excepcional.

Diferentemente da Constituição de 1886, que somente referia-se à expressão “comoção interior” sem defini-la, a Constituição de 1991 prevê quais são os motivos que significam este caso. Dentre eles, estão listados a grave perturbação da ordem pública que atente de maneira iminente contra (i) a estabilidade nacional; (ii) a segurança do Estado; (iii) a convivência cidadã; e (iv) que não possa ser resolvida mediante a utilização das atribuições ordinárias. O estado de comoção interior, entretanto, não poderá ser decretado por período

³³³ GIL, Pedro Pablo Vanegas. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*. n. 27, p. 261-290, 2011, p. 262.

³³⁴ FRIEDRICH, Carl. J. *Teoría y realidad de la Organización Constitucional Democrática*: En Europa y America. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 238.

superior a noventa dias, prorrogáveis até duas vezes pelo mesmo período, sendo necessária para uma segunda prorrogação o consentimento prévio do Senado. Outra questão relevante que traz o texto constitucional de 1991 vem redigida ao final do artigo 213, no qual ficou determinado que em nenhuma hipótese será possível o julgamento de civis por Tribunais Militares.

O artigo 214 da Constituição colombiana, por sua vez, prevê determinados requisitos aos quais devem ser submetidos os Estados de Exceção. Dentre eles estão a necessidade de relação direta entre os decretos legislativos e a situação que ensejou a emergência, a impossibilidade de suspensão dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a impossibilidade de suspensão do funcionamento dos órgãos públicos, a responsabilidade do Governo em caso de declaração de Estado de Exceção sem que haja motivos que o enseje, bem como por abusos que tenham sido cometidos quando do exercício dos poderes excepcionais, e, por fim, a submissão à Corte Constitucional dos decretos legislativos editados no uso das faculdades excepcionais para controle de constitucionalidade.

Finalmente, prevê o artigo 215 a possibilidade de declaração de Estado de Exceção nos casos de perturbação da ordem econômica, social ou ecológica, por período máximo de trinta dias em cada caso, que somados, não poderão ultrapassar noventa dias dentro de um ano-calendário. Da mesma forma que o estado de guerra e de grave perturbação da ordem pública, os decretos legislativos editados no estado de perturbação da ordem econômica, social ou ecológica deverão ser encaminhados para controle de constitucionalidade à Corte Constitucional.

Ainda que o texto constitucional de 1991 tenha delineado limitações mais sérias às declarações de Estado de Exceção, este ainda continua sendo reiteradamente praticado pelos Presidentes colombianos. À exemplo disso, pode-se mencionar que entre a promulgação da carta constitucional em 1991 e o ano de 2011 foram decretados estados de emergência econômica, em doze oportunidades,³³⁵ e foram declarados, em sete oportunidades, estado de comoção interior.³³⁶ Isto é, no período compreendido entre 1991 e 2011, foram declarados dezenove estados excepcionais. Dentre os motivos que ensejaram as declarações estão a crise no sistema de seguridade social, a crise política com a Venezuela, a situação econômica na fronteira e o fenômeno climático do *El Niño*.

³³⁵ GIL, Pedro Pablo Vanegas. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*. n. 27, p. 261-290, 2011, p. 271.

³³⁶ *Idem*, p. 282.

Desta forma, ainda que a Constituição de 1991 tenha regulamentado mais estritamente a possibilidade de declaração pelo Presidente de estados excepcionais, esta prática ainda continua sendo reiteradamente utilizada. Isso pode dever-se ao fato de que ainda que a Constituição tenha assentado-se em bases mais restritivas, deixou ela de elencar quais seriam os poderes extraordinários que o Presidente poderia utilizar para sanar a situação de crise que deu ensejo ao estado excepcional. O texto constitucional somente previu algumas medidas que poderiam ser adotadas, dentre elas a suspensão de Leis incompatíveis com os decretos legislativos editados, bem como o estabelecimento de novos tributos ou a modificação daqueles já vigentes.

A Constituição, entretanto, estabeleceu diretivas principiológicas que não podem ser violadas, ainda que durante a vigência do Estado de Exceção. O trabalho da Corte Constitucional, desta forma, é verificar a compatibilidade do decreto presidencial com a ordem constitucional. Isto é, verificar se as medidas adotadas pelo Governo são aquelas estritamente necessárias (artigo 213) para superar os motivos que ensejaram a declaração do Estado de Exceção.

Neste contexto, faz-se mister a abordagem de algumas decisões proferidas pela Corte Constitucional quando da análise dos decretos sobre o Estado de Exceção, uma vez que ainda que a Constituição de 1991 tenha estabelecido limitações mais severas aos poderes excepcionais do que a Constituição de 1886, ainda assim, estas medidas não impediram que os Presidentes continuassem utilizando-se reiteradamente do instrumento. Outrossim, importante a abordagem, porquanto, além de ser questão de controvérsia política, até a implementação da Corte Constitucional em 1992, o controle material da constitucionalidade dos decretos não era substancialmente realizado por nenhum Tribunal.

A Sentença C-004 de 1992³³⁷ foi uma das primeiras decisões nas quais um decreto presidencial que declarava o Estado de Exceção foi submetido ao controle judicial de constitucionalidade da Corte Constitucional Colombiana. O decreto em análise foi o de nº 333 de 1992, através do qual se decretava estado de emergência social em razão de possível greve pela polícia em razão da falta de reajuste salarial.

No julgamento, a Corte Constitucional salientou que o Governo não pode arbitrariamente definir qualquer situação e enquadrá-la nos conceitos constitucionais de grave perturbação da ordem econômica, social ou ecológica. Afirmou ser função da Corte Constitucional fazer o juízo de adequação do ato que é objeto de controle de

³³⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-004 de 1992. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

constitucionalidade e o texto constitucional, surgindo disto a necessidade de adequada motivação dos decretos emergenciais e da demonstração dos motivos que o ensejaram. Afirmou a CCC na sentença, portanto, que não hesitaria em fazer o controle material dos decretos emergenciais.

No caso, a Corte Constitucional entendeu pela constitucionalidade do decreto 333 de 1992, uma vez ter compreendido que em razão do período de transição constitucional, o Governo carecia dos instrumentos necessários para lidar com o reajuste salarial dos funcionários da polícia, bem como pelo fato de que, entre janeiro de 1991 e fevereiro de 1992 a perda de poder aquisitivo do salario real foi de 42,3%. Ou seja, entendeu a Corte que o decreto tinha relação direta com a causa da perturbação, e que este se destinou a saná-la.

O mais salutar da sentença C-004 de 1992, entretanto, foi a afirmação da supremacia da Corte Constitucional, na medida em que foi já nesta primeira decisão que ela afirmou sua competência para efetuar o controle material de constitucionalidade. Fundamentou-se a possibilidade de controle material no fato de os decretos em que se declara o Estado de Exceção são suscetíveis ao controle de constitucionalidade pelo previsto no artigo 241 da Constituição Política da Colômbia, que em seu numeral sete prevê a competência da Corte para “Decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos decretos legislativos que dite o Governo com fundamento nos artigos 213, 214 e 215 da Constituição”. Segundo a Corte, o controle ali previsto deve ser compreendido como formal e material, por não haver disposição constitucional que preveja o contrário. No mesmo sentido, afirmou que em um Estado Social de Direito como o colombiano, não existem atos emanados do poder que não sejam passíveis de controle pelo Judiciário. Isto é, através desta afirmação, a Corte colombiana declarou sua competência para efetuar o controle de qualquer ato advindo do Governo, compreendendo-se, portanto, Poderes Legislativo e Executivo.

De outra banda, em 1994 foi editada a Lei 137 de 1994, a qual tinha por objetivo a regulamentação dos estados de guerra exterior, de comoção interior e de emergência econômica, social e ecológica. O controle de constitucionalidade do diploma legal ficou consubstanciado na sentença C-179 de 1994.³³⁸

A Lei 137 de 1994 estabelece diversos requisitos a serem cumpridos pelo Governo na declaração dos Estados de Exceção. Dentre eles, pode-se mencionar o dever de as medidas adotadas direcionarem-se diretamente para a solução ou o estancamento da extensão dos efeitos das causas da perturbação da ordem (artigo 10), a necessidade de motivação das razões

³³⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-179 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-179-94.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

pelas quais as medidas adotadas são necessárias para alcançar o fins que ensejaram a declaração de Estado de Exceção (artigo 11), o dever de motivar os decretos legislativos que suspendem Leis, fundamentando sua incompatibilidade (artigo 12) e o dever de proporcionalidade entre as medidas adotadas e a gravidade das situações que buscam sanar (artigo 13). A realização destes deveres fixados pela Lei 137 de 1994 está sujeita ao controle da Corte Constitucional a qual esquematizou em sua jurisprudência que o controle material de constitucionalidade dos decretos emergenciais deve preencher cinco juízos: (1) juízo de conexão; (2) juízo de finalidade; (3) juízo de necessidade; (4) juízo de proporcionalidade; e (5) juízo de legalidade das suspensões de Leis vigentes por meio de decreto.

A Corte Constitucional, diferentemente da Corte Suprema de Justiça cuja jurisprudência dava-se no sentido da ilegitimidade da Corte para interferir em questão política, vem adotando posicionamento forte no sentido da possibilidade do controle material de constitucionalidade dos decretos legislativos que declaram os Estados de Exceção. Nesse sentido, entende a doutrina colombiana ser o controle de constitucionalidade medida institucional eficaz para evitar ilegalidades e abusos dos poderes executivos,³³⁹ prática esta que era comum no ordenamento jurídico colombiano na égide da Constituição de 1886. Assim, atuaria a Corte Constitucional como contrapeso a um Executivo inflado.

Ao realizar o controle material de constitucionalidade dos decretos sobre o Estado de Exceção, a Corte Constitucional afirma sua supremacia, fazendo do juiz constitucional protagonista. Não obstante o controle de constitucionalidade dos decretos legislativos que declaram estados excepcionais inegavelmente crie uma barreira a decretações pífias e imotivadas e que imponha restrições a utilização irrestrita destes poderes, também não deixa ele de ser uma forma de politizar o Tribunal e torná-lo protagonista em situações em que não deveria sê-lo, fazendo não com que seja a Corte um contrapeso ao Poder Executivo, mas sim que ultrapasse a linha dos pesos e contrapesos. Isso porque, embora a Corte tenha desenvolvido um método de avaliação, através dos juízos de conexão, necessidade, finalidade e proporcionalidade, não deixam estes preceitos de ser conceitos abertos, que concedem ampla discricionariedade ao juiz constitucional no momento de avaliar a constitucionalidade do decreto, até mesmo porque estes critérios são definidos politicamente.

É válido salientar que a doutrina colombiana vem ovacionando a posição da Corte Constitucional no controle material de constitucionalidade dos decretos excepcionais. Uma questão, entretanto, deve ser avaliada: e se a composição da Corte fosse diferente? Se, ao

³³⁹ GIL, Pedro Pablo Vanegas. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*. N. 27, p. 261-290, 2011, p. 278.

invés de a Corte Constitucional Colombiana ter assumido posição progressista na proteção dos direitos e garantias fundamentais, ela tivesse se voltado para um posicionamento mais conservador, qual seria a posição da doutrina e da sociedade como um todo?

É neste contexto que a supremacia judicial se faz temerária. É um contexto em que a simples alteração da composição da Corte Constitucional e de mudança no seu entendimento jurisprudencial que direitos e garantias fundamentais podem ser vulnerados, sem que os poderes políticos possam acudi-los, dada a transferência do poder decisório das instâncias representativas para o Poder Judiciário, fomentada por um sistema de judicialização da política e de supremacia judicial.

Desta forma, ainda que a Corte Constitucional Colombiana venha sendo agente promotora da defesa e da proteção dos direitos e garantias fundamentais, ela também funciona como deslegitimadora das esferas representativas, na medida em que retira seu poder decisório, por ser ela o espaço último de decisão. Neste sentido, crise de representatividade que enseja a legitimação da Corte, também por ela é agravada, na medida em que não permite que os atores políticos atuem como tal, e busquem, desta forma, efetivar seus mandatos popularmente concedidos. A soberania, nesta senda, não mais é popular, mas sim da Corte Constitucional que exerce a supremacia judicial.

3 COSTA RICA

A Costa Rica é um sistema político ímpar dentre seus irmãos latino-americanos. Desde o fim da guerra civil no ano de 1948, não houve turbulências políticas que fossem minimamente comparáveis com a implementação de regimes autoritários que ocorreu em quase todos os países do bloco. Desde então, a cada quatro anos, são feitas eleições democráticas e constitucionais nas quais são selecionados os representantes do país. Outrossim, em comparação com seus vizinhos, o país apresenta níveis de desenvolvimento, em muito, superiores.³⁴⁰

A Constituição precedente ao atual documento constitucional costarricense, de 1949, data do ano de 1871, o qual conferia ao texto constitucional caráter de norma suprema. Contudo, “em um princípio o controle de constitucionalidade unicamente foi planteado como

³⁴⁰ WILSON, Bruce. **Costa Rica: Politics, Economics and Democracy**. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1998, p. 1-2.

controle político, de oportunidade, exercido pelo parlamento”.³⁴¹ Aponta Victor Orozco Solano que foi somente por volta do ano de 1890 que os juízes costarriquenhos começaram a exercitar o controle difuso de constitucionalidade, período a partir do qual o exame de adequação das normas ordinárias à Constituição passou a ser compartilhado entre o Parlamento e o Judiciário.³⁴² Todavia, a partir do ano de 1915, em razão de reações adversas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, os Tribunais tornaram-se reticentes a proferir decisões de inconstitucionalidade.

O método concentrado de controle de constitucionalidade foi inserido no ordenamento jurídico da Costa Rica no ano de 1937, por meio de uma reforma que alterou o então vigente Código de Processo Civil em seus artigos 962 e 969, outorgando ao Pleno da Corte Suprema de Justiça a faculdade de declarar inconstitucionais, por meio do voto de dois terços de seus membros, Leis, decretos, acordos ou resoluções governamentais. Sobre esta modificação, afirma Victor Orozco Solano:

É claro que em virtude desta modificação foi abandonado o método difuso pelo controle concentrado, ainda que de forma compartilhada com aquele que possuía do Parlamento de acordo com a Constituição de 1871. Dito controle compartilhado (jurisdicional e político) manteve-se então até a ab-rogação deste Texto Fundamental em 1949.³⁴³

Nesta senda, é de inferir-se que o sistema constitucional da Costa Rica já era familiarizado com o controle de constitucionalidade das Leis, ainda que de forma insipiente, desde o ano de 1890, ainda durante a vigência da Constituição de 1871. Assim sendo, passe-se à análise do panorama constitucional costarriquenho na vigência do texto constitucional de 1949.

3.1 O PANORAMA CONSTITUCIONAL

³⁴¹ Tradução livre do original: “[...] en un principio el control de constitucionalidad únicamente se planteó como un control político, de oportunidad, ejercido por el parlamento”. SOLANO, Victor Orozco. El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1949: Algunos antecedentes históricos. In: REVORIO, Francisco Javier Díaz; SÁNCHEZ, María Martín; MARTÍN-SALAS, María Pilar Molero. **Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 19.

³⁴² SOLANO, Victor Orozco. El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1949: Algunos antecedentes históricos. In: REVORIO, Francisco Javier Díaz; SÁNCHEZ, María Martín; MARTÍN-SALAS, María Pilar Molero. **Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 19.

³⁴³ Tradução livre do original: “Es claro que en virtud de esta modificación fue abandonado el método difuso de control por el concentrado, aunque de manera compartida con el que poseía el Parlamento de acuerdo con la Constitución de 1871. Dicho control compartido (jurisdicional y político) se mantuvo entonces hasta la abrogación de ese Texto Fundamental en 1949”. *Idem*, p. 21.

A Constituição costarriquenha atual foi produto do fim da guerra civil em 1948, tendo sua promulgação ocorrido em 1949. No documento constitucional original, o poder foi organizado em três esferas: Executiva, Legislativa e Judiciária; e uma que poderia ser classificada como uma espécie de “quase quarta” esfera de poder,³⁴⁴ o *Tribunal Supremo de Elecciones*, cuja competência cinge-se a analisar questões relacionadas às eleições.

No esquema original de organização de poderes, entretanto, a Corte Suprema de Justiça da Costa Rica não assumiu papel de proeminência na vida constitucional do país, tendo tomado posição de deferência em relação às decisões da Assembleia Legislativa. Outrossim, necessário colocar-se que, diferentemente da quase absoluta maioria dos países latino-americanos, a Costa Rica é caracterizada por uma espécie de presidencialismo fraco,³⁴⁵ uma vez que o Chefe do Executivo, por exemplo, tem a prerrogativa de preparar a previsão orçamentária sem poder, entretanto, de vetar quaisquer alterações feitas pela Assembleia Legislativa.³⁴⁷

O Poder Legislativo, portanto, no esquema original desenhado pela Constituição de 1949, tinha proeminência sobre os demais, no que concerne à decisão final sobre a escolha e a implementação de políticas. Isso também é devido ao fato de o artigo 105 da Constituição assinalar que é a Assembleia Legislativa o órgão ao qual o povo delega seu poder de legislar, de forma que esta faculdade não pode estar sujeita a limitações.

Outrossim, a redação original da Constituição de 1949, previa a organização da Corte Constitucional com 17 Magistrados divididos em três câmaras, sendo necessário, entretanto, para que uma Lei fosse declarada inconstitucional, que a decisão ocorresse por um julgamento do pleno, e por decisão da maioria qualificada de dois terços dos Magistrados. Assevera Bruce Wilson, que a tradição da Costa Rica de *civil law* também influenciou na posição passiva assumida pela Corte Suprema de Justiça, tendo em vista que, em razão de ser a Assembleia a

³⁴⁴ WILSON, Bruce et al. **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 64.

³⁴⁵ WILSON, Bruce. Changing Dynamics: The political impact of Costa Rica’s Constitutional Court. In: SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005, p. 53.

³⁴⁶ Algumas características que usualmente aparecem nas Constituições latino-americanas e que concedem poderes ao Executivo, fazendo dele um hiperpoder estão ausentes na Constituição Política da Costa Rica. Dentre elas pode-se mencionar o fato de que na Costa Rica o Presidente não tem nenhuma influência na escolha dos Magistrados que compõe a Corte Suprema de Justiça, sendo esta tarefa assinalada pela Constituição à Assembleia Legislativa (artigo 157). Outrossim, o Presidente dispõe de poderes legislativos (através do decreto) muito débeis, ao passo que a tendência latino-americana é de uma verdadeira realocação da função legislativa no poder Executivo. Finalmente, um último traço que pode ser mencionado como reflexo do enfraquecimento do poder Executivo costarriquenho é a falta de controle sobre o orçamento, dado que muitos segmentos, tais como o poder Judiciário (6% do PIB no ano – artigo 177 da Constituição) tem percentuais mínimos fixados constitucionalmente que não podem ser diminuídos.

³⁴⁷ COSTA RICA. Constituição Política da República da Costa Rica (1949). Artigo 125. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

soberana, a presunção era a da constitucionalidade da Lei, podendo ela ser declarada inconstitucional somente quando seu texto era explicitamente contrário à Constituição.³⁴⁸ Estes fatores implicaram na posição de passividade e de pouca relevância que a Corte Suprema tinha, até então, no panorama constitucional e político costarricense. Entre os anos de 1939 e 1989, a CSJCR recebeu somente 155 pedidos de análise de constitucionalidade.³⁴⁹

A Costa Rica faz-se caso distinto dos demais países latino-americanos na medida em que, enquanto ao redor da América Latina as Cortes e os Tribunais Constitucionais foram resultado de mudanças estruturais na organização política nacional, usualmente através de novos documentos constitucionais, a Costa Rica permaneceu com a mesma Constituição, reformando a carta política tão somente para adicionar uma nova Sala à já existente Corte Suprema de Justiça.³⁵⁰ Foi através da reforma constitucional introduzida pela Lei nº 7.128 do ano de 1989, que alterou a redação dos artigos 10, 48, 105 e 128 da Constituição Política da Costa Rica, que foi criada uma Sala Constitucional, uma quarta câmara dentro da Corte Suprema de Justiça.

Sua função seria:

[...] garantir a supremacia das normas e princípios constitucionais e do Direito Internacional ou Comunitário vigente na República, sua uniforme interpretação e aplicação, assim como os direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição ou nos instrumentos internacionais de direitos humanos vigentes na Costa Rica.³⁵¹

Isto é, o que fez a reforma constitucional foi criar dentro da já existente Corte Suprema uma Sala Constitucional especializada, que mais tarde ficou conhecida como a Sala IV. As modificações introduzidas reconheceram a competência da Sala para declarar inconstitucionais normas de qualquer natureza por decisão da maioria absoluta de seus membros (artigo 10). No mesmo sentido, foi alterada a redação do texto constitucional para

³⁴⁸ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica. **Journal of Latin American Studies**. Reino Unido. n. 36. 507-531. 2004, p. 516.

³⁴⁹ WILSON, Bruce *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 67.

³⁵⁰ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. **Comparative Political Studies**. v. 39. n. 3. abr, p. 525-551, 2006, p. 325-351.

³⁵¹ Tradução livre do original: “[...] garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y liberdades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”. COSTA RICA. Ley de la Jurisdicción Constitucional (Lei nº 7135 de 1989). Artigo 1. Disponível em: <<http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydejusridiccion.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

incluir o direito ao *habeas corpus* e ao recurso de amparo, cuja competência para julgamento é da Sala (artigo 48). A Corte Suprema de Justiça, assim, teve acrescido o número de cinco Magistrados, e adicionada uma quarta câmara de julgamentos, que seria composta por sete membros, enquanto que as três outras já existentes seriam compostas por cinco Magistrados.

Uma curiosa questão referente à reforma constitucional que introduziu a Sala IV na Corte Suprema de Justiça da Costa Rica foi a falta de previsibilidade por parte da legislatura, das efetivas consequências que adviriam dela. De fato, ela “foi impulsionada por legisladores que não pareciam entender as profundas consequências potenciais da mudança que estava sendo implementada”.³⁵²

Em que pese a não previsibilidade por parte dos legisladores reformadores, a instituição da Sala IV alterou significativamente o papel do Poder Judiciário dentro do esquema de poderes da Costa Rica. Este fato pode ser demonstrado em números. Observe-se que no primeiro ano de atividades da Sala, 1990, ela defrontou-se com uma demanda de menos de 2.000 casos, ao passo que no ano de 2014, foram submetidos ao seu crivo, mais de 19.000 casos.³⁵³ Afirma Bruce Wilson que o crescimento exponencial do número de casos que passam pela Sala IV comunica-se diretamente com a judicialização da política da Costa Rica.³⁵⁴ Na mesma esteira vão as acepções de Constantino Urucuyo Fournier, ex Deputado da Assembleia Nacional, na medida em que afirma que a jurisdição constitucional não pode ser vista somente do ponto de vista técnico, mas sim do ponto de vista da união entre o político e o jurídico.³⁵⁵

A atuação da Sala IV é regida pela *Ley de la Jurisdicción Constitucional* (Lei nº 7.135 de 1989). O artigo 11 da norma prevê que as sentenças por ela prolatadas são irrecorríveis, e o artigo 13 antevê que seus precedentes têm efeitos vinculantes *erga omnes*, salvo para a própria Sala, ou seja, suas decisões conformam precedentes para todos os demais órgãos, não só judiciais, como legislativos e executivos. Outrossim, a Sala IV tem competência para fazer análise da constitucionalidade tanto de Leis já promulgadas como aquelas que ainda estão em

³⁵² Tradução livre do original: “[...] fue impulsada por legisladores que no parecían entender las profundas consecuencias potenciales del cambio que se estaba implementando”. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 336.

³⁵³ Tendencia Histórica Anual del Número de Casos Entrados en La Sala Constitucional Durante El Período 1989 - 2014. Disponível em: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/documentos%20varios/LA%20SALA%20CONSTITUCIONAL%20EN%20NUMEROS%202014.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2016.

³⁵⁴ WILSON, Bruce *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 68.

³⁵⁵ FOURNIER, Constantino Urucuyo. La Sala Constitucional: Necesarios límites al poder. **Revista Parlamentaria**. n. 3. vol. 3. Dezembro 1995. p. 37-48.

tramite perante a Assembleia Legislativa, sublinhando-se o disposto no artigo 96, que prevê que as reformas constitucionais deverão ser obrigatoriamente objeto de consulta de constitucionalidade. Importante inferir que todas as consultas de constitucionalidade realizadas, obrigatórias ou não, serão vinculantes em caso de ter a Sala constatado a existência de inconstitucionalidade nos seus trâmites legais, vide o disposto no artigo 101 da Lei 7.135 de 1989.

Neste cenário, é inquestionável o fato de que a atividade da Sala IV afeta profundamente o desempenho da Assembleia Legislativa, implicando na judicialização da política e na supremacia judicial, na medida em que a legislatura vê seus poderes de decisão e de implementação de políticas limitado pelas decisões da Sala. Pode-se afirmar, inclusive, que o trabalho da Sala IV, ao realizar exame de constitucionalidade, converteu-se em fiscalização e controle políticos das atribuições da Assembleia Legislativa.³⁵⁶ É em razão disso que o instrumento de consulta de constitucionalidade tem papel proeminente neste esquema. Isso porque, deputados de partidos minoritários utilizam-se das previsões que autorizam a consulta de Lei sem trâmite perante a Assembleia Legislativa esperando que a Sala vete ou determine alterações no projeto,³⁵⁷ ou seja, os representantes de partidos minoritários utilizam-se das consultas facultativas como efetivo recurso de controle político. E isso, importante ressaltar-se, em um país que, até meados dos anos de 1990, viveu em um regime bipartidário, de divisão do poder políticos entre dois grandes partidos políticos:³⁵⁸ o *Partido Liberación Nacional* e o *Partido Unidad Social Cristiana*.

Afirma Bruce Wilson:

A Costa Rica tem feito eleições livres, honestas e regulares a cada quatro anos desde 1953. Dois grandes partidos políticos controlaram a presidência e a assembleia legislativa desde esta data. Estes partidos rotineiramente capturaram mais de 90% dos votos presidenciais e alternado controle sobre o voto da assembleia legislativa; terceiros partidos tinham papel minoritário.³⁵⁹

³⁵⁶ MARTÍN, Gloria Echeverría. La Consulta Facultativa de Constitucionalidad como Instrumento de Control Político. *Revista Parlamentaria*. n. 8. v. 3. Dezembro. p. 213- 223. 2000, p. 215.

³⁵⁷ WILSON, Bruce. Changing Dynamics: The political impact of Costa Rica's Constitutional Court. In: SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005, p. 57.

³⁵⁸ WILSON, Bruce *et al.* *Courts and Power in Latin America and Africa*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 65.

³⁵⁹ Tradução livre do original: "Costa Rica has held free, open, and honest elections every four years since 1953. Two major political parties have controlled the presidency and the legislative assembly since that date. These parties routinely captured over 90 percent of the presidential vote and alternated control over the legislative assemble vote; third parties played only a minor role". WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*. v. 39. n. 3. Abril 2006. P. 325-351, p. 329.

É em razão deste tipo de controle político que a Sala IV exerce sobre os demais poderes que os analistas enxergam suas atividades a partir da perspectiva de fazer responsáveis as demais esferas governamentais (*accountability*).³⁶⁰ Isto é, a análise da atividade da Sala Constitucional é realizada do ponto de vista de quando ela assume papel central no debate, ela pode, de certa forma, compensar a inatividade dos demais poderes, pelos seus déficits de responsabilidade perante o eleitorado,³⁶¹ uma vez que exerce o papel de contrapeso às demais esferas do Governo.

De outra banda, o poder da Sala IV manifesta-se também através da extensão e da abrangência da utilização dos instrumentos do *habeas corpus* e do amparo. Este último traz a possibilidade de que qualquer pessoa³⁶² que veja seus direitos e liberdades fundamentais violados possa requerer proteção à Sala. No mesmo sentido, o recurso de amparo não está submetido a nenhuma formalidade e pode ser elaborado através de qualquer meio que disponha o peticionante.³⁶³ Estes fatores também contribuíram para o substancial aumento no número de casos analisados pela Corte. Sobre esta ampliação no rol de legitimados para o acionamento da Sala Constitucional podem ser observadas algumas consequências negativas, tais como a sobrecarga dos Magistrados, a medida em que a sua jurisprudência torna-se cambiante e contraditória, o que pode levar à lesão ao princípio da segurança jurídica, e à invasão à competência de outras jurisdições.³⁶⁴

A Corte Suprema de Justiça e sua Sala IV são um dos Tribunais mais poderosos da América Latina. Sua independência e autonomia em relação aos demais Tribunais latino-americanos é deveras mais assentada. Isso porque os Magistrados da CSJCR são eleitos por dois terços da Assembleia Legislativa para mandatos de oito anos, e, uma vez eleitos, seu mandato é automaticamente renovado por igual período, salvo por voto de dois terços da

³⁶⁰ WILSON, Bruce *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 64-82.

³⁶¹ BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. In: PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (Org.). **Law and Development of Middle-income Countries**. Nova Iorque: Cambridge University Press. Disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/chapter.jsf?bid=CBO9781139235730&cid=CBO9781139235730A022>. Acesso em: 14 mai. 2016.

³⁶² COSTA RICA. Lei da Jurisdição Constitucional. Artigo 33. Disponível em: <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/leyes/ley%20jurisdiccion.html>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

³⁶³ COSTA RICA. Lei da Jurisdição Constitucional. Artigo 38. Disponível em: <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/leyes/ley%20jurisdiccion.html>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

³⁶⁴ SOLANO, Victor Orozco. El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1949: Algunos antecedentes históricos. In: REVORIO, Francisco Javier Díaz; SÁNCHEZ, María Martín; MARTÍN-SALAS, María Pilar Molero. **Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 30.

Assembleia Legislativa.³⁶⁵ Importante destacar, que os deputados da Assembleia Legislativa têm mandatos de quatro anos e não podem ser reeleitos imediatamente,³⁶⁶ o que impede que o mesmo deputado que elegeu o Magistrado da Corte Suprema, posteriormente vote pela não renovação de seu mandato. Outro fator que confere poder à Corte Suprema de Justiça, é que seus Magistrados é que selecionam todos os demais juízes das Cortes inferiores.³⁶⁷

No mesmo sentido, a independência financeira também contribui para o fortalecimento do Poder Judiciário, dado que a Constituição prevê que a este ramo do poder não poderá ser designado orçamento menor do que 6% dos ingressos do ano.³⁶⁸ Outrossim, à Sala Constitucional é assegurado o monopólio da interpretação constitucional, uma vez que ao juiz ordinário somente é assegurada a faculdade de promover uma questão de inconstitucionalidade ou uma consulta judicial, ao que incumbe fundamentalmente à Sala IV decidir sobre se a norma questionada é ou não compatível com a Constituição.³⁶⁹

Evidentemente não foram somente estes os elementos que fizeram da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica uma corte ativista, até porque, até a reforma constitucional de 1989, a atividade do Tribunal era praticamente nula.³⁷⁰ Contudo, a partir da implementação da Sala IV, a independência conferida constitucionalmente contribuiu para que a Sala Constitucional atuasse de forma não só ativista, mas sim dando a última palavra na interpretação constitucional, revelando, desta forma, caráter supremo. Neste contexto, algumas decisões, especialmente a relacionada à reeleição presidencial, e as decisões concernentes ao orçamento do Governo, consubstanciam o sobrepujamento da Sala Constitucional tanto sobre o Poder Executivo, como sobre o Poder Legislativo. A análise destas decisões, portanto, faz-se mister.

³⁶⁵ COSTA RICA. Constituição Política da República da Costa Rica (1949). Artigo 158. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

³⁶⁶ COSTA RICA. Constituição Política da República da Costa Rica (1949). Artigo 107. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

³⁶⁷ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica. **Journal of Latin American Studies**. Reino Unido. n. 36. 507-531. 2004, p. 520.

³⁶⁸ COSTA RICA. Constituição Política da República da Costa Rica (1949). Artigo 177. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. Acesso em 24 jun. 2016.

³⁶⁹ SOLANO, Victor Orozco. Aproximación al Principio de Supremacía Constitucional y sus Implicaciones en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: Estudio comparado. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano XXI, Bogotá, p. 191-207, 2015, p. 192.

³⁷⁰ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. *op. cit.*, p. 521.

3.1.1 A Reeleição Presidencial e a Limitação do Poder de Emendar a Constituição da Assembleia Legislativa pela Sala IV

O caso da reeleição presidencial é paradigmático no panorama constitucional costarrriquenho, uma vez que representa enfrentamento direto entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Enfrentamento entre os três ramos do Governo na medida em que a proposta eivou do Poder Executivo, estando diretamente relacionada com os limites do poder de emendar a Constituição que possui legislatura e, finalmente, por ter sido resolvida, em última instância, pela Sala Constitucional. Destarte, a sentença proferida na questão da reeleição presidencial representa o nível do ativismo exercido pela Sala IV no sistema constitucional da Costa Rica.

A reeleição presidencial na Costa Rica era possível até o ano de 1969, desde que o ex-Presidente aguardasse dois mandatos de quatro anos,³⁷¹ ou seja, era permitida a reeleição presidencial desde que entre o último ano de mandato e o primeiro ano do novo mandato houvessem decorrido oito anos. Rezava a redação original do artigo 132, inciso 1 da Constituição: *“No podrá ser elegido Presidente ni VicePresidente el que hubiera servido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección”*. Em 1969, a Lei nº 4339, que reformou a Constituição, proibiu a reeleição.

O ex-Presidente Óscar Arias, no fim da década de 1990, afirmou ter a Assembleia Legislativa o poder de reverter a reforma constitucional de 1969. A proposta de emenda, entretanto, foi rejeitada pelo Legislativo por 32 votos contra a reforma e 13 a favor. A decisão foi submetida ao crivo da Sala IV, tendo sido identificada através do Expediente nº 02-005494-0007-CO e da Resolução nº 2003-02771.³⁷²

Foram lançados argumentos de inconstitucionalidade material e formal da reforma constitucional de 1969, que alterou o artigo 132, inciso 1 da Constituição. Quanto aos formais alegou-se erros no cumprimento aos prazos e procedimentos previstos no artigo 195 da Constituição. No que concerne aos vícios materiais, asseverou-se violação aos artigos 1, 2, 23 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como violação aos direitos

³⁷¹ WILSON, Bruce *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 76.

³⁷² COSTA RICA. Sala Constitucional. Resolução 2003-02771. Disponível em: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=236027&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=8bYzaEVR_wTop2FDGvzc2w4IQ0fo222JOUNHdTvCec6Xpw1SsMYfCKxSpx_2d8Ma0YfZvkUhyB3_DTZuGZj0tsIbvxahjqKRMQSKvW1GTjZon9LnPZBGxQ==. Acesso em: 27 out 2016.

políticos, por ter a reforma suprimido o direito de reeleição, tendo infringido o direito fundamental e a liberdade pública de livre eleição que havia sido concedido pelo constituinte originário. Afirmou a Sala Constitucional sua competência para o julgamento salientando que uma das funções políticas da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder, outorgando, outrossim, ferramentas que garantam que estes limites não serão ultrapassados.

No voto, ficou assentado que as duas decisões mais importantes de um povo são a escolha de sua forma de organização política e econômica. Daí que dentro do sistema político, a sociedade escolhe uma forma de eleger seus representantes e governantes através de determinados instrumentos. A fonte do direito constitucional da Costa Rica, salientou-se, é a de que estas decisões fundamentais são tomadas exclusivamente pelo povo, que exerce e delega sua soberania à Assembleia Constituinte, que é representante desta vontade popular soberana. Uma vez estabelecidas, estas cláusulas somente podem ser alteradas pelo poder constituinte. Neste esquema de organização, a Constituição é norma suprema, redigida pelo poder constituinte, o qual desaparece para ser substituído pela Assembleia Legislativa, poder constituído, que deve respeitar aquela decisão suprema. Existe, desta forma, uma separação bem delimitada entre o poder constituinte, depositário da soberania popular, e os poderes constituídos, que, por sua vez, não são soberanos, somente tendo as faculdades outorgadas pela Constituição.

Neste cenário, os princípios vêm como normas fundantes, a partir das quais são ditadas as diretrizes para as regras. Desta forma, alguns princípios constitucionais são essenciais, dentre eles o princípio da *interdição de arbitrariedade*, o qual incute que o político deve curvar-se perante o jurídico, de forma que a norma histórica e socialmente aceita deve prevalecer sobre novos critérios que venha o legislador instituir:

Este permite, por sua vez, estabelecer se reduziu-se, violou-se ou suprimiu-se um direito, porquanto qualquer discriminação redutora o cerceadora de um direito fundamental implicaria em arbitrariedade, entendida a mesma como: (a) o sacrifício excessivo e desnecessário de um direito fundamental e (b) como uma atuação contra a tendência histórica manifestada pelo desenvolvimento constitucional costarricense. Dito em sentido contrário, a chave para estabelecer a ausência de arbitrariedade é o conceito de motivação, ou seja, toda mudança deve ser congruente com a vontade soberana do povo, expressada pelo poder constitucional originário, sustentada pela realidade histórica da nação e suscetível de ser compreendida pelos cidadãos, ainda que não seja compartilhada por todos eles. A chamada “judicialização do poder político” (em realidade é um ajuste à ordem jurídica de tal poder), implica impor um conjunto de limites materiais e formais, que o distanciem de decisões convenientes aos interesses de subgrupos, ou explicáveis por circunstâncias transitórias e situar na dimensão na qual se decide de acordo com a vontade do constituinte originário. Na dialética Direito-Poder, a luta contra a

arbitrariedade manifestou-se como uma inclinação em favor do jurídico, em detrimento do circunstancialmente político, ou seja, privilegiar a norma histórica e socialmente aceita, frente ao critério dos legisladores de ocasião.³⁷³

No mesmo sentido, os princípios da sujeição dos poderes públicos à Constituição, da igualdade dos indivíduos perante a justiça e da segurança jurídica que, dentre suas muitas facetas, significa que as normas redigidas pelo poder constituinte, por delegação da vontade popular soberana, serão respeitadas e tidas como horizontes limitantes da atuação das instituições por ele estabelecidas.

Assim, a limitação às liberdades fundamentais somente poderia ser feita pelo poder constituinte originário. No caso, o direito de eleição conformaria direito fundamental, que possibilitaria que o indivíduo participe politicamente, de forma que o poder estatal deveria sempre respeitar a vontade popular manifestada na Assembleia Constituinte, a qual instituiu o direito à reeleição. Os direitos políticos seriam, por conseguinte, instrumentos que a cidadania possui para confirmar o poder soberano do povo sobre o Estado, são meios de defender-se da arbitrariedade. O direito de eleição, assim, seria direito político e fundamental de primeira geração. A reeleição, presente no texto original da Constituição de 1949, constituiria garantia do direito de eleição, posto que permitiria ao cidadão escolher seus governantes. Assim, foi a vontade popular soberana, através da Assembleia Constituinte originária, que dispôs que haveria o instituto da reeleição. Neste contexto, a imposição de restrições à reeleição iria na contramão do previsto no artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que este admite somente determinadas restrições, de forma que a limitação à reeleição seria a imposição de mais limites do que aqueles já existentes (idade, nacionalidade, residência, idioma).

³⁷³ Tradução livre do original: “Este permite establecer a su vez, si se redujo, violó o suprimió un derecho, por cuanto cualquier discriminación reductora o cercenadora de un derecho fundamental implicaría una arbitrariedad, entendida la misma como: (a) el sacrificio excesivo e innecesario de un derecho fundamental y (b) como una actuación en contra de la tendencia histórica manifestada por el desarrollo constitucional costarricense. Dicho en sentido contrario, la clave para establecer ausencia de arbitrariedad es el concepto de motivación, o sea todo cambio debe ser congruente con la voluntad soberana del pueblo, expresada por el poder constitucional originario, sostenible en la realidad histórica de la nación y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos aunque no sea compartida por todos ellos. La mal llamada “judicialización del poder político” (en realidad es un ajuste al orden jurídico de tal poder), implica imponerle un conjunto de límites materiales y formales, que lo alejen de decisiones convenientes a los intereses de sub-grupos, o explicables por circunstancias transitorias y situarlo en la dimensión donde se decide de acuerdo con la voluntad del constituyente originario. En la dialéctica Derecho-Poder, la lucha contra la arbitrariedad se ha manifestado como una inclinación a favor de lo jurídico, en detrimento de lo circunstancialmente político, o sea privilegiar a la norma histórica y socialmente aceptada, frente al criterio de los legisladores de turno”. COSTA RICA. Sala Constitucional. Resolución 2003-02771. Disponível em: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=236027&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=8bYzaEVR_wTop2FDGvzc2w4IQ0fo222JOUNHdTvCec6Xpw1SsMYfCKxSpx_2d8Ma0YfZvkUhyB3_DTZuGZj0tsIbxvahjqKRMQSKvW1GTjZon9LnPZBGxQ==. Acesso em: 27 out 2016.

A Constituição não é norma estática. Contudo, deve-se observar que aquelas normas referentes aos direitos fundamentais, e aos direitos políticos transcendentais somente podem ser reformadas por uma Assembleia Constituinte, conforme prevê o artigo 196 da Constituição. Assim, somente podem ser alteradas as normas originárias referentes aos direitos fundamentais e aos sistemas político e econômico por uma Assembleia Constituinte. Existem, portanto, limites ao poder de reforma da Assembleia Legislativa. No entendimento da Sala Constitucional, o poder constituinte derivado somente pode reformar estas partes do texto constitucional para ampliá-los, nunca para suprimi-los, dado que isto poderia destruir a ordem fundamental elaborada pelo constituinte originário. Daí que é inconstitucional a forma pela qual a Assembleia Legislativa suprimiu o direito de reeleição.

Decidiu-se assim, que a Assembleia Legislativa carecia da competência para reformar parcialmente a Constituição nos aspectos relativos aos direitos fundamentais e às decisões políticas originais fundantes. Entendeu a Sala Constitucional que a Assembleia Legislativa tem poderes reformadores limitados, de forma que não pode ela suprimir ou limitar direitos e garantias fundamentais, dentro as quais se encontra, na inteligência dos Magistrados, o direito à reeleição.

Esta decisão proferida pela Sala IV restringiu fundamentalmente o direito da Assembleia Legislativa de reforma do texto constitucional. A supremacia judicial exercida pela Sala Constitucional fica absolutamente incontestada a partir da análise da decisão sobre a reeleição presidencial. Isso porque não houve hesitação por parte dos Magistrados de afirmar sua soberania sobre a interpretação da palavra constitucional em detrimento daquela emanada da Assembleia Legislativa.

A Sala IV não hesitou em utilizar-se de seu poder de revisão de constitucionalidade para afirmar sua autoridade sobre aquela dos representantes eleitos componentes da Assembleia Legislativa. Ignorou ela, da mesma forma, o fato de o artigo 105 da Constituição de 1949 afirmar que *“La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa”*.

No mesmo sentido, em uma análise mais substancial, poder-se-ia afirmar que a interpretação realizada pela Sala IV forçou demasiadamente o leque dos direitos políticos fundamentais. Isso porque, afirmou ela que a Assembleia, ao suprimir o direito de reeleição interferiu no direito de votar e de ser votado do cidadão costarricense, tomando como fundamento o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, tal dispositivo não faz menção alguma ao suposto direito fundamental à reeleição, tendo a Sala IV dele extraído interpretação deveras controversa e ativista.

A inteligência proferida pela Sala Constitucional, desta forma, não se demonstra pacífica, na medida em que, dentro de uma interpretação mais legalista, não há supressão do direito de votar e de ser votado, uma vez que este subsiste, ainda que sem a reeleição. O cidadão, por não poder se reeleger, não perde a faculdade de votar e de ser votado, ao contrário. Não há nada em nenhum dispositivo constitucional que corrobore a opinião lançada de que a reeleição é direito político fundamental.

Outrossim, no que concerne ao poder de reforma, o entendimento da Sala Constitucional mais impede a cidadania de ser efetivamente a soberana do que a empodera como tal. Ao conferir todo o poder de reformar ao constituinte originário, a Sala IV retira da cidadania atual a possibilidade de definir-se politicamente, chegando a afirmar que o jurídico deve prevalecer sobre o político, ou seja, confere toda a soberania ao povo que o delegou à assembleia constituinte de 1949, e posteriormente a si mesma, dado que, em sua inteligência, o jurídico prevalece sobre o político. Nesta interpretação, congelam-se as instituições e os direitos, retira-se das atuais gerações a possibilidade de efetivamente definir-se soberanamente, na medida em que elas estão compelidas a aceitar a decisão soberana da geração que, ocasionalmente, teve a oportunidade de tomar a decisão política fundamental.

Aceitando-se que o poder de reforma da Assembleia Legislativa, que pela redação do artigo 105 da Constituição Política da Costa Rica, é o poder legislador por delegação do povo através do sufrágio, é limitado pela competência de revisão da Sala Constitucional, admite-se que o povo, em verdade, não tem poder algum, na medida em que a decisão fundamental já foi tomada, por outra geração, cabendo agora à Sala Constitucional decidir sobre todo e qualquer aspecto da Constituição.

Sublinhe-se que, na mesma leitura realizada pela Sala Constitucional, esta mesma vontade soberana popular que delegou os poderes à Assembleia Constituinte não instituiu o poder revisor da Sala Constitucional, na medida em que este foi instituído, também, por reforma constitucional. Isto é, o mesmo argumento da vontade soberana original, limitante ao poder de reforma da Assembleia Legislativa, poderia ser utilizado para declarar inconstitucional a Emenda Constitucional de criou a Sala IV, porquanto este poder somente poderia ser exercido através de uma nova Assembleia Constituinte, pela redação, do mesmo dispositivo citado pela Sala, o artigo 196 da Constituição.

O que se extrai deste julgado foi a judicialização de uma decisão que foi politicamente tomada pela Assembleia Legislativa, verdadeira representante da cidadania através do voto. De sua leitura, parece que em primeiro lugar a Sala IV formou uma opinião e somente após

isto foi buscar argumentos jurídicos que a sustentassem, o que, conforme aqui ficou constatado, não logrou fazer.

Nesse sentido, ainda que a existência de Tribunais que exercem a jurisdição constitucional possa representar contrapesos aos demais poderes políticos, no caso em comento, não tinham eles ultrapassado suas funções constitucionalmente estabelecidas, porquanto não houve supressão de direitos fundamentais ou de qualquer norma estruturante do texto constitucional. O que houve com a Emenda Constitucional, em realidade, foi a decisão soberana do povo não reeleger seus governantes. Esta decisão soberana foi usurpada pela Sala Constitucional, que nada mais fez do que substituir a verdadeira decisão soberana pela sua própria. Em tal contexto, desvirtuaram-se os instrumentos assinalados constitucionalmente à Sala Constitucional para atuação de contrabalanceamento no esquema de pesos e contrapesos. O que revela a decisão é a verdadeira substituição da decisão da Assembleia Legislativa pela decisão da Sala IV.

A Sala Constitucional da Costa Rica, desta forma, não somente coadunou com a judicialização da política, como se afirmou soberana sobre o significado da Constituição, significado este por ela determinado e imposto tanto aos demais poderes como à cidadania verticalmente. Substitui-se, assim, a decisão política dos representantes do povo por algo que, acobertado por uma suposta “técnica”, nada mais foi do que uma decisão política, só que ao invés de ser ela a dos representantes do povo, foi uma decisão política de sete Magistrados, demonstrando-se, assim, a verdadeira supremacia exercida pela Sala Constitucional.

3.1.2 Os Casos Relacionados à Dotação Orçamentária e o Poder Coativo da Sala IV

A Constituição costarriquenha determina diversas destinações orçamentárias. Dentre elas pode-se mencionar a parcela de 6% que deve ser destinada para garantir autonomia orçamentária ao Poder Judiciário prevista no artigo 177, ou então os artigos 84 e 85, que garantem autonomia e destinação de orçamento à Universidade da Costa Rica, ao Instituto Tecnológico da Costa Rica e à Universidade Nacional.

Nesse sentido, é atribuição do Poder Executivo (artigos 125 e 177 da Constituição) a elaboração do projeto de orçamento anual e seu envio à Assembleia Legislativa (artigo 178 da Constituição), que deverá aprová-lo, ainda que com alterações. A função da dotação orçamentária anual, assim sendo, em nenhuma instância é assignada ao Poder Judicial, por ser fundamentalmente questão de administração (classicamente designada como função executiva).

Destarte, os eventos abordados neste tópico buscam demonstrar que a força coativa da Sala IV é tal que, como será explicitado no primeiro caso, as vezes sequer é necessário o ingresso de medida judicial para que o Poder Executivo altere seu projeto orçamentário. Isto é, a análise aqui realizada tem relevância e justifica-se na medida em que demonstra a interferência direta da Sala Constitucional nas demais esferas governamentais. Nesse sentido, a independência dos poderes prevista no artigo 9º da Constituição costarriquenha fica prejudicada.

Conforme já foi colocado, o artigo 177 da Constituição assinala ao Poder Judiciário parcela de 6% dos ingressos ordinários do ano econômico. À vista disso, tendo o Judiciário recebido valores menores do que os constitucionalmente previstos (cerca de 5,75% no ano de 1998)³⁷⁴ ameaçou-se acionar a Sala IV para forçar o Governo a cumprir a previsão constitucional. No caso, afirmam Wilson, Cordero e Handberg, que o Poder Executivo decidiu cumprir com sua obrigação constitucional antes que qualquer caso fosse peticionado perante a Sala Constitucional, tendo em vista que qualquer decisão por ela proferida conformaria precedente, limitando seriamente a autonomia orçamentária de Governos subsequentes.³⁷⁵

Neste caso, percebe-se como a autoridade da Sala IV foi utilizada efetivamente como contrapeso ao Poder Executivo. Isto é, ainda que não acionada, ela funcionou efetivamente dentro das suas atribuições constitucionalmente asseguradas de conformar a atividade dos demais poderes aos preceitos constitucionais, nas hipóteses expressamente previstas. Contudo, note-se, também, que a autoridade da Sala é tamanha que não foi sequer necessário que ela se manifestasse no caso, bastando tão somente uma alusão a um possível acionamento.

Dois outros julgados revelam o poder gigantesco que as decisões da Sala IV representam frente aos demais poderes políticos, não só como contrapeso, mas sim como verdadeira soberana, verdadeiramente suprema. São eles os julgados referentes aos pacientes com HIV/AIDS e à redução do ano escolar. Nestas hipóteses, “a Sala IV efetivamente mandou o Governo expandir do estado de bem estar social”.³⁷⁶

³⁷⁴ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica. **Journal of Latin American Studies**. Reino Unido. n. 36. 507-531. 2004, p. 528.

³⁷⁵ *Idem*, p. 528.

³⁷⁶ No original: “[...] the Sala IV has effectively mandated the government to expand the welfare state”. *Ibidem*, p. 529.

Em um primeiro momento, no recurso de amparo que resultou na Sentença nº 280-1992, de Expediente 90-001401-0007-CO,³⁷⁷ interposto por um particular em face da *Caja Costarricense de Seguridad Social*, por ter esta última se negado a fornecer medicamentos contra a AIDS ao recorrente, a Sala Constitucional negou seguimento ao recurso. Afirmou, para isso, que o medicamento pugnado pelo recorrente não curava a doença, de forma que injustificada a imposição de obrigação à Caixa de Seguridad Social de compra dos medicamentos, para os quais afirmou ela não ter os recursos orçamentários necessários.

No ano de 1997, novo recurso de amparo foi interposto por paciente portador do vírus HIV/AIDS, Resolução nº 5934-1997, objetivando compelir a Caixa de Seguridad Social a fornecer os medicamentos. Afirmou a recorrida, por sua vez, que desde a decisão proferida em 1992, as condições não haviam sido alteradas, de forma que não possuía os recursos necessários para fornecer o medicamento aos pacientes, bem como que eles não configuravam cura, mas tão somente prolongavam a vida do paciente. Neste julgado, contudo, a Sala Constitucional entendeu pela prevalência do direito à vida e à saúde. Reconheceu-se, assim, o direito da efetiva prestação dos serviços médicos aos pacientes portadores de AIDS, em que pese as alegações da Caixa de Seguridad Social de não dispor do orçamento necessário.

Neste julgamento, a Sala Constitucional diminuiu significativamente o poder discricionário do Executivo na distribuição orçamentária, por ter entendido pela prevalência do direito ao tratamento médico adequado. Por conseguinte, na hipótese referente aos pacientes portadores do vírus HIV/AIDS, a Sala Constitucional elegeu impor limitações a liberdade orçamentária do Governo, uma vez que sobre ela deveria prevalecer o direito ao adequado tratamento médico.

No que concerne à questão referente à redução do ano escolar, no ano de 2002, durante a administração do Presidente Abel Pacheco, foi determinada a redução do ano escolar das escolas básicas e secundárias de 200 para 174 dias, objetivando, com isso, reduzir gastos. Mediante o recurso de amparo de Expediente nº 02-008928-0007, Sentença nº 11515-02,³⁷⁸ a Sala Constitucional admitiu o recurso.

³⁷⁷ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Expediente 90-001401-0007-CO. Disponível em: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=81938&strTipM=T. Acesso em: 16 ago. 2016.

³⁷⁸ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentença 11515-02. Disponível em: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=280505&strTipM=T&IResultado=4&__ncforminfo=Z4WPS1RQ8G7s3qWEsRmy0OCYt3dU2KkCJp6YkBhUle7p4D4YrjhpMMmhUOhEIX6XtjNsYN6d03JHNEsKN_Z1T0Lp2xD2mbQZSgTjVart41bG8PLS1tt6n5PfEtvY08p2RXRrPbYR3wx6VnunnDdgsjXIO2gxHo7hGAOWTdmwUws=. Acesso em: 16 ago. 2016.

No julgamento, a Sala IV lançou entendimento de que a quantidade de dias que os alunos estão em sala de aula, considerada isoladamente, não necessariamente configurava queda na qualidade do ensino. Entretanto, sublinhou ser a Costa Rica signatária do Convênio Centro-americano sobre Unificação Básica da Educação de 1962. Tendo este tratado sido incorporado ao direito nacional, através da Lei nº 3.726 de 1966, a Constituição prevê em seu artigo 7º, parágrafo 1º que tratados internacionais terão autoridade supralegal. Neste contexto, o Poder Executivo, ao reduzir o ano escolar, violou o disposto no inciso 7º do ordinal 25 do Convênio, o qual prevê o mínimo de 200 dias de ano letivo. Desta forma, os argumentos de déficit fiscal e de restrições orçamentárias impostas pelo Ministério da Fazenda, não seriam suficientes para sobrepujar o direito à educação (que a própria Sala Constitucional reconheceu não ser prejudicado pela redução do número de dias em sala de aula).

Estas decisões, ainda que não tão ativistas quanto à relacionada à reeleição presidencial, demonstram a força e o peso da palavra proferida pela Sala Constitucional, na medida em que esta se legitima a interferir diretamente na organização do Poder Executivo e nas políticas por ele implementadas. Nestes julgados, foi determinado ao Governo um aumento em seus gastos, de forma a executar os serviços do Estado de Bem Estar Social,³⁷⁹ malgrado estar ele objetivando diminuí-los. Isto é, a Sala Constitucional atuou, nestes julgados, não somente como um Tribunal, mas antes verdadeiramente determinou ao Governo quais as políticas públicas ele deveria efetivar, e em quais setores ele deveria alocar seus recursos orçamentários.

Ainda que diversos constitucionalistas afirmem que estas decisões da Sala IV configuram ela atuando como contrapeso (*accountability*) frente ao Executivo,³⁸⁰ em realidade, elas importam em um verdadeiro sobrepujamento da autoridade da Corte Suprema de Justiça, através da Sala Constitucional, sobre qualquer outro poder político, na medida em que, ao fim e ao cabo, quem vai proferir a palavra final é a Sala IV. Judicializando-se decisões que deveriam ocorrer no campo político, especialmente referente à redução do ano escolar, que não infringiu qualquer direito fundamental, porquanto o direito à educação seguiu incólume, importa deslocar o eixo decisório dos poderes verdadeiramente responsáveis perante a cidadania para um poder apenas reflexamente responsável, na medida em que é eleito pela Assembleia Legislativa.

³⁷⁹ WILSON, Bruce; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica. **Journal of Latin American Studies**. Reino Unido. n. 36. 507-531. 2004, p. 530.

³⁸⁰ WILSON, Bruce et al. **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011, p. 73.

É evidente que ao proferir a decisão referente aos medicamentos para pacientes portadores do vírus da AIDS a Sala Constitucional agiu na proteção de uma minoria que vinha injustificadamente tendo seu direito à saúde violado. Contudo, delegar-se este poder à uma Corte pode significar delegar todo poder decisório sobre a implementação das políticas públicas estatais. Isso é verificado na medida em que uma decisão implica na afirmação da Sala IV para proferir a subsequente e assim judicializam-se quase todas as questões políticas, fazendo da Corte Suprema de Justiça o poder supremo.

4 BRASIL

O Brasil, assim como a Colômbia e a Costa Rica, dentre outros países de tantas outras partes do mundo,³⁸¹ também possui um Tribunal atuante e que se sustenta em uma doutrina de ativismo judicial. Entretanto, até a promulgação da Constituição Federal 1988 este panorama jurídico-constitucional não podia ser observado, na medida em que não estavam presentes as condições políticas, institucionais e sociais necessárias para uma atuação forte do Supremo Tribunal Federal.

Por assim dizer, foi somente a partir da promulgação Constituição de 1988 que o debate do ativismo judicial começou a tomar conta dos bancos universitários brasileiros. Entretanto, a verdadeira expansão do debate sobre o ativismo judicial, sobre a judicialização da política, e sobre a supremacia judicial somente ocorreu no Brasil a partir da década de 2000³⁸² com a assunção de papel decisório proeminente por parte do Supremo Tribunal Federal.

É relevante, portanto, a abordagem constitucional e histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal como instituição e do controle de constitucionalidade por ele exercido durante o regime das outras Constituições brasileiras. Objetiva-se, com isto, averiguar-se quais foram as alterações não somente formalmente constitucionais ou legais que facultaram o atual cenário, como também àquelas relacionadas ao horizonte político e social.

³⁸¹ Citam-se, como exemplos, as Cortes Constitucionais de Israel, da África do Sul, da Índia e da Hungria.

³⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 209.

4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para análise da atuação e das posições hodiernas do Supremo Tribunal Federal, impõe-se uma breve reconstrução histórica do Tribunal, porquanto o olhar histórico importa em uma melhor compreensão não só do próprio passado da instituição, como também de que forma ela posicionou-se ao largo da história brasileira. Nesta leitura, objetiva-se analisar posteriormente, na égide da Constituição Federal de 1988, quais foram os mecanismos que possibilitaram o fortalecimento e uma atuação autônoma do STF.

A instituição de um Supremo Tribunal Federal no Brasil ocorreu com a Constituição republicana de 1891, de inspiração marcadamente norte-americana, filha de Rui Barbosa, que previa sua existência em seu artigo 55. Sua composição, durante este regime constitucional, era de quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. A Constituição republicana de 1891 previa a possibilidade controle de constitucionalidade das Leis em seu artigo 59, §1º, dispositivo este posteriormente revogado pela Emenda Constitucional de 1926.

Um dos traços marcantes desta fase do Supremo Tribunal Federal foram os julgamentos de *habeas corpus*, cuja competência para julgamento pelo STF foi constitucionalmente prevista em sede recursal (artigo 61, 1º). Isso em razão de ter sido a República Velha notável em matéria referente a decretações de Estado de Sítio, prisões arbitrárias, cassação de adversários políticos e aposentadorias compulsórias.³⁸³ É deste período a afirmação de Floriano Peixoto de que “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhe dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”,³⁸⁴ proferida pela ocasião do julgamento do *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa em nome de diversos marechais, generais, senadores, deputados, jornalistas e oficiais do exército presos pelo Decreto nº 791 de 10 de abril de 1892, que decretou o Estado de Sítio por 72 horas, em razão da insurreição em face de Floriano Peixoto pela não realização de nova eleição.³⁸⁵

Ainda que em um primeiro momento tenha o STF adotado posição de restrição, assentando-se em uma doutrina de que não lhe incumbia a intervenção em questões políticas

³⁸³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 95.

³⁸⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: Defesa das Liberdades Civis (1891 – 1898). Vol 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, p. 19.

³⁸⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 96.

dos Poderes Executivo e Legislativo,³⁸⁶ este posicionamento seria alterado em 1898. Foi também durante a República Velha que viu o STF seu pleno funcionamento impedido pela ausência de quórum, dado que em 1894 contava somente com oito Ministros em atividade,³⁸⁷ além de não ter o então Presidente da República Floriano Peixoto empossado seu Presidente, o que configurava clara pressão do Presidente da República em relação aos Ministros do STF.

Igualmente, foi neste que período que, pela primeira vez, advogou Rui Barbosa pelo direito dos Tribunais brasileiros (não somente o STF) de averiguar a constitucionalidade de atos eivados dos Poderes Executivo e Legislativo. No julgamento, da apelação nº 112 de 1895, ficou assegurado o direito de o STF reconhecer a nulidade de ato do Executivo.³⁸⁸ E não só, rezou o acórdão ser o Poder Judiciário da União aquele deveria zelar pela integridade da Constituição, de forma que lhe competiria processar e julgar as causas embasadas em disposições constitucionais, bem como o reconhecimento da nulidade de atos jurídicos a elas contrários.³⁸⁹

Foi no dia 16 de abril de 1898, no julgamento do *habeas corpus* nº 1.073, no qual se pugnava pela liberdade de diversos parlamentares envolvidos na tentativa de assassinato do Presidente Prudente de Moraes, ocorrida em 5 de outubro de 1897, que o Supremo Tribunal Federal revisou sua posição de passividade, revendo seus precedentes, lançando entendimento de que as imunidades parlamentares não deixariam de surtir seus efeitos, ainda que durante o Estado de Sítio.³⁹⁰ Em resposta ao julgamento, Prudente de Moraes, em mensagem ao Congresso Nacional em 3 de maio de 1898, afirmou ter o Supremo Tribunal Federal com a decisão abalado a harmonia entre os poderes da República, na medida em que ingressou dentro das funções assinaladas ao Poder Executivo no que concerne à manutenção da ordem.³⁹¹ Em resposta, o Ministro Lúcio de Mendonça, submeteu ao crivo do plenário do STF, manifesto de repúdio contra a agressão do Poder Executivo.³⁹² Em razão da nota de repúdio, severas críticas ao STF foram feitas pela imprensa governista, a qual afirmou não existir no STF juristas, mas sim políticos, chegando-se a chamar o Ministro Lúcio de Mendonça de “intruso e desmiolado”.³⁹³

³⁸⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: Defesa das Liberdades Cívicas (1891 – 1898). Vol 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, p. 22.

³⁸⁷ *Idem*, p. 43.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 61.

³⁸⁹ *Idem*, p. 65.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 114.

³⁹¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 99.

³⁹² RODRIGUES, Lêda Boechat. *op. cit.*, p. 124.

³⁹³ *Idem*, p. 128.

O embate teve seu ápice no envio, pelo Governo, de projeto à Câmara de Deputados que objetivava aumentar o número de Ministros de 11 para 16, e na apresentação no Senado de projeto de Lei que reduzia benefícios dos juizes do STF, instituídos pela Lei nº 336 de 1896. Ambas as propostas, contudo, foram rejeitadas.³⁹⁴

Foi no período compreendido entre 1891 e 1926 que o Supremo Tribunal Federal consagrou o que posteriormente ficou reconhecido como “a doutrina brasileira do *habeas corpus*”, dado que houve um alargamento do objeto da utilização do instrumento para além da liberdade de locomoção. Afirmar Aliomar Baleeiro ter sido esse alargamento constitucional do *writ* fruto de “tempos inevitavelmente ásperos que acompanham uma transição de regime político, seguida logo depois da mais sangrenta e cruel guerra intestina de toda a nossa História”.³⁹⁵ Possibilitou-se sua utilização “para abranger quaisquer direitos subjetivos violados por ato ilegal ou abusivo de autoridade”.³⁹⁶ Sublinhe-se, entretanto, que a utilização desta doutrina foi terminada com a alteração constitucional de 1926, introduzida durante o Governo de Artur Bernardes, que reformou, dentre vários, o artigo 72, especialmente o §22,³⁹⁷ da Constituição, restringindo o objeto do instrumento constitucional à proteção do direito de ir e vir.³⁹⁸

Afirma Rodrigo Brandão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal à época:

Assim, nos primeiros anos de sua atuação, embora em cada decisão polêmica se colocasse o risco iminente de descumprimento de ordem judicial, o Tribunal foi progressivamente afirmando uma jurisprudência que preconizava a limitação dos poderes Executivo e Legislativo à Constituição, e que afirmava parâmetros para a proteção de liberdades fundamentais. [...] Todavia, além da já referida instabilidade institucional e oligarquização do poder tolherem bastante a independência judicial, o STF se filiou a uma triste tradição brasileira: a adesão a um liberalismo seletivo e conservador, em que a efetiva fruição das liberdades dependia de quem pedia a sua tutela e dos propósitos do exercício da respectiva liberdade.³⁹⁹

³⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 99.

³⁹⁵ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 60.

³⁹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 100.

³⁹⁷ Rezava a redação revogada pela reforma constitucional: “§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

³⁹⁸ Ficou assim redigido o parágrafo reformado: “§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

³⁹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 101.

Nesse sentido vai a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da época relativamente ao caso da deportação de Antônio da Costa Borlindo,⁴⁰⁰ brasileiro naturalizado (Apelação Cível nº 979), que teve sua deportação decretada, sem publicação no Diário Oficial, tendo sido enviado à Itália, de onde foi intimado a retirar-se. Revogado o decreto que o deportou, retornou ao Brasil e ingressou com ação requerendo pagamento de indenização pelas perdas e danos. O Supremo Tribunal Federal, mantendo a sentença de primeiro grau, asseverou que o Governo tinha agido de boa-fé, não podendo, assim, ser responsabilizado. Nos embargos opostos por Rui Barbosa, reformou-se a decisão para condenar a União ao pagamento, tão somente, os danos emergentes e lucros cessantes.⁴⁰¹

Outra decisão marcante proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 1908 foi a declaração de constitucionalidade da Lei do Rio Grande do Sul nº 58 de 1907,⁴⁰² a qual previa o alistamento eleitoral no Estado, instituindo regras mais restritivas do que a Constituição Federal de 1891. Com a posição assumida, mais de duzentos eleitores que, constitucionalmente estariam aptos a votar, deixaram de figurar no alistamento do Estado.⁴⁰³

Através do decreto nº 19.398 de 1930 foi instituído no Brasil Governo provisório (1930-1934) que teve como chefe Getúlio Vargas. Suas disposições previam a dissolução do Congresso Nacional (art. 2º), a suspensão das garantias constitucionais (art. 5º) e a exclusão da competência do Poder Judiciário para apreciação dos atos emitidos pelo Governo provisório (art. 5º). Neste panorama, os Ministros do Supremo Tribunal Federal viram-se atacados. Primeiro tiveram seus vencimentos reduzidos. Subsequentemente, foram demitidos seis Ministros: Godofredo Cunha, então Presidente, Edmundo Muniz Barreto, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Pedro Afonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca,⁴⁰⁴ que haviam dado votos desfavoráveis aos aliados políticos de Vargas durante das revoltas de 1922 e 1924.⁴⁰⁵ Através do Decreto nº 19.656 de 1931, reduziu-se o número de componentes do STF para onze integrantes. Foi apenas o começo de “período de constrangimentos e humilhações para os membros do Supremo Tribunal Federal”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: Defesa do Federalismo (1899-1910)**. Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, p. 186.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 191.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 195.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁰⁴ _____. **História do Supremo Tribunal Federal (1930-1963)**. Vol 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 32.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 32.

⁴⁰⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 216.

A breve carta constitucional de 1934 alterou o nome do STF, passando a chamá-lo de Corte Suprema (art. 63, “a”). A composição do órgão, assim como no decreto do Governo provisório, permaneceu em onze Ministros (art. 73). Foi na Constituição de 1934, outrossim, que introduziu-se a possibilidade de o Senado suspender a eficácia de Lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 92, IV). Merece destaque, na carta constitucional de 1934, o previsto no §2º do art. 12, o qual previa o controle de constitucionalidade pela Corte Suprema da Lei federal que decretasse intervenção federal, ficando esta sujeita ao reconhecimento da constitucionalidade do ato, a chamada representação interventiva. Finalmente, um último apontamento sobre a Constituição de 1934 foi o estabelecimento da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade (art. 64, “a”). Em pese ter sido a carta de 1934 inovadora na criação de direitos e marcada pelo viés progressista,⁴⁰⁷ sua vida foi breve, em razão do golpe de estado disferido por Getúlio Vargas em 1937.

Com o golpe de Estado em 1937, Getúlio Vargas outorgou nova carta constitucional neste mesmo ano, filha de Francisco Campos. O Supremo Tribunal Federal voltou à sua antiga nomenclatura (art. 90, “a”), reduziu-se a idade da aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos de idade, o que acarretou na automática aposentadoria de cinco Ministros em exercício: Edmundo Lins (Presidente), Hermenegildo de Barros (Vice-Presidente), Ataulfo de Paiva, Cândido de Mota e Carlos Maximiliano.⁴⁰⁸

O documento tinha traços marcantes de centralização de poder na figura do Presidente da República. Neste sentido, no que se refere ao controle de constitucionalidade, ficou estabelecido na Constituição a possibilidade de o Presidente da República submeter ao crivo do Congresso Nacional as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que poderia revertê-las por voto de três quartos de seus membros (art. 96). Através da Constituição de 1937, também, retirou-se da apreciação do Poder Judiciário a análise das chamadas “questões políticas” (art. 94). Sublinha Rodrigo Brandão que, considerando a Constituição de 1937 nunca ter sido submetida a plebiscito, conforme disposição do art. 174, e considerando o fechamento do Congresso Nacional durante o período (que ficou conhecido como Estado Novo), “o Presidente reputou-se competente para, com base no referido permissivo constitucional, afastar as decisões do STF por decreto-lei”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 236.

⁴⁰⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal** (1930-1963). Vol 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 40-41.

⁴⁰⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 104.

Desnecessário dizer-se, portanto, que o momento político importou na precária atuação do Supremo Tribunal Federal, em razão da institucionalidade que concentrava altos poderes no Chefe do Executivo, seja durante o Governo provisório ou após o golpe de Estado, e da prática política autoritária do momento histórico.⁴¹⁰ Um exemplo de alta repercussão que demonstra a deferência da Corte ao Executivo foi a análise do Mandado de Segurança nº 111 de 1935 que tinha por objeto o decreto nº 229 de 1935 e a Lei nº 29 de 1935, os quais determinaram o fechamento da Aliança Nacional Libertadora e de todos os seus núcleos por seis meses em razão do desenvolvimento de atividade subversiva, perturbadora da ordem nacional.⁴¹¹ Na decisão, em votos tão sucintos quanto poderiam ser, os Ministros indeferiram o pedido, embasando suas decisões no fato de ter sido o ato proferido pela autoridade competente, o Governo, e ter ele tido base legal, não havia que se falar em direito líquido e certo.⁴¹²

Durante o período, por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal viu-se atacado pelo regime autoritário, de forma que, oprimido, absteve-se de cumprir papel de defesa de garantias e direitos individuais. Nesse sentido, em razão do fechamento do Congresso, durante a vigência da Constituição de 1937, todos os quatorze Ministros indicados por Getúlio Vargas não tiveram suas nomeações referendadas pelo Conselho Federal, como previa o art. 98 da Constituição.⁴¹³ Outrossim, com a edição do decreto-Lei nº 2.770 de 1940, Getúlio Vargas terminou com a indicação do Presidente do STF pelo próprio órgão, realocando a função do apontamento tanto de seu Presidente como do Vice para a Presidência da República.

Deposto Getúlio Vargas pelas forças armadas em 1945, houve a elaboração de nova carta constitucional, promulgada em 1946. Marcou-se, assim, a aproximação do país, uma vez mais, com o regime democrático. Sob a vigência da Constituição de 1946, a composição do Supremo Tribunal Federal ficou estabelecida em onze Ministros (art. 98), indicados pelo Presidente e confirmados pelo Senado (art. 99). Previu-se também a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade (art. 101, III, “b”).

No que concerne às heranças históricas autoritárias, tanto do Estado Novo como da política de Governadores, o texto constitucional de 1946 buscou reestabelecer o equilíbrio

⁴¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 106.

⁴¹¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal** (1930-1963). Vol 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 61.

⁴¹² *Idem*, p. 63.

⁴¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 218.

entre os Poderes.⁴¹⁴ Contudo, a despeito disso, “o que se viu na Quarta República brasileira foi, infelizmente, o retorno à práticas oligárquicas, ao autoritarismo, a um liberalismo conservador e seletivo, a impasses decisórios causadores de instabilidade política”.⁴¹⁵

Essa seletividade ficou marcada especialmente em relação à perseguição do partido comunista, que havia sido legalizado e teve sua inscrição junto ao Tribunal Superior Eleitoral deferida em 1945 e diversos representantes no Congresso Nacional eleitos. Em 1947, entretanto, o TSE cancelou o registro do partido. O debate, assim, passou à questão de cassar ou não os mandatos dos parlamentares eleitos pela legenda do partido comunista. Foram propostos quatro recursos constitucionais perante o STF objetivando a discussão, tanto da validade do cancelamento do registro, como da sorte dos mandatos dos parlamentares comunistas. Nestas decisões, demonstrou o Supremo Tribunal Federal que ainda que os “inimigos da República”⁴¹⁶ batessem às suas portas, o pedido de socorro seria em vão.

O primeiro foi o *habeas corpus* nº 29.763 de 1947⁴¹⁷ impetrado em favor do Senador Luiz Carlos Prestes e dos Deputados Maurício Grabois e João Amazonas. A *ratio decidendi* do acórdão foi no sentido de que o instrumento cabível seria o Mandado de Segurança e não de *habeas corpus*, uma vez que o pedido não envolvia questões relacionadas ao direito de locomoção, denegando-se a ordem por unanimidade. O segundo foi o Recurso Extraordinário nº 12.369 de 1948, interposto em face da decisão do TSE que cancelou o registro do partido comunista. O STF, entendendo a decisão proferida pelo TSE como soberana e não passível de Recurso Extraordinário, unanimemente, não conheceu do recurso interposto.⁴¹⁸

O terceiro foi o Mandado de Segurança nº 900 de 1949 impetrado em face da decisão da Mesa da Câmara de Deputados que determinou a cassação dos representantes do Partido Comunista naquele órgão. No voto, consignou-se ser a democracia brasileira um Estado de partidos e, assim sendo, a população votaria em um partido e não no candidato em si. Portanto, em razão do cancelamento do registro do partido comunista, não poderia substituir o mandato de seus representantes, razão pela qual se denegou a ordem, à unanimidade.⁴¹⁹ O quarto foi o Mandado de Segurança nº 895 de 1949, impetrado em favor de Luiz Carlos Prestes contra ato da Mesa do Senado que considerou seu mandato extinto. Pelos mesmos

⁴¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 108.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 109.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 29.763/DF. Relator: CASTRO, Nunes. Publicado no DJ em 08-08-1949.

⁴¹⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal** (1930-1963). Vol 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 78.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 87.

fundamentos afirmados no julgamento do MS nº 900 de 1949, o STF julgou unanimemente pela não concessão do Mandado de Segurança. Durante a vigência da Constituição de 1946, desta forma, o Supremo Tribunal Federal não se revestiu de roupagem de protetor de direitos fundamentais, permanecendo, dentro de um esquema liberal-conservador.⁴²⁰

No que concerne aos conflitos federativos, o Supremo Tribunal Federal pugnou pela defesa da adequação das Constituições estaduais à Constituição Federal. Por força do previsto no parágrafo único do art. 8º, deveria o Procurador Geral da República submeter à análise do Supremo Tribunal Federal ato incompatível com os princípios constitucionais.⁴²¹ Destaque para as Constituições do Rio Grande do Sul, Ceará, Pernambuco, São Paulo, Piauí, Goiás, Alagoas, Pará, Paraná e Guanabara,⁴²² uma vez que todas adotaram o regime parlamentar e tiveram suas análises submetidas pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal em razão do disposto no parágrafo único do art. 8º, tendo os dispositivos das Constituições estaduais que adotaram o parlamentarismo sido declarados inconstitucionais pelo STF.

Outro evento histórico que demonstra o papel de pouca relevância do STF durante a vigência da Constituição de 1946 são os episódios ocorridos após o suicídio de Getúlio Vargas em 1954 e as eleições ocorridas em 1955, sob a presidência de Café Filho, nas quais saiu vitorioso Juscelino Kubitschek. Isso porque, em que pese a crise ocorrida com as declarações proferidas pelo Coronel Jurandir Bizarria Memede, que proferiu discurso contra a posse do Presidente eleito, e o contragolpe disferido pelo General Henrique Teixeira Lott,⁴²³ o Supremo somente foi chamado a manifestar-se não sobre a crise institucional instaurada sobre a posse do Presidente eleito, mas sim sobre o retorno de Café Filho à presidência, uma vez que tinha este se afastado pela ocorrência de um ataque cardíaco.⁴²⁴

Não se cogitou de recurso ao STF para garantir o cumprimento da Constituição. A fragilidade institucional do Tribunal na tradição antidemocrática nacional se mostrou, com toda a sua crueza, no mandado de segurança impetrado por Café Filho para reassumir a presidência, no qual postulava a invalidação das resoluções da

⁴²⁰ BRANDÃO, Rodrigo **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 110.

⁴²¹ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 95.

⁴²² RODRIGUES, Lêda Boechat **História do Supremo Tribunal Federal** (1930-1963). Vol 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 119-120.

⁴²³ *Idem*, p. 166-167.

⁴²⁴ O Mandado de Segurança (MS nº 3.557) impetrado em favor de Café Filho foi julgado prejudicado. *Idem*, p. 170-230.

Câmara e do Senado que mantinham seu impedimento para o exercício da presidência.⁴²⁵

No mesmo sentido, o STF também não foi chamado a se manifestar durante a crise institucional de 1961, que se instaurou com a renúncia de Jânio Quadros e a posse de João Goulart, tendo ela sido resolvida totalmente na seara política, através da aprovação de Emenda Constitucional que alterou o sistema político para o parlamentar.⁴²⁶ Foi neste contexto que o golpe militar de 1964 ocorreu, formalizado pelo Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964, que foi editado sem número, uma vez que deveria ter sido o único.⁴²⁷

Através do AI nº 1 foram concentrados praticamente todos os poderes institucionais relevantes na figura do Presidente da República,⁴²⁸ bem como se suspenderam as garantias constitucionais de estabilidade e vitaliciedade de servidores públicos, incluindo-se na categoria, por conseguinte, os Ministros do STF, pelo prazo de seis meses, prazo durante o qual estariam eles sob investigações que poderiam ensejar sua demissão, transferência ou aposentadoria (art. 7º). Outrossim, previa o §4º do art. 7º a impossibilidade de controle material de constitucionalidade, estando os atos previstos no dispositivo sujeitos, tão somente, ao controle formal. O AI nº 1 “mantinha quase que totalmente a Constituição de 1946, e criava uma ambiguidade jurídica e um paroxismo institucional de convivência que se repeliam, estado de fato e estado de direito”.⁴²⁹

Uma primeira mirada sobre esta exclusão de apreciação judicial da legalidade e da constitucionalidade dos atos do regime pode levar à conclusão da tentativa de “preservação” da imagem de imparcialidade do Judiciário ou da sua “inocência” perante as violações cometidas pelos militares. Para Vanessa Schinke, no entanto, esta afirmação não se sustenta, na medida em que o STF utilizava-se da cortina da exclusão de sua jurisdição para coadunar com a ditadura:

O paradoxo intrínseco às decisões judiciais que se fundamentavam na cláusula de exclusão do controle judicial é que, ao assim entenderem, havia o reconhecimento de que o ato em apreço fora praticado pelo regime autoritário e que o judiciário não

⁴²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 111.

⁴²⁶ MARKUN, Paulo; HAMILTON, Duda. **1961: O Brasil entre a ditadura e a guerra civil**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 241.

⁴²⁷ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 136.

⁴²⁸ Veja-se, por exemplo, o art. 4º do AI nº 1, o que assegura a Presidente a faculdade de enviar ao Congresso projetos de Lei sobre qualquer matéria, que deverão por este ser analisados no prazo de 30 dias, ou serão automaticamente aprovados, ou então o art. 5º, o qual prevê que cabe somente ao Presidente legislar sobre o aumento de despesas públicas.

⁴²⁹ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 21.

direcionaria suas atribuições para coibir abusos nem para denunciar aquele projeto ilegítimo. [...] A aplicação do art. 7º, §4º do AI-1, era a confissão do poder judiciário de que o exercício das suas funções não se dirigia às finalidades para as quais se destinam, em um contexto democrático.⁴³⁰

Foi ainda durante a vigência da Constituição de 1946, mas já ante o regime militar, que foi instituído no Brasil, através da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, a qual alterou disposições constitucionais relacionadas ao Poder Judiciário, o controle abstrato de constitucionalidade, chamado então de Representação de Inconstitucionalidade. Através da alteração do art. 101, facultou-se ao Procurador Geral da República apresentar perante o STF “representação contra a inconstitucionalidade de Lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”.⁴³¹

Neste ponto, malgrado esse “fortalecimento” em tese do Supremo Tribunal Federal, na prática, ele não ocorreu, especialmente porque sendo o Procurador Geral da República figura nomeada pelo Presidente e por ele removida a qualquer tempo, a introdução da Representação de Inconstitucionalidade antes significou as intenções do Governo de utilização do STF como instrumento político do regime,⁴³² do que de uma atitude de efetivo fortalecimento de seu papel institucional como garante da Constituição. Afirma Rodrigo Brandão que a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 não implicou na expansão do controle de constitucionalidade pelo STF, “o que comprova mais uma vez, que os principais fatores de propulsão desse fenômeno são políticos”.⁴³³

Em que pese o primeiro Presidente do regime militar instaurado em 1964, Humberto de Alencar Castello Branco, tivesse baixado Ato Institucional sem número, porque seria o único,⁴³⁴ a índole “legalista” do militar não foi suficiente para conter a tensão entre o Executivo e o STF, dado que a cada *habeas corpus* concedido pelo Poder Judiciário “sucedia-se uma gritaria na qual os oficiais indisciplinados diziam que os tribunais estavam julgando – e condenando – a própria Revolução”.⁴³⁵ Assim, “cada decisão política, cada concessão de

⁴³⁰ SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional.** 2015. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 135.

⁴³¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Artigo 101, I, “k”.

⁴³² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 114.

⁴³³ *Idem*, p. 114.

⁴³⁴ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 136.

⁴³⁵ *Idem*, p. 254.

habeas corpus, ecoava nos setores militares mais inflexíveis, como verdadeira provocação”.⁴³⁶

Neste contexto foi baixado em 1965 o Ato Institucional nº 2, a “maior derrota de Castello Branco”.⁴³⁷ Por meio do AI nº 2 aumentou-se o número de Ministros do Supremo de onze para dezesseis, o que evidenciou as intenções de Governo de utilização do Tribunal como agente do regime, dado que a indicação dos Ministros é feita pelo Presidente, o qual, evidentemente, apontou para integrar o STF Ministros partidários da União Democrática Nacional, o que implicava em um engajamento ideológico com o Governo.⁴³⁸ Afirma Osvaldo Trigueiro do Vale que “Essa mudança na composição numérica, pretendendo revitalizar operacionalmente a cúpula judiciária brasileira com a criação de mais uma turma, tinha no seu bojo a intenção política de identificar a linha jurisprudencial do Supremo com os objetivos da Revolução”.⁴³⁹ Outrossim, foi através do AI nº 2 que se possibilitou o julgamento de civis perante o foro militar, em casos de crimes contra a segurança nacional ou que atentassem contra as instituições militares (art. 8º). Em outras palavras, “Era o jurídico, entendido como o legalmente imposto, servindo de base para os desmandos do regime político autoritário”.⁴⁴⁰

O Ato Institucional nº 4 de 1966, chamou extraordinariamente o Congresso a reunir-se para votar a Constituição apresentada pelo Presidente. A Constituição de 1967, manteve a composição do STF em dezesseis Ministros (art. 113), número que seria reduzido uma vez mais para onze com o Ato Institucional nº 6 de 1969. Estabeleceu a carta constitucional, outrossim, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos dos Juízes (art. 108). Válido apontar que o Supremo Tribunal Federal nem mesmo questionou a autoridade do regime para outorgar a Constituição de 1967, na medida em que:

[...] o judiciário entenderia que tais normas eram válidas e que, conseqüentemente, as regras delas decorrentes deveriam ser aplicadas no exercício da prestação jurisdicional. A legalidade autoritária foi alçada ao patamar constitucional. O Supremo Tribunal Federal enviava a mensagem, para o restante do poder judiciário, que, no exercício das funções de controle de constitucionalidade e legalidade, deveria ser ignorado o vício autoritário imanente na legislação. A partir desse

⁴³⁶ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 38.

⁴³⁷ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 254.

⁴³⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012., p. 114.

⁴³⁹ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *op. cit.*, p. 94-95.

⁴⁴⁰ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A História não Contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 75.

momento, o judiciário alinhava o exercício das suas atribuições à natureza autoritária do projeto implantado.⁴⁴¹

A conviência do Supremo Tribunal Federal com o regime militar pode ser percebida também na simples leitura da ementa do julgamento do Mandado de Segurança nº 20.194/DF, de 1979. No julgado, os Ministros do STF deixaram consubstanciado o entendimento de que ele não teria competência para análise dos atos praticados com fundamento nos atos institucionais ou complementares, ainda que estes estivessem em discrepância com o previsto nos Atos Institucionais, uma vez que isto implicaria na análise da sua legalidade, o que estava vedado pela cláusula de exclusão de apreciação.⁴⁴²

Com a edição do Ato Institucional nº 5 de 1968, entretanto, suspenderam-se as garantias constitucionais da Constituição de 1967 (art. 6º), assegurando ao Presidente a faculdade de demitir, aposentar, remover ou por em disponibilidade qualquer servidor que dispusesse destas garantias. Suspendeu-se, também, o *habeas corpus* em casos de crimes políticos contra a segurança nacional e contra a ordem econômica e social (art. 10), uma vez que “desde os primeiros dias de 1964 esse instituto foi visto como um túnel por onde escapavam os inimigos do regime”,⁴⁴³ bem como se excluiu a jurisdição do Poder Judiciário para análise de qualquer ato praticado em consonância com as disposições do AI nº 5 (art. 11). Sobre o AI nº 5 afirma Elio Gaspari:

Sem prazo de duração, o AI-5 diferia essencialmente de seus antecessores. No Governo Castello os períodos de suspensão das franquias constitucionais tinham prazos. Diante disso a oposição sempre podia fingir-se de morta durante a ventania, sabendo que ela haveria de passar: Com o AI-5 esse recurso extinguiu-se.⁴⁴⁴

Pelo AI nº 5 foram aposentados os Ministros Vitor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Deste ato do Governo adveio “o único caso de protesto do período”,⁴⁴⁵ os pedidos de demissão do então Presidente do STF, Ministro Antônio Gonçalves de Oliveira e do Ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional.** 2015. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 130.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20194/DF. Relator: GUERRA, Cordeiro. Publicado no DJ em 14-11-1979.

⁴⁴³ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 341.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 236.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁴⁶ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A História não Contada do Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 227-228.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, considerada quase como um novo documento constitucional, uma vez que alterou quase que na integralidade a Constituição de 1967, limitou, uma vez mais, o âmbito de atuação da justiça comum, ampliando ainda mais a jurisdição militar, submetendo a ela civis, no intuito de reprimir crimes contra a segurança nacional e as instituições militares, retirando a ressalva feita pela Constituição de 1967, no art. 122, §1º, de que dos julgamentos de civis pela Justiça Militar, caberia recurso ordinário ao STF.

A Emenda Constitucional nº 7 de 1977 criou o Conselho Nacional da Magistratura (art. 112, D), instituiu a necessidade de maioria absoluta para qualquer Tribunal declarar inconstitucional Lei ou ato do poder público (art. 116), bem como criou a possibilidade de o STF chamar para si a competência de causas processadas perante qualquer juízo ou Tribunal, em razão de pedido do Procurador Geral da República, por motivo de perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas (art. 119, “o”). Na prática, esta última introdução implicou em ingerência total do Poder Executivo sobre o STF⁴⁴⁷ e sobre o Poder Judiciário como um todo.

Em suma, pela instabilidade do cenário político que ensejou a fragilidade do arcabouço normativo e constitucional que deveria ser aplicado e protegido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelos diversos ataques a ele direcionados pelo Governo militar, o STF viu-se absolutamente impossibilitado de atuar de qualquer forma que não uma direcionada à coadunar com as investidas do regime, “O Supremo Tribunal Federal viu-se diluído em 1965 e mutilado em 1968”.⁴⁴⁸ Nesse sentido, ainda que em um primeiro momento tenha o STF tentado garantir um mínimo de legalidade em face das arbitrariedades perpetradas pelo regime militar,⁴⁴⁹ na medida em que a pressão sobre o Tribunal aumentava, e a opressão sobre a sociedade também, viu-se ele compelido a adotar posicionamento mais favorável ao Governo golpista, isso também porque a nova composição da Corte passava a ser estruturada por Ministros apontados pelo regime, influenciando diretamente nos posicionamentos adotados pelo STF.⁴⁵⁰

Salienta Anthony Pereira que esta utilização estratégica do Judiciário por regimes autoritários pode ser observada do ponto de vista da conferência de legitimidade aos atos repressivos praticados pela ditadura. Isso porque, “são investidos de uma forte carga

⁴⁴⁷ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A História não Contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 90.

⁴⁴⁸ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 232.

⁴⁴⁹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. *op. cit.*, p. 121-167.

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 203.

simbólica que pode emprestar um ar de gravidade e ponderação até mesmo às acusações mais forjadas e aos procedimentos mais gritantemente injustos. Eles podem conferir legitimidade interna e internacional”.⁴⁵¹ Portanto, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter aceito os atos normativos do regime como normas legais conferiu roupagens de legitimidade às práticas autoritárias repressivas.

Para Vanessa Dorneles Schinke foi por meio da saída institucional criada pelos militares, a cláusula de exclusão de apreciação judicial, que o Judiciário manteve uma suposta imagem imaculada de órgão imparcial. Afirma a autora:

Paralelamente aos atos de gestão, a falácia de uma exímia e autossuficiente qualificação técnica, que resultaria em decisões objetivas, imparciais e proferidas de forma contínua, contribuiu para que se forjasse a noção de que a prestação jurisdicional mantinha as mesmas características antes e após o golpe de 1964.⁴⁵²

Desta feita, da análise aqui realizada pode-se denotar que, até a promulgação da Constituição de 1988, a atuação do Supremo Tribunal Federal ou foi limitada por Presidentes hipertrofiados e regimes autoritários e ditatoriais, ou foi de conivência com os abusos de poder destes regimes. Contudo, o que demonstra a abordagem feita foi que somente a partir da Constituição de 1988 o Supremo encontrou as condições políticas, sociais, econômicas e institucionais que lhe facultaram uma atuação ativista, na medida em que somente a partir de 1988, gozou ele efetivamente de garantias constitucionais que lhe oportunizaram a autonomia suficiente para uma atuação mais proeminente no esquema de separação de poderes.

4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A decisão de insular o Poder Judiciário no Brasil tomada na Assembleia Constituinte de 1987-1988, deu-se muito em razão dos diversos ataques sofridos por ele durante o regime militar, e, diga-se, em quase toda a sua história. Assim, garantiu-se ao Judiciário autonomia funcional e um nível relativamente alto de autonomia estrutural.⁴⁵³

⁴⁵¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: O autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 71.

⁴⁵² SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo**: Regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional. 2015. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 122.

⁴⁵³ SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Nova Iorque: Frank Cass, 2004, p. 164.

No regime da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (art. 101). Neste texto constitucional, o STF viu suas competências expandidas, uma vez que foi incluída no ordenamento jurídico a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal e, através da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, “a”). O §2º do art. 102 da Constituição de 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, concede efeito vinculante *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF nos julgamentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Outra alteração trazida pelo texto constitucional de 1988 que impactou diretamente no trabalho do STF, foi uma ampliação no rol de legitimados para proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 103). Este rol ampliado tem relevância na medida em que faz do STF protagonista na resolução das questões constitucionais, problemas estes de alta relevância política, moral, social e econômica. Na busca de compreender porque estes fatores contribuíram para o incremento do ativismo judicial da Corte brasileira, afirma Elival da Silva Ramos que:

A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional. [...] O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante de ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição.⁴⁵⁴

Outrossim, foi outorgada à Corte competência para julgamento da reclamação, que pode ser diretamente proposta perante o STF com o objetivo de preservar a competência e a autoridade das decisões do Tribunal (art. 102, I, “I”). No que concerne ao controle concreto de constitucionalidade, permaneceu a competência do STF para o julgamento, em recurso, agora denominado Extraordinário, de decisão que contrarie a Constituição (art. 102, III, “a”), de decisão que declare inconstitucional tratado ou Lei federal (art. 102, III “b”), de decisão que julgue válida Lei local contestada em face da Constituição (art. 102, III, “c”) e, finalmente, de decisão que julgar válida Lei local contestada em face de Lei federal (art. 102, III, “d”).

No regime instaurado pela Constituição de 1988, portanto, o Supremo Tribunal Federal conjuga diversas funções que, em geral, são conferidas a Tribunais distintos. Ele atua

⁴⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

tanto na figura de Tribunal Constitucional, como no papel de foro especializado, quanto na função de Tribunal de recursos de última instância.⁴⁵⁵

Contudo, uma das modificações simbólicas mais relevantes positivada na Constituição de 1988 foi a prevista no caput do art. 102, uma vez assentada a competência do Supremo Tribunal Federal para a *guarda da Constituição*. Relevante em razão da carga teórica incutida em incumbir um Tribunal que exerce jurisdição constitucional na função de guardião da Constituição.

A Constituição de 1988, do mesmo modo, elencou um enorme catálogo de direitos fundamentais – destaque para o art. 5º e seus setenta e oito incisos – que tem normatividade ampla e aberta. A ampla positivação de direitos fundamentais no texto é observada na medida da herança autoritária da ditadura militar,⁴⁵⁶ apresentando-se diretamente como reação aos crimes e às violações durante ela cometidos. Nesta senda, também é fator que fomenta uma atuação ativista da Corte o fato de que as normas principiológicas previstas pela Constituição como parâmetro para a avaliação da constitucionalidade das Leis são enunciados formatados fluidamente, o que “permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutico-concretizadora”.⁴⁵⁷ Desta forma, a partir destas alterações constitucionais, o Supremo Tribunal Federal viu ampliada sua relevância política⁴⁵⁸ dentro do quadro de separação dos poderes no Brasil.

Entretanto, o Tribunal viu novamente, com a realização da primeira eleição direta no Brasil em um período de trinta anos, e a posse de Fernando Collor de Mello, sua autoridade sendo atacada pelo Poder Executivo, quase que como uma continuidade histórica dos ataques institucionais perpetrados pelo Executivo ao STF ao longo da história brasileira.

Isso em razão de ter o então Presidente da República editado uma série de Medidas Provisórias que tinham por objetivo reformas de caráter econômico, tributário e administrativo.⁴⁵⁹ O ataque ao STF, todavia, deu-se com a edição da MP nº 173 de 1990. Isso porque o art. 1º da MP vetava a possibilidade de concessão de liminar em Mandado de Segurança, em Ações Ordinárias e em Ações Cautelares que tivessem por escopo a discussão

⁴⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul-dez 2008, p. 447.

⁴⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

⁴⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292-293.

⁴⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 96.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 98.

de outras Medidas Provisórias editadas pelo Governo, baseando-se, para tal, em Lei editada pelo regime militar.

Proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF, pelo Partido Democrático Trabalhista, contra a MP nº 173 de 1990, o julgado restou assim ementado:

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINÁRIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NÚMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168: INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA VIGÊNCIA DO DIPLOMA IMPUGNADO: RAZÕES DOS VOTOS VENCEDORES. SENTIDO DA INOVADORA ALUSÃO CONSTITUCIONAL A PLENITUDE DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONTRA A AMEAÇA A DIREITO: ÊNFASE A FUNÇÃO PREVENTIVA DE JURISDIÇÃO, NA QUAL SE INSERE A FUNÇÃO CAUTELAR E, QUANDO NECESSÁRIO, O PODER DE CAUTELA LIMINAR. IMPLICAÇÕES DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO CAUTELAR, ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PROCESSO E DE SALVAGUARDA DA PLENITUDE DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO. ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE, DE CONDIÇÕES E LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER CAUTELAR DO JUIZ. A TUTELA CAUTELAR E O RISCO DO CONSTRANGIMENTO PRECIPITADO A DIREITOS DA PARTE CONTRÁRIA, COM VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE CONTROLE DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS AO PODER CAUTELAR. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE VEDAÇÃO DE LIMINARES DE DETERMINADO CONTEÚDO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE DAS RESTRIÇÕES, A PARTIR DO CARÁTER ESSENCIALMENTE PROVISÓRIO DE TODO PROVIMENTO CAUTELAR, LIMINAR OU NÃO. GENERALIDADE, DIVERSIDADE E IMPRECISÃO DE LIMITES DO ÂMBITO DE VEDAÇÃO DE LIMINAR DA MP 173, QUE, SE LHE PODEM VIR, A FINAL, A COMPROMETER A VALIDADE, DIFICULTAM DEMARCAR, EM TESE, NO JUÍZO DE DELIBERAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, ATÉ ONDE SÃO RAZOÁVEIS AS PROIBIÇÕES NELA IMPOSTAS, ENQUANTO CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER CAUTELAR, E ONDE SE INICIA, INVERSAMENTE, O ABUSO DAS LIMITAÇÕES E A CONSEQUENTE AFRONTA A PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E AO PODER JUDICIÁRIO. INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR DA MP 173, QUE NÃO PREJUDICA, SEGUNDO O RELATOR DO ACÓRDÃO, O EXAME JUDICIAL EM CADA CASO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE, INCLUIDA A RAZOABILIDADE, DA APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA LIMINAR. CONSIDERAÇÕES, EM DIVERSOS VOTOS, DOS RISCOS DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA MEDIDA IMPUGNADA.⁴⁶⁰

Na decisão, foram vencidos o Ministro Relator, Paulo Brossard, e o Ministro Celso de Mello, uma vez que votaram estes no sentido de que a proibição de deferimento de liminar feriria não somente o direito fundamental ao Mandado de Segurança, como também outros direitos individuais, que não poderiam ser tolhidos, em especial através de Medidas Provisórias. O Ministro Relator Paulo Brossard concedeu a medida cautelar tão somente no

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 223-DF. Relator: BROSSARD, Paulo. Publicado no DJ em 29-06-1990.

que concerne no Mandado de Segurança. Já o Ministro Celso de Mello, votou pela concessão integral da medida cautelar, ou seja, estendendo-a tanto ao Mandado de Segurança, como às Ações Cautelares e Ordinárias. Vencidos, no entanto, pelo voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que foi acompanhado pela maioria, o qual entendeu não ser a análise em tese do ato a mais adequada, de forma que a solução mais razoável ao caso seria a realização, pelos Magistrados do país, do controle difuso de constitucionalidade, analisando-se a constitucionalidade da MP no caso concreto.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal furtou-se de realizar julgamento que iria na contramão do poder político do Poder Executivo, fragmentando o debate sobre a constitucionalidade da MP em comento. Nesta leitura, em um momento inicial, o STF assumiu posição de deferência; talvez em razão dos diversos ataques institucionais sofridos ao longo de sua história não teve ele força suficiente para enfrentar, naquele momento, o Executivo.

Este cenário, entretanto, passaria por uma alteração brusca, na medida em que o sistema constitucional implementado no Brasil pela Constituição de 1988 conferiria ao Supremo Tribunal Federal, e ao Poder Judiciário como um todo, autonomia e força institucional suficientes para elevá-lo ao patamar de um dos órgãos mais relevantes no esquema de poderes. Necessário faz-se, portanto, a busca das razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal viu sua autoridade expandida, de modo que este se viu proferindo decisões da mais alta relevância política, a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Em um primeiro momento, um dos motivos do fortalecimento institucional tanto do STF como do Poder Judiciário como um todo foi o extenso catálogo de direitos positivado na Constituição, bem como uma pormenorizada regulamentação das relações econômicas e sociais⁴⁶¹ feita pelo texto constitucional. Isso porque, a positivação de direitos implica na possibilidade de judicialização dos mesmos, o que foi fomentado pela falta de promoção de condições da realização destes direitos pelos poderes políticos.

Nesta leitura, o Poder Judiciário estaria em comunicação direta com a cidadania, por ser o principal garante da realização e da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal entra no debate dos direitos fundamentais através do alargamento do rol de legitimados a provocá-lo diretamente, através do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Judicializam-se, assim, questões

⁴⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez 2008, p. 446.

relacionadas diretamente a decisões que deveriam ser politicamente tomadas pela população brasileira e por seus representantes eleitos.

Um segundo fator, que, diga-se, importou em um alto nível de judicialização de questões políticas, fazendo do STF ator protagonista no processo de decisão política, foi a inclusão no rol de legitimados para proposições de ações diretas de partido político com representação no Congresso Nacional (art. 103, VII). Sobre esta questão, elucida Rodrigo Brandão:

Assim, a circunstância de qualquer partido político que possua um deputado ou senador ter legitimidade para propositura de ADI, no âmbito de um sistema partidário altamente fragmentado, faz com que virtualmente toda questão política relevante convole em questão judicial. De fato, a oposição, recorrentemente derrotada no Congresso Nacional, diante do fato de os Governos pós-88 (salvo Governo Collor) terem conseguido construir coalizões razoavelmente sólidas e disciplinadas tende a utilizar o STF como nova arena de batalha política, com vistas a reverter a derrota sofrida na deliberação majoritária.⁴⁶²

O STF, neste contexto, é utilizado como foro de disputas políticas em razão de fatores presentes na Constituição de 1988 que facultaram e possibilitaram a judicialização. Nesse sentido, não somente questões políticas advindas diretamente do Congresso Nacional têm como instância final o Supremo, como também quase todo problema que envolva dissídios morais, econômicos e sociais, dado que estes também se encontram detalhadamente previstos no texto constitucional: “A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo da liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”.⁴⁶³

Um terceiro fator que implicou no fortalecimento da autoridade do STF sobre a Constituição de 1988, foi a sua construção jurisprudencial no sentido do assentamento de sua autoridade para realização de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais que vão de encontro ao disposto no §4º do art. 60. Isto é, Emendas Constitucionais que ameacem a integridade das chamadas *cláusulas pétreas*, ainda que não haja previsão constitucional expressa nesse sentido.⁴⁶⁴

Ao realizar esta modalidade de controle de constitucionalidade o STF eminentemente diz o que significa a própria Constituição. Configura o controle de constitucionalidade de

⁴⁶² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 122.

⁴⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez 2008, p. 447.

⁴⁶⁴ A respeito da afirmação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de sua autoridade para realização do controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais veja-se os Acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 829/DF julgada em 14 de abril de 1993, nº 939/DF julgada em 12 de dezembro de 1993 e nº 1946/DF julgada em 3 de abril de 2003.

Emendas Constitucionais uma grande expressão de supremacia judicial, na medida em que o STF delimita diretamente os poderes de reforma do Poder Legislativo, “reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados”.⁴⁶⁵

Um quarto aspecto que fomentou a importância do STF como ator institucional, foram as mudanças estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da Súmula Vinculante (SV) (art. 103-A) que torna sua palavra não somente a final, como de cumprimento obrigatório tanto aos demais órgãos do Poder Judiciário, como à administração pública direta e indireta. Esta alteração significou verdadeiramente a positivação da supremacia judicial no sistema constitucional brasileiro, porquanto se inseriu nele a concepção de que cabe ao juiz dizer o que a Constituição é, e cabe aos demais poderes seguir os seus ditames.

Outrossim, a EC nº 45 de 2004 acrescentou ao art. 102 da Constituição o seu §2º, que, da mesma forma que a Súmula Vinculante, ata a atuação da administração pública direta e indireta às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Isto é, inseriu-se dispositivo no texto constitucional que conferiu poder vinculante às decisões proferidas pelo STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Consolida a autoridade do STF, ainda mais, a possibilidade de a parte prejudicada poder diretamente, em caso de descumprimento da decisão, entrar com uma reclamação perante o Supremo.⁴⁶⁶

Um último fator que revela o verdadeiro poder que tem o Supremo Tribunal Federal no controle da agenda política do país consubstancia-se no fato de os seus Ministros terem total controle de suas agendas temáticas, não estando sujeitos a qualquer mecanismo temporal ou de qualquer outra natureza no estabelecimento da ordem da pauta. Isso porque, através do controle da pauta, pode o STF verdadeiramente decidir qual o tema político relevante que deve ser o mote da discussão nacional. Ou, ao contrário, qual matéria não quer ele por em julgamento, de forma que questões que são politicamente sensíveis, ou contrárias a determinados interesses, têm pedidos de vistas intermináveis, que podem chegar a anos.

Todos estes aspectos conjugados fizeram do STF o palco final de quase todas as decisões políticas relevantes tomadas no Brasil. Afirma Oscar Vilhena Vieira:

⁴⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez 2008, p. 447.

⁴⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 125.

[...] a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.⁴⁶⁷

Importante colocar-se, também, que Elival da Silva Ramos prevê alguns fatores que serviriam de impulsão ao ativismo judicial no Brasil. Dentre eles, pode-se mencionar (i) o modelo de Estado intervencionista existente em terras brasileiras, segundo o autor, desde a Constituição de 1934, na medida em que ele requer uma alta produção normativa, cabendo ao Poder Judiciário realizar seu controle de constitucionalidade; (ii) a expansão do controle abstrato de normas, o que, na visão do constitucionalista, acaba desaguando em um esmaecimento da linha divisória entre as funções judicial e legislativa; (iii) a teoria neoconstitucional e o seu exagero na valorização dos princípios constitucionais; (iv) a incapacidade do aparato governamental, Poderes Executivo e Legislativo, na produção de normas que efetivem as promessas consubstanciadas no texto constitucional; (v) o instrumento da Súmula Vinculante, por serem de execução obrigatória à administração pública; e (vi) o Mandado de Injunção (MI) na medida em que o STF tem jurisprudência consolidada no sentido de suprir judicialmente as omissões legislativas.⁴⁶⁸

Demonstra isso a esparsa jurisprudência sobre os grandes dissídios morais e políticos da sociedade brasileira julgados pelo Supremo, que conta com decisões sobre quotas nas universidades públicas (ADPF 186/DF), fidelidade partidária (ADI 5.081/DF), união homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), marcha da maconha (ADPF 187/DF), Lei de anistia (ADPF 153/DF) e Lei da “ficha limpa” (ADC 29 E 30/DF e ADI 4578/DF). Esta é apenas uma pequena amostragem do poder decisório que tem o Supremo Tribunal Federal e seu impacto direto na vida política do país.

Todas estas decisões demonstram o nível de judicialização do debate político brasileiro que, ao fim e ao cabo, desagua no fato de a última palavra sempre acaba sendo proferida pelo STF, o que revela, nesta esteira, a supremacia judicial. Neste panorama de supremacia judicial, o Supremo Tribunal Federal, não somente nestas como em tantas outras decisões, dita aos Poderes Executivo e Legislativo e à sociedade civil a resposta final sobre os ditames da Constituição.

⁴⁶⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez 2008, p. 442.

⁴⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283-320.

Para uma análise mais qualitativa da medida da supremacia judicial do STF no sistema constitucional brasileiro, no entanto, faz-se necessária a abordagem mais profunda de algumas decisões proferidas pelo Tribunal. Sublinhe-se que as decisões foram selecionadas a partir do critério da atualidade,⁴⁶⁹ do nível de interferência nos demais poderes e do nível de relevância política da decisão.⁴⁷⁰ Selecionaram-se, assim, as decisões proferidas pelo Supremo relacionadas ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (HC 126.292/SP) e à prisão do Senador Delcídio Amaral (AC 4.039/DF).

4.2.1 Cumprimento da Pena sem o Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória: a violação de direito fundamental pelo guardião da Constituição

A análise de decisões proferidas por um Tribunal, especialmente para o estudo aqui realizado, faz-se importante na medida em que as decisões proferidas por uma Corte, destaque para a decisão selecionada, são reflexo direto da sua forma de atuação dentro da institucionalidade de um país. Deste modo, a decisão proferida no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP⁴⁷¹ foi selecionada para abordagem porquanto ela demonstra o nível do ativismo judicial exercido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a interpretação realizada no julgamento foi absolutamente incompatível com as disposições expressas do texto da Constituição Federal brasileira.

O *habeas corpus* nº 126.292/SP⁴⁷² teve como Relator o Ministro Teori Zavascki e foi impetrado em face da decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação, determinou a expedição de mandado de prisão em face do paciente. Isto é, determinou o Desembargador a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado do Acórdão.

⁴⁶⁹ Objetivou-se a abordagem de decisões o mais recente possível, que demonstrem o envolvimento do Supremo Tribunal Federal na crise política vivida no Brasil nos anos de 2015 e 2016.

⁴⁷⁰ O nível de relevância política da decisão foi mesurado a partir do impacto que a decisão teve tanto na comunidade acadêmica, como na sociedade civil e política como um todo. O critério da repercussão da decisão foi abordado a partir da ressonância do julgado da mídia, especializada ou não.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292-SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ em 17-05-2016.

⁴⁷² A relevância política, refletida na mídia, especializada ou não, da decisão proferida no HC 126.292/SP foi auferida através de ferramenta de busca na internet, onde ao procurar-se pela expressão “*habeas corpus* 126.292 STF” foram encontradas 774 notícias relacionadas à temática. Outrossim, a decisão foi selecionada com base no critério da atualidade, uma vez que o julgamento ocorreu em 17 de fevereiro de 2016.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria estava assentada no julgamento do HC 84.078/MG,⁴⁷³ de relatoria do Ministro Eros Grau, Acórdão no qual ficou reconhecida a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, uma vez que esta feriria o previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, a jurisprudência do STF dava-se na esteira de que a prisão decorreria necessariamente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento, o Ministro Relator, em sua fundamentação, asseverou o entendimento pretérito do STF, anterior ao HC 84.078/MG, afirmando que este aceitava a execução da pena, ainda que a decisão condenatória fosse recorrível, uma vez que os recursos direcionados às instâncias extraordinárias (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) não tinham efeito suspensivo. Afirmou, nesta esteira, que o princípio constitucional da presunção de inocência aplica-se somente aos graus de jurisdição ordinária, uma vez que somente perante o juiz singular e o Tribunal de segundo grau é permitida a análise fático-probatória. Assim, consignou o Relator que tendo havido em segundo grau juízo de culpabilidade do acusado, fundamentado em análise de conjunto probatório que não poderá ser revisto pelas instâncias extraordinárias, a relativização do princípio da presunção de inocência, e até mesmo sua inversão, seria admissível, de forma que seria cabível reconhecer-se a vigência do art. 637 do Código de Processo Penal, dispositivo que prevê que o Recurso Extraordinário não terá efeito suspensivo.

Lançou o Ministro Teori Zavascki a inteligência de que a execução da sentença penal condenatória na pendência de julgamento de Recurso Extraordinário não comprometeria o núcleo essencial do princípio do pressuposto da não culpabilidade, porquanto, até o julgamento em segunda instância o acusado foi tratado como se inocente fosse, e a ele foram assegurados todos os direitos e garantias inerentes ao processo penal. Daí que não seria contrário à Constituição a execução da sentença, enquanto pendentes de julgamentos os recursos interpostos à instância extraordinária. Asseverou seu entendimento mencionando diversos ordenamentos jurídicos alienígenas, nos quais é permitida a execução da sentença penal condenatória, ainda que pendente de recurso.

Afirmou o Relator, por fim, que as instâncias extraordinárias são utilizadas com fins protelatórios, de forma a dar-se a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que estes recursos não acarretam a interrupção do prazo prescricional. Nesta leitura, os recursos extraordinários

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-MG. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ em 26-02-2010.

antes de constituir uma garantia, representariam instrumentos de inibição da efetividade da jurisdição penal.

Votou o Relator, desta feita, por denegar a ordem de *habeas corpus*, tendo sido acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram vencidos pela manutenção da jurisprudência da Corte os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A presente decisão é determinante. Ela configura um tipo de julgamento que consubstancia o que aqui se chamou de supremacia judicial. A alteração do precedente do Supremo Tribunal Federal, no caso, não foi somente uma reversão de seu entendimento pretérito. Foi uma verdadeira deturpação da letra literal do texto da Constituição. Não foi somente uma decisão de supremacia judicial. Foi uma decisão *errada*. O que fez o STF neste julgamento foi assentar sua autoridade sobre a Constituição, foi afirmar-se como dono da Constituição.

Dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Da leitura, não há qualquer método interpretativo através do qual se extraia do dispositivo constitucional a possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da sentença. O trânsito em julgado da sentença implica que esta não é mais passível de recursos, não importando serem eles direcionados às instâncias ordinárias ou às instâncias extraordinárias. Trânsito em julgado não significa decisão de segundo grau. Trânsito em julgado importa em decisão final, *não passível de qualquer outro recurso*, significa imutabilidade da decisão.

Para o direito fundamental, nada importa se o recurso é (extra)ordinário, uma vez que a extraordinariedade de um recurso em nada afeta o significado de trânsito em julgado, tendo em vista que este é o marco final do processo penal. Aury Lopes Jr., assim como Lênio Streck,⁴⁷⁴ utilizaram suas colunas no boletim de notícias virtual “Consultor Jurídico” para reconhecer o erro da decisão, asseverando o primeiro jurista que:

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com Streck) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco

⁴⁷⁴ STRECK, Lênio. **Janot Cria um Novo Método Jurídico – a estatística e... não conta tudo!** Consultor Jurídico. 26 de abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-conta-tudo>>. Acesso em: 7 mai. 2016.

zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.⁴⁷⁵

O panorama brasileiro de supremacia judicial fica gritante a partir da leitura de decisão. O que fez o Supremo no julgado foi alterar o significado da Constituição, foi riscar dela a expressão “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O STF afirmou, a partir deste julgamento, que a Constituição não foi uma decisão política tomada pela sociedade brasileira a partir da Assembleia Constituinte mais democrática que já teve o país, mas sim que a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é, que o STF pode dizer qualquer coisa sobre a Constituição e os demais terão de segui-lo. Passou-se por cima de expressão literal do texto constitucional. Violou-se direito fundamental do cidadão brasileiro.

Nem mesmo pode-se tentar defender a decisão proferida pelo STF com o argumento de que ocorreu uma *mutação constitucional*, na medida em que esta, na leitura de Konrad Hesse, sempre pressupõe a vinculação com o texto escrito, o que ocorre na mutação, é a alteração de seu significado histórico que tem implicações na sua concretização, permanecendo o texto escrito inalterado.⁴⁷⁶ Em realidade, o que se fez no julgamento foi um verdadeiro *rompimento constitucional*, tendo em vista que houve o desvio do texto, sem sua alteração formal.⁴⁷⁷ Neste sentido, “Nesse caso não há uma *mutação*, mas *rompimento*. Por isso o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito”.⁴⁷⁸

Neste julgamento ficou assentado no ordenamento jurídico brasileiro o poder do Supremo Tribunal Federal em fazer da Constituição o que ele bem entende. Curiosamente, aquele que deveria ser o garante da Constituição e de seus preceitos fundamentais, foi aquele que violou direito fundamental, cláusula pétrea da carta constitucional. Daí que a supremacia judicial representa-se patológica no sistema constitucional brasileiro, na medida em que não há qualquer mecanismo que possibilite à sociedade ou aos demais poderes a reversão e a correção da inacertada e violadora decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 Jurídico**. Consultor Jurídico. 4 de mar. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 7 mai. 2016.

⁴⁷⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 51.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 46.

⁴⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

Patológica, portanto, uma vez que o guardião antes de proteger, efetivamente contribuiu para a morte da garantia fundamental da presunção de inocência.

4.2.2 Prisão de Parlamentar: a subversão das cláusulas constitucionais pelo guardião da Constituição

Da mesma forma que a decisão prolatada no julgamento do HC nº 126.292/SP, ao julgar a Ação Cautelar nº 4.309/DF⁴⁷⁹ o Supremo Tribunal Federal demonstrou seu poder e sua força institucionais. No acórdão fica evidente a medida de seu poder de influência no deslinde da crise política brasileira. A decisão foi selecionada para análise precisamente por demonstrar que o Supremo Tribunal Federal é o foro último de resolução de disputas políticas e que ele tem controle sobre a agenda política do país. A primeira afirmação, sublinhe-se, não necessariamente representa algo patológico para um ordenamento constitucional (o exemplo disso são os Estados Unidos, onde a Suprema Corte, exercendo a supremacia judicial, é substancialmente o foro último de decisões relevantes).

O problema, entretanto, vem na segunda afirmação: de que o STF tem o controle sobre a agenda política brasileira. A supremacia judicial pode tornar-se algo patológico para o sistema político quando ela é utilizada por um Tribunal que, tendo absoluto controle sobre sua agenda, subverte o teor literal dos preceitos constitucionais e, com isso, determina de forma crucial o deslinde de crises políticas. É inegável que a determinação da prisão do Senador Delcídio Amaral foi fator determinante para que ele firmasse acordo de delação premiada com o Ministério Público, o que, por sua vez, foi elemento decisivo para o processamento da Presidente Dilma Roussef, por ter a delação premiada do Senador trazido à superfície, na qual bate a luz pública, diversos crimes cometidos por integrantes do partido da então Presidente, o Partido dos Trabalhadores.

Por estas razões, a análise do julgado tem relevância para a exposição. Por demonstrar a subversão direta de cláusulas expressas do texto constitucional pelo seu guardião, bem como por revelar o poder que possui o Supremo Tribunal Federal sobre os demais poderes da República.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.309/DF. Relator: ZAVASCKI, Teori. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

A Ação Cautelar nº 4.039/DF⁴⁸⁰ foi requerida pelo Ministério Público Federal, na figura do Procurador Geral da República e teve como Relator o Ministro Teori Zavascki.⁴⁸¹ Fez-se requerimento de decretação de medida restritiva da liberdade do Senador Delcídio Amaral (então líder do Governo no Senado Federal), de André Santos Estevez, de Edson Siqueira Ribeiro Filho e de Diogo Ferreira Rodrigues, por estarem eles na tentativa de dissuadir Nestor Cerveró (ex-diretor da Petrobrás e réu na intitulada “operação Lava Jato”) de firmar acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal.

Afirmou o Procurador-Geral da República ter o Senador Delcídio Amaral oferecido valores em pecúnia para que Nestor Cerveró não entabulasse acordo de delação premiada. O auxílio financeiro, segundo aponta, seria custeado por André Estevez. Asseverou-se, também, que o Senador trabalharia para por Cerveró em liberdade, de forma que conversaria com os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, bem como promoveria a interlocução do Senador Renan Calheiros e do então Vice-Presidente Michel Temer com o Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Relator encontrou nos autos provas juntadas pelo Ministério Público Federal que considerou suficientes para sustentar a materialidade e a autoria do ilícito (crimes contra a administração da justiça, crimes contra a administração pública e organização criminosa). Denotou como presentes a necessidade de resguardo da ordem pública e a necessidade de resguardar a instrução criminal, uma vez que os demandados agiram no sentido de verdadeiramente obstruir os procedimentos investigatórios. Não haveria, na visão do Ministro Relator, qualquer outra medida cautelar suficiente para garantir a descontinuidade das práticas criminosas que a prisão preventiva.

Analizou, finalmente, o fato de tratar-se de pedido de prisão preventiva de Senador da República, protegido pela imunidade parlamentar prevista no art. 53, §2º da Constituição Federal, o qual prevê que parlamentar diplomado em exercício de mandato junto ao Congresso Nacional somente poder ter sua prisão decretada em caso de *flagrante de crime inafiançável*. Nesse sentido, para poder decretar a prisão preventiva do Senador, o Ministro Relator asseverou existir indícios de organização criminosa, crime este que classificou como permanente, de forma que haveria a possibilidade de flagrante a qualquer tempo. Afirmou, na mesma esteira, tratar-se de crime inafiançável por força do disposto no art. 324, IV do Código

⁴⁸⁰ A relevância na mídia, especializada ou não, da decisão proferida na AC 4.039/DF foi auferida através de ferramenta de busca na internet, onde ao procurar-se pela expressão “prisão Senador Delcídio Amaral STF” foram encontradas 13.700 notícias relacionadas à temática. Outrossim, a decisão foi selecionada com base no critério da intervenção nos demais poderes, por ter ela interferido diretamente em mandato eletivo de Senador Federal, bem como com base no critério da relevância política, uma vez que está vinculada à polêmica Operação Lava Jato. Finalmente, o critério da atualidade também faz-se presente na medida em que o julgamento deu-se na data de 24 de novembro de 2015.

⁴⁸¹ Destaca-se que o Relator do processo não foi fator determinante na escolha das decisões analisadas.

de Processo Penal, dispositivo legal que prevê que não haverá fiança quando presentes motivos autorizadores da prisão preventiva.

Assim sendo, entendeu o Ministro Teori Zavascki como presente situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decretando a prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral. Na data de 25 de novembro de 2015, um dia após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal decidiu pela manutenção da prisão do Senador Delcídio Amaral, por 59 votos a favor da manutenção, 13 votos contrários e uma abstenção.⁴⁸²

Foi a primeira vez na história brasileira em que um Senador foi preso no exercício de seu mandato. Dispõe o art. 53, §2º da Constituição Federal que “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. O dispositivo constitucional ata as possibilidades de prisão de parlamentar em exercício a uma única hipótese: caso em que ele seja pego em flagrante cometendo crime classificado pela legislação penal como inafiançável.

No petítório em que foi requerida a prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral, a Procuradoria Geral da República constatou que pela literalidade do dispositivo a prisão cautelar de parlamentar, pela redação do §2º do art. 53 da Constituição Federal, não seria possível.⁴⁸³ Assim, reconheceu o próprio Procurador Geral da República que, para que a prisão fosse decretada, seria necessária a “flexibilização” do artigo da Constituição, alegando que este preceito não se coadunaria com o sistema constitucional brasileiro. Afirmou-se, finalmente, que “O direito comparado corrobora a percepção de que a cunhagem dessa prerrogativa no constitucionalismo brasileiro merece exegese corretiva”.⁴⁸⁴

Vale destacar que basicamente o que fez a Procuradoria Geral da República foi pugnar pela invalidação, que chamou de “flexibilização”, mas que de flexibilizar não há nada; há sim invalidação da Constituição, em nome da consecução de um objetivo “maior”, que seria estancar a impunidade. Válido destacar que o Estado Democrático de Direito está assentado fundamentalmente em duas bases: (i) as garantias e direitos fundamentais; (ii) que servem

⁴⁸² Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/25/senadores-decidem-manter-prisao-de-deldidio-do-amaral>>. Acesso em: 7 mai. 2016.

⁴⁸³ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-pedido-prisao-deldidio-amaral.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2016, p. 36.

⁴⁸⁴ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-pedido-prisao-deldidio-amaral.pdf>. Acesso em: 8 mai. 2016, p. 36.

para refrear os abusos do Estado.⁴⁸⁵ No presente caso, por conseguinte, ambas foram violadas, violou-se garantia fundamental (a imunidade parlamentar) e o Estado utilizou-se de poderes arbitrários para fazê-lo. E mais, através de um poder que *supostamente* está institucionalmente configurado para proteger a Constituição, para ser seu guardião. Cabe questionar-se, assim, quem guarda o guardião quando tamanho abuso é cometido?

O Supremo Tribunal Federal aqui violou, novamente, frontalmente a literalidade de dispositivo constitucional, por meio de uma construção tipológica que não fez senão afirmar que os meios (violar o texto constitucional) justificam os fins (prender Senador que supostamente está obstruindo a justiça). O que fez o STF, a requerimento da Procuradoria Geral da República, foi violar uma garantia fundamental constitucionalmente assegurada. Ainda que o constitucionalismo brasileiro mereça correção neste ponto, como se asseverou na petição da PGR, esta não cabe ao STF, a correção do texto constitucional dá-se através de Emenda Constitucional, e não através de interpretações inventivas. Repise-se, na hipótese o dispositivo constitucional é claro na sua literalidade, não há espaço para qualquer outra interpretação, de forma que o Supremo, ao fazê-lo, não somente violou garantia fundamental de um cidadão brasileiro, ele também violou a separação de poderes, uma vez que alterou na literalidade o texto constitucional, função esta que não é da sua alçada, mas sim da alçada do Poder Legislativo, a quem cabe *legislar*.

Aqui, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal demonstrou a força política que possui. Aqui, mais uma vez, afirmou sua supremacia sobre os demais poderes ao afirmar que a Constituição Federal é o que ele diz que ela é. Não há somente a imposição às demais instâncias governamentais da sua visão sobre o texto constitucional, há, sim, a alteração das disposições constitucionais que é grosseiramente instituída: é assim porque o STF diz que é assim. Lenio Streck, analisando outro julgado do Tribunal (Reclamação 4.335/AC),⁴⁸⁶ mas cuja crítica faz-se análoga a aqui realizada, afirma que “sequer os limites semânticos do texto

⁴⁸⁵ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 15-16.

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4.335/AC. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 9 out. 2016. No caso, tratou-se de pedido de afastamento da vedação à progressão de regime em crimes hediondos, como foi julgada pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, no HC 82.959/SP. A reclamação, no entanto, veste-se de utilidade para fazer valer decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que nesta hipótese a decisão tem efeito vinculante *erga omnes*. Em caso de decisão proferida em sede de controle concentrado, caberia ao Senado Federal, pela disposição do art. 52, X da Constituição, suspender a execução da Lei declarada inconstitucional pelo STF. Em que pese a previsão constitucional, a maioria dos Ministros entendeu que onde se lê na Constituição que ao Senado caberia suspender a execução da Lei, deveria ler-se que a ele caberia dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade.

constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo em todas as esferas do Poder Judiciário de *terrae brasilis*”.⁴⁸⁷

Ao atuar desta forma, o Supremo Tribunal Federal deixa de cumprir seu papel dentro do esquema de separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário está assentado no fundamento de que “De pouco valem os dispositivos constitucionais que reconhecem a igualdade de todos perante a Lei, se não existem cortes de justiça que garantam ao cidadão seus direitos”.⁴⁸⁸ Nesta leitura, o Judiciário é reconhecido como o garante da Constituição, como o poder capaz de evitar a edição de Leis que contrariem seus pressupostos e suas garantias. É poder capaz de refrear o Executivo, “o inimigo natural da liberdade”.⁴⁸⁹

O Supremo Tribunal Federal foi, no presente caso, a agente violador daqueles preceitos e garantias constitucionalmente garantidos dos quais deveria ser o garante. Utilizou-se de sua força institucional e política para ser o agente supremo, o dono da Constituição, determinando aos demais poderes, e à cidadania como um todo, que a Constituição é sua e que dela ele pode fazer o que quiser. Esta é a patologia que pode ser ocasionada pela supremacia judicial.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁴⁸⁸ COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 22.

⁴⁸⁹ VIGIL, Francisco de Paula. Yo debo acusar. ¡Yo acuso! Disponível em: <http://constitucionweb.blogspot.com.br/2012/04/yo-debo-acusar-yo-acuso-discurso-de.html>. Acesso em: 8 mai. 2016.

CAPÍTULO III - A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: PROPOSIÇÕES PARA UMA REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA

A revisão judicial de constitucionalidade, o déficit democrático que a prolação de decisões de alta relevância moral e política pelo Poder Judiciário (mais especificamente por uma Corte imbuída no exercício da jurisdição constitucional) acarreta e o consequente questionamento do papel que deve a Corte exercer dentro de um sistema constitucional democrático, são problemas enfrentados pelos constitucionalistas contemporâneos. Em alguns panoramas de estabelecida supremacia judicial, a problemática instigou a busca por modelos e desenhos institucionais que solucionassem estes problemas. Daí as críticas feitas pelo constitucionalismo popular,⁴⁹⁰ pelo controle de constitucionalidade fraco⁴⁹¹ e pela relevância das circunstâncias do político.⁴⁹² Foi também na busca de respostas a estas perguntas que surgiram as teorias da justiça dialógica, dos diálogos constitucionais, dos diálogos institucionais, enfim, da teoria que aqui será para fins de síntese e de simplificação, chamada de *teoria dos diálogos constitucionais*.

Nesta senda, na busca de um diálogo efetivo, que tenha por objetivo maior estabelecer uma relação entre a cidadania e os três poderes na interpretação constitucional, acompanha-se a meta de Kent Roach, na medida em que este busca “desenhar um processo por meio do qual a sociedade possa lutar pelas respostas corretas de uma forma que respeite os direitos e a democracia e que inclua tanto a Corte como o Parlamento”.⁴⁹³

Para que se possa, em um segundo momento, abordar-se as construções teóricas mais relevantes para o tema, necessário faz-se, em uma primeira instância, demonstrar-se que elas foram fundamentalmente o produto de uma inquietação advinda do questionamento da legitimidade democrática da revisão judicial e da tomada de decisões de alta relevância moral, política e econômica por Cortes que exercitam a jurisdição constitucional, antes de por esferas políticas eleitas e representativas. Isto é, para iniciar-se a abordagem da teoria dos diálogos constitucionais primeiro acredita-se imperioso que seja realizada uma tentativa de desconstrução da ideia de supremacia judicial e, com isso, sejam abordados os marcos teóricos que, advogando contra a revisão judicial, analisam os problemas de seu déficit

⁴⁹⁰ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

⁴⁹¹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

⁴⁹² WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁴⁹³ Tradução livre do original: “[...] outline a process by which society can struggle for the right answers in a manner that respects both rights and democracy and includes both the Court and Parliament”. ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 6.

democrático e do papel adequado do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a primeira seção do capítulo será destinada à abordagem das explicações teóricas de Larry Kramer, de Jeremy Waldron e de Mark Tushnet. Com isso, espera-se assentar alguns pressupostos críticos contra a supremacia judicial.

A segunda seção, por sua vez, objetiva apresentar uma esquematização das teorias reconhecidas como dialógicas, a partir da sintetização realizada por Christine Bateup. Aborda-se, no ponto, tanto as teorias de método (as quais envolvem os conselhos judiciais, as regras centradas no processo e o minimalismo judicial) quanto as teorias estruturais (que dizem com as ideias de construção coordenada, de princípio judiciais, de equilíbrio e de parceria).

A terceira seção do capítulo tem por escopo a formulação de um conceito de diálogo constitucional que ultrapasse a formalidade e que seja viável para a realidade brasileira. Neste sentido, seu primeiro e segundo subtópicos são destinados à análise de algumas práticas existentes no Supremo Tribunal Federal que vão de encontro às premissas dialógicas que se acredita serem importantes na implementação de um diálogo constitucional, bem como à abordagem de alguns traços institucionais previstos na Constituição de 1988 que se crê que impossibilitam o diálogo e fomentam a supremacia judicial. O terceiro tópico, também dividido em dois subtópicos, almeja a inclusão de ferramentas deliberativas no processo de construção compartilhada do significado da Constituição, em razão de acreditar-se que a deliberação tem potencial epistêmico e pode auxiliar na busca de soluções mais acertadas. Neste sentido, e por fim, a partir destas premissas deliberativas, expõe-se o que se compreende por diálogo constitucional substancial.

A quarta e derradeira seção foi formulada no sentido de prescrever alguns mecanismos que, ainda que não superem a supremacia judicial, ao menos busquem mitigá-la, conferindo maior poder decisório às demais instâncias de poder e à população. Nesta senda, a partir do conceito material de diálogo constitucional, o qual antevê uma necessidade de real troca de argumentos, pugna-se pela reformulação de alguns institutos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro: as audiências públicas e os *amicus curiae*. Estas figuras têm por escopo tanto a inclusão social no processo decisório do STF, como a oportunização de um diálogo entre os poderes.

Por fim, no intuito de dar-se maior voz à cidadania e aos Poderes Legislativo e Executivo, propõe-se a criação de um mecanismo de veto popular de decisões judiciais, bem como a concepção de um tipo reformulado de cláusula de não obstante. Neste sentido, espera-se que com a inclusão destes mecanismos no sistema constitucional pátrio seja possível

menoscabar-se a supremacia judicial ostentada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a implementar-se um processo de construção compartilhada do significado da Constituição, por meio de um processo deliberativo de diálogo constitucional estabelecido entre as esferas governamentais (três poderes) e a sociedade como um todo.

1 PRINCIPAIS MARCOS TEÓRICOS DE CRÍTICA À REVISÃO JUDICIAL

Em que pese a teoria dos diálogos não apresentar um marco teórico que seja seu expoente último, aqui serão abordados diversos autores que, ao fazerem críticas à supremacia judicial, em especial da Suprema Corte norte-americana, edificaram fundações a partir das quais foi possível indagar-se os verdadeiros fundamentos em que está assentada a supremacia judicial, bem como a respeito de seu caráter antidemocrático, e, também, relativamente à atuação “contramajoritária”. Neste contexto, os autores a seguir abordados foram relevantes na medida em que souberam colocar em cheque o desenho institucional dos pesos e contrapesos no qual estão assentadas grande parte das democracias contemporâneas, questionando o papel exercido pelas Cortes Constitucionais neste esquema.

Foi a partir de sua leitura que se enxergou a necessidade de redefinição de modelos institucionais que possibilitassem o efetivo acesso da população ao que Roberto Gargarella denominou a *sala de máquinas* da Constituição.⁴⁹⁴ No ponto, entretanto, necessário colocar-se que esta necessidade será abordada do ponto de vista do Poder Judiciário, em especial das Cortes que exercem a jurisdição constitucional, e da imprescindibilidade da construção de modelos institucionais que possibilitem o acesso direto da cidadania e dos demais poderes ao trabalho da Corte, na medida em que esta vem sendo, em razão da supremacia judicial, o foro último de quase toda e qualquer decisão política e moral fundamental.

Neste contexto, demonstraram-se leituras canônicas para o desenvolvimento teórico que fundamentalmente levou à teoria dos diálogos constitucionais e à busca pela construção de um conceito de diálogo substancial as obras de Larry Kramer, de Mark Tushnet e de Jeremy Waldron. Foi a partir do acesso aos marcos teóricos destes autores que foi viável encontrar-se a teoria dos diálogos constitucionais como possível solução à supremacia judicial.

⁴⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

1.1 LARRY KRAMER E O CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Larry Kramer é um dos principais expoentes norte-americanos da teoria constitucional crítica que ficou conhecida como *constitucionalismo popular*. Foi por meio de sua obra *The People Themselves* que o autor ficou conhecido pela crítica realizada à supremacia judicial da Suprema Corte norte-americana. No livro, o autor desenvolve estudo no qual faz diversos apontamentos sobre como a supremacia judicial foi sendo construída ao largo dos séculos no constitucionalismo norte-americano, afirmando que, ao revés da ideia assentada que se tem atualmente, a revisão judicial nem sempre existiu no panorama constitucional dos Estados Unidos.

O constitucionalismo popular, neste contexto, pressupõe o povo como agente ativo e verdadeiro dono da Constituição realizando o controle da constitucionalidade dos atos advindos do Governo por meio de mecanismos de controle democráticos (exógenos ou horizontais). Na busca de demonstrar seu argumento, o autor realiza um apanhado histórico do constitucionalismo norte-americano expondo de que forma a supremacia judicial e a Suprema Corte foram, ao longo do tempo, dominando o poder sobre a palavra final sobre o significado da Constituição, isto é, de que forma a supremacia judicial foi paulatinamente substituindo o constitucionalismo popular.

Larry Kramer inicia sua abordagem em momento anterior à independência dos Estados Unidos através da análise da Constituição costumeira e de que forma ela representava o consentimento dos governados, de que maneira ela era observada como um contrato por meio do qual os governados conferiam determinados poderes aos governantes, limitando-os e reservando para si determinados direitos e privilégios.⁴⁹⁵ Isto é, Kramer começa a análise do constitucionalismo popular a partir da perspectiva de que a Constituição é um documento político fundamental. Assim sendo, eventuais alterações na Constituição costumeira poderiam ocorrer por meio de expressões da vontade popular⁴⁹⁶ ou da mudança nos costumes da população, o que chamou de *prescrição*.⁴⁹⁷

Neste contexto, por conseguinte, não havia espaço para a revisão judicial. Como resposta à questão de quem, então, controlaria a constitucionalidade das Leis, o autor responde: o povo. Para ele “A comunidade tinha tanto um direito como uma responsabilidade de agir quando o processo legal ordinário falhava, e leis inconstitucionais podiam ser

⁴⁹⁵ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 12.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 15.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 16.

resistidas pelos membros da comunidade os quais continuavam a professar lealdade ao Governo e seguir suas leis”.⁴⁹⁸

Como mecanismos institucionais acessíveis à população para que ela fosse capaz de exercer este tipo de controle, menciona-se o voto, o direito de petição e o direito de reunião. Outrossim, caso o controle institucional não se demonstrasse suficiente para realizar as demandas, os protestos e as rebeliões também eram instrumentos dos quais utilizavam-se os cidadãos do Século XVIII para assegurar a constitucionalidade dos atos das esferas governamentais.

É com este pano de fundo que Kramer propõe uma reflexão acerca do funcionamento do controle de constitucionalidade dos atos governamentais desde a revolução norte-americana e a fundação, por meio das análises dos escritos de Thomas Jefferson, de James Madison, de Alexander Hamilton, dentre outros “pais fundadores”, buscando demonstrar que a supremacia judicial da Suprema Corte foi construída politicamente ao longo da história. Isso em razão de, aponta Kramer, ter sido a revolução estadunidense uma afirmação popular de soberania e de defesa da Constituição costumeira.⁴⁹⁹

Assim, a partir da revolução, quatro fatores foram relevantes para um primeiro surgimento da revisão judicial: (i) com a independência veio a responsabilidade de governar como nunca antes; (ii) as novas Constituições eram escritas; (iii) o surgimento de novas oportunidades de conflitos constitucionais em razão da conjunção dos dois primeiros fatores; e (iv) a soberania popular.⁵⁰⁰ Isso porque, partindo da premissa de que a Constituição era um documento supremo, cuja autoridade última residia no povo, qualquer Lei promulgada pela legislatura que contrariasse seus preceitos seria nula. Assim sendo, era dever também do Judiciário não ignorar esta nulidade, não aplicando aquela Lei, respeitando-se, portanto, a vontade suprema do povo.⁵⁰¹ Ao menos em seus argumentos iniciais, desta feita, a revisão judicial era afirmada com base no constitucionalismo e na soberania populares, uma vez que ela deveria ser exercida na medida em que os juízes também seriam os agentes do povo.

O princípio da revisão judicial da constitucionalidade Leis não foi, todavia, pacificamente aceito no contexto norte-americano.⁵⁰² Opunham-se à prática aqueles que observaram a Constituição como documento limitante do povo para a legislatura, de forma

⁴⁹⁸ Tradução livre do original: “The community itself had both a right and a responsibility to act when the ordinary legal process failed, and unconstitutional laws could be resisted by community members who continued to profess loyalty to the government and to follow its other laws”. KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 25.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 49.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 49-57.

⁵⁰¹ *Ibid*, p. 60.

⁵⁰² *Ibid*, p. 65-72.

que caso esta última ultrapassasse este limite constitucionalmente imposto, caberia ao primeiro fazer com que ela retornasse ao seu devido lugar. Isto é, o verdadeiro *check* da legislatura era a população, uma vez que somente ela tinha a autoridade soberana para a interpretação da Constituição.

Não obstante, as Cortes foram paulatinamente assumindo papel mais proeminente na interpretação Constitucional. Salienta Larry Kramer que isso se deu em razão da incorporação das aceções das negativas dos juízes na aplicação de Leis por ele tidas por inconstitucionais, uma vez que esta negativa representava um ato político-legal realizado em nome do povo.⁵⁰³ Assim, foi-se justificando a revisão judicial e a interpretação constitucional pelo Poder Judicial com o fundamento de que os juízes, assim como qualquer outro cidadão, ou instituição governamental, também estariam obrigados a cumprir a palavra da Constituição, de forma que justificada a negativa de aplicação de Lei por eles reconhecidas como inconstitucionais.

Foi neste cenário que a Suprema Corte afirmou sua autoridade no julgado *Marbury v. Madison*. Também foi com este pano de fundo que as afirmações sobre a revisão judicial instituíram uma mudança de tom, de forma que a palavra do povo e a soberania popular, em seu significado real e ativo, começaram a perder força, “até que a forma legalista de falar sobre uma constituição veio a parecer tão natural e normal que ninguém pensou duas vezes sobre isso”,⁵⁰⁴ até que a resistência às decisões da Suprema Corte tornou-se cada vez mais infrutífera.

Aventa o autor, desta forma, a questão de que atualmente a cidadania vê-se fora do processo de construção democrática, dado que o panorama atual “alterou fundamentalmente o significado da cidadania republicana através, como matéria conceitual, da retirada do cidadão ordinário do processo de formação do direito constitucional”.⁵⁰⁵ O constitucionalismo popular perdeu força porquanto a política, agora dominada pelos partidos, perdeu sua capacidade efetiva de prover um contrapeso ao Governo, na medida em que a sociedade norte-americana ia diversificando-se.⁵⁰⁶

A partir disto, Kramer busca elucidar e rebater a doutrina norte-americana que justifica a supremacia judicial a partir de argumentos da necessidade de uma palavra final quando se trata de Direito constitucional. Por meio de sua reconstrução histórica demonstra ele que a

⁵⁰³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 98.

⁵⁰⁴ Tradução livre do original: “[...] until the legalist way of talking about a constitution came to seem so natural and normal that no one thought twice about it”. *Idem*, p. 149.

⁵⁰⁵ Tradução livre do original: “[...] it has fundamentally altered the meaning of republican citizenship by, as a conceptual matter, taking ordinary people out of the process of shaping constitutional law”. *Ibidem*, p. 233.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 172.

supremacia judicial foi construída politicamente, de forma que não necessariamente existe (ou deveria existir) uma palavra final. Outrossim, assevera que não há verdadeiramente uma palavra final quando se fala em Direito.⁵⁰⁷

Válido sublinhar que para Kramer, o constitucionalismo popular jamais foi contra a revisão judicial de constitucionalidade, mas tão somente contra a supremacia judicial e a consequente percepção de que a Corte é que deveria ter a palavra final sobre a interpretação da Constituição e não o povo ou seus representantes eleitos.⁵⁰⁸ Isto é, Kramer enfatiza que o cânone do constitucionalismo popular seria a separação de poderes, e, assim, cada poder do Governo teria o direito de fazer sua interpretação sobre o significado da Constituição independentemente dos outros dois, o viés departamentalista do autor estadunidense.

Isto é, a Constituição seria antes um documento de um leigo do que um documento de um advogado.⁵⁰⁹ E é isso que o constitucionalista faz transparecer quando conta a história constitucional norte-americana: que ante dois caminhos (o constitucionalismo popular e a supremacia judicial) o povo escolheu, ao menos durante os primeiros cem anos de história constitucional norte-americana, o constitucionalismo popular e que a visão hoje dominante na doutrina, da supremacia judicial, foi sustentada por homens que inicialmente perderam a batalha contra o constitucionalismo popular.⁵¹⁰

Nesse sentido, importante salientar que ainda que o constitucionalismo popular não seja a teoria utilizada como base na presente dissertação sua relevância é ímpar. Isso porque, foi por meio das inquietações apresentadas por Kramer e da exploração histórica por ele efetuada que se questiona a legitimidade democrática das Supremas Cortes na tomada de decisões não só eminentemente políticas, mas que dizem diretamente com os direitos fundamentais dos cidadãos.

Foi através da leitura de Larry Kramer que se pode por em cheque a visão da supremacia judicial, que se pôde questionar porque seriam os Tribunais os órgãos mais adequados para ditar a “palavra final”, mais adequados, inclusive, do que as legislaturas eleitas e cuja responsabilidade pode ser posta em questão a cada eleição periódica. A leitura da obra de Larry Kramer é fundamental na medida em que apresenta perspectiva pioneira sobre a construção da supremacia judicial, realizando perguntas fundamentais sobre a legitimidade democrática do instituto.

⁵⁰⁷ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 234.

⁵⁰⁸ *Idem*, p. 208.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 207.

⁵¹⁰ *Ibid*, p. 208.

Foram estas indagações que tornaram tão relevante o constitucionalismo popular na teorização e na percepção da necessidade de desconstrução deste modelo de supremacia judicial, da necessidade de criação de uma institucionalidade mais democrática, na qual a população tenha acesso direito às esferas governamentais. O constitucionalismo popular faz-se de relevância ímpar como marco teórico pois coloca em cheque a visão hoje assentada da soberania judicial no exercício do controle de constitucionalidade, bem como na medida em que questiona a autoridade governamental fundada em uma “soberania popular” abstrata que, na prática, não logra efetuar nenhum tipo de governança popular.

É neste contexto, e partir das questões trazidas pela teoria popular de Larry Kramer, que se percebeu a necessidade de construir de um modelo de diálogo dentro do esquema de separação de poderes que poderá alterar o modelo de Governo da sociedade brasileira. Um modelo de diálogo que tenha por norte não só a democratização das esferas governamentais, mas também, e na esteira do constitucionalismo popular, a relevância que a sociedade deve ter dentro do esquema de separação de poderes e que, portanto, a inclua no processo de formação e de decisão.

1.2 JEREMY WALDRON E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO POLÍTICO

Jeremy Waldron é um filósofo político que em uma das suas mais célebres obras, *Law and Disagreement*, analisa os vários desacordos existentes na sociedade, tais como aqueles sobre visões de justiça, sobre a existência de Deus ou sobre o significado da vida. O autor busca redefinir a visão a partir da qual usualmente são observadas as legislaturas e seu processo decisório dentro das sociedades para os teóricos contemporâneos. Busca, em uma primeira instância, realizar uma reconstrução filosófico-política do papel e do processo decisório através do qual são dirimidos os desacordos morais da sociedade, defendendo, para isso, o sistema de decisão majoritário, bem como racionalizando os procedimentos internos aos Parlamentos, que, segundo aponta, servem para dar igual consideração e respeito ao processo de tomada de decisão. Ao fato de que a pluralidade das sociedades faz existir desacordos que sempre farão parte do processo democrático, o autor deu o nome de as *circunstâncias do político*. Isto é, as circunstâncias do político, para ele, significam uma forma de agir coletivo, em que pese haja desacordos sobre qual é a melhor solução (como, por

exemplo, a votação majoritária), o que faz com que aquela solução (por exemplo uma Lei) seja merecedora de respeito.⁵¹¹

Merece destaque a sua visão filosófico-política que enfatiza a existência de desacordos morais e políticos dentro de uma sociedade e sobre como resolvê-los. Defende ser este método de resolução o processo de tomada de decisão majoritário, ao mesmo tempo em que critica a deferência à revisão judicial das sociedades modernas. Assevera o autor, que o fato de a tendência a permitir que poucos (juízes) decidam sobre os desacordos sobre direitos existentes dentro de uma sociedade, por medo de uma *falaciosa* tirania da maioria,⁵¹² não faz sentido algum, dado que estes (os juízes), também desacordam entre si, e também decidem suas divergências com a regra da maioria.⁵¹³

Afirma o autor que existe uma espécie de acordo tácito nas sociedades contemporâneas a partir do qual a autoridade de que provém a legislação deve residir em grandes assembleias representativas popularmente eleitas.⁵¹⁴ E isso em que pese o consenso que dita que quanto maior o número de pessoas que compõe determinado grupo, menor será a qualidade de conhecimento que seus membros terão, ou seja, menor será a racionalidade que guia o processo de elaboração da Lei. Na busca de respostas do porquê de grandes assembleias, ainda que haja o consenso de que elas não são a melhor opção, Jeremy Waldron salienta que o acordo tácito provém do direito medieval e da *lex terrae*, uma vez que esta somente poderia ser modificada pelo rei acompanhado da *communitas regni* (a comunidade política do reino). Isto é, afirma o filósofo político que o ideário contemporâneo de grandes assembleias, parte da premissa de que a autoridade da *communitas regni* deriva do fato de que o melhor interesse de uma comunidade no que concerne às suas necessidades e desejos, somente por ela pode ser definido.⁵¹⁵

Daí surgem as objeções à forma pela qual a assembleia representativa efetivamente decide seu melhor interesse: o voto. Primeiro, no que diz com as críticas ao fato de que quanto maior o número que compõe a assembleia, menor a qualidade da decisão, salienta Waldron que existem procedimentos internos que ocorrem nas assembleias representativas que racionalizam, organizam e formalizam os procedimentos de tomada de decisão. Segundo,

⁵¹¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 108.

⁵¹² Waldron afirma que a votação majoritária pode, eventualmente, descambar em tirania ou injustiça, contudo, sublinha que qualquer mecanismo que objetive resolver o problema da escolha da cidadania frente a desacordos pode, por ventura, desaguar no mesmo problema, inclusive quando se está tratando de mecanismos cujo escopo é definir o que é tirania e o que é injustiça. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 247.

⁵¹³ *Idem*, p. 15.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁵¹⁵ *Ibid*, p. 59.

relativamente à objeção de que, ao fim e ao cabo, não importa o quanto racional e organizada tenha sido a deliberação, tudo isto será olvidado na medida em que uma Lei será promulgada ou não com base no voto da maioria, que desconsidera a racionalidade por trás da deliberação. Neste ponto, afirma o autor que este mesmo raciocínio pode ser aplicado aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, na medida em que este também resolve seus dissensos através do voto majoritário.⁵¹⁶

Nesta esteira, o autor defende o método de decisão majoritária na medida em que este “tenta dar a cada visão individual o maior peso possível no processo, compatível com um peso igual para a visão de cada um dos outros”.⁵¹⁷ O processo de decisão majoritária, por conseguinte, ao contrário do que afirmam seus críticos, antes concede o máximo de espaço para cada opinião individual do que solapa a racionalidade por trás da decisão. A técnica de decisão majoritária, por conseguinte, concede certa autoridade e determinado respeito à solução vencedora.

É neste contexto que Jeremy Waldron coloca a revisão judicial em cheque. Isso porque parte ele da premissa de que todo cidadão tem igual direito a participação na governança democrática, não somente no que diz com a definição substancial das questões políticas, mas também na definição procedimental, isto é, na definição de qual o melhor procedimento por meio do qual a sociedade deve definir-se politicamente. Assim sendo, afirma o filósofo político:

Eu argumentarei que o nosso respeito por estes direitos democráticos é seriamente questionado quando são feitas propostas para alterar decisões sobre a concepção e a revisão de princípios básicos da legislatura para a corte, do povo e de suas reconhecidamente imperfeitas instituições representativas para poucos homens e mulheres, supostamente sábios, virtuoso e de altos princípios quem, pensa-se, podem sozinhos ser confiados a levar a sério as grandes questões que levantam.⁵¹⁸

Isto é, Waldron tenta afastar-se dos argumentos do senso comum que objetam a revisão judicial. Antes, a crítica como sendo instrumento que é inerentemente oposto ao princípio da participação e da governança democráticas, na medida em que busca demonstrar que não há necessariamente ligação entre a defesa de direitos fundamentais, de um ponto de

⁵¹⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 90-91.

⁵¹⁷ Tradução livre do original: “[...] it attempts to give each individual’s view the greatest weight possible in this process compatible with and equal weight for the views of each of the others”. *Idem*, p. 114.

⁵¹⁸ Tradução livre do original: “I shall argue that our respect for such democratic rights is called seriously into question when proposals are made to shift decisions about the conception and revision of basic principles from the legislature to the courtroom, from the people and their admittedly imperfect representative institutions to a handful of men and women, supposedly of wisdom, learning, virtue, and high principle who, it is thought, can alone be trusted to take seriously the great issues that they raise”. *Ibidem*, p. 213.

vista filosófico e político, e o comprometimento com uma carta de direitos escrita com o instituto da revisão judicial.⁵¹⁹

Isso porque, segundo ele, ao positivizar-se determinado direito isso não necessariamente representa um benefício, na medida em que se ata aquele direito à fraseologia utilizada para sua redação. Assim, a positivação do Direito, que gera o benefício de imunizá-lo, pode ser obscurecida pelo fato de que se perde muito em termos de evolução do livre discurso político,⁵²⁰ tanto pela legislatura quanto pela cidadania, na medida em que o fato de direito estar escrito em uma carta constitucional torna quase impossível sua alteração.

Explica que as pessoas são vistas como merecedoras de direitos na medida em que são enxergadas como agentes morais em potencial, que têm capacidades dignas e autônomas, de forma que é em razão disso que são encarregadas do seu autogoverno. Neste cenário, o autogoverno deriva do fato de que as pessoas possuem direitos precisamente porque podem ser confiadas com responsabilidades políticas perante a comunidade. Partindo desta afirmação (que as pessoas têm direitos pelos mesmos motivos que tem responsabilidades políticas), Waldron questiona o porquê do êxtase por uma linguagem de direitos positivada que mutila as faculdades das instituições representativas.⁵²¹

Desta feita, o aparente conflito entre a participação majoritária (que para Waldron é parte da teoria da autoridade) e os direitos não passa de aparência, na medida em que quando uma sociedade define que, por exemplo, o direito de igual participação será o “direito dos direitos” (como sustenta Waldron) ela estabelece que este será o fundamento da autoridade, isto é, que ele será o fundamento do porque aceitar a decisão X e não a decisão Y. Assim sendo, não há conflito entre o Direito (D) e a participação majoritária, porquanto esta última é o fundamento de autoridade daquele (D), ou seja, se a existência e a definição do conteúdo de (D) dependem do voto da maioria, não há conflito uma vez que a própria existência de (D) como um direito dependente da autoridade conferida a ele pela decisão da maioria.⁵²²

Nesse sentido, ainda que tenha o povo feito um pré-compromisso com a revisão judicial, no sentido de se auto impor limites na eventualidade de a maioria querer violar direitos de uma minoria, essa forma de pré-compromisso mina as bases nas quais está assentado o ideal de autogoverno. Isso porque, ao repassar este poder a outro sujeito, por exemplo um Tribunal, não está o povo atando-se a sua própria decisão, que está apenas sendo delegada ao Tribunal. Em verdade, o que está sendo delegado é o próprio poder de fazer o

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 212.

⁵²⁰ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 221.

⁵²¹ *Idem*, p. 223.

⁵²² *Ibidem*, p. 248-249.

juízo sobre qual a decisão é a mais adequada. Minam-se as bases do autogoverno, portanto, na medida em que ele está fundado no princípio de que a cidadania é governada por seus próprios julgamentos; ao passar esta faculdade para outro sujeito (o Tribunal) não existe mais autogoverno,⁵²³ uma vez que não é o povo que faz os seus próprios julgamentos.

Em termos de qualidade democrática, sustenta Waldron que ainda que o Tribunal tome a decisão certa, perde-se algo no caminho quando se permite que uma instituição que não tem relação direta com a cidadania decida o que a democracia requer. Antes, portanto, deixar-se que os representantes eleitos pelo povo tomem esta decisão, ainda que ela seja a errada, tendo em vista que, neste segundo cenário, foi a própria cidadania que, por meio da representação, decidiu.⁵²⁴ Nesse sentido, a medida da democracia não é mensurada por seus resultados substanciais, mas sim pela potencialidade da população em se autogovernar.

Desta feita, a qualidade da democracia reside no fato de os cidadãos não são criaturas egoístas que sempre irão tomar decisões somente com base em seu auto-interesse. Antes disso, ela é medida pela forma através da qual a cidadania engaja-se no debate que objetiva a resolução de seus desacordos, é a medida da participação de cada um, em condições de igualdade, no que diz com o debate e com a governança democráticos. A qualidade da democracia, por conseguinte, é medida a partir da participação democrática na definição de como uma sociedade deve viver em conjunto, sabendo que sempre haverá desacordos, tanto sobre quais são os direitos que cada um deve ter, como sobre qual é medida da justiça, ou ainda, sobre o próprio procedimento sobre o qual a tomada de decisões deve ocorrer.

Por meio de argumentos e objeções democráticas à revisão judicial, Jeremy Waldron apresenta teoria filosófico-política por meio da qual é possível vislumbrar-se os pontos que objetam diversos argumentos sustentados em favor do controle de constitucionalidade, redirecionando a governança democrática à cidadania. Por conseguinte, sua relevância dá-se justamente por rebater ele grandes juristas mundialmente reconhecidos pela defesa da revisão judicial, e de que o Tribunal é melhor lugar para garantir os resultados certos em termos de democracia (tais como Ronald Dworkin).

No mesmo sentido que Larry Kramer, a obra de Jeremy Waldron coloca em cheque a revisão judicial, por minar esta as bases democráticas, e por, da mesma forma, retirar da população a possibilidade de definir-se politicamente, inclusive quando se está falando em quais direitos serão assegurados dentro da comunidade. Importante destacar-se que, como veremos no próximo ponto, o autor também se ocupou da teoria dos diálogos, na medida em

⁵²³ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 260-266.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 293-294.

que buscou analisar algumas perspectivas sobre o diálogo entre as Cortes e a legislatura, tendo também analisado o tipo de sociedade em que ele pode ocorrer. Assim sendo, sua obra faz questionar a revisão de constitucionalidade e sua essência, na mesma medida em que, posteriormente, busca soluções para a crítica feita à revisão judicial, o que acarretou a busca de respostas que, ainda que não fossem totalmente contrárias à revisão judicial das Leis, ao menos auxiliassem na resolução do dilema da legitimidade democrática e da perda que ela ocasiona em termos de autogoverno.

1.3 MARK TUSHNET E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO

Assim como Larry Kramer, Mark Tushnet também advoga em favor de uma doutrina popular de constitucionalismo. O título de uma de suas obras é extremamente provocativo e demonstra precisamente a teoria do autor: *Taking the Constitution Away From the Courts* (Retirando a Constituição das Cortes). Uma das principais distinções a partir da qual assenta sua obra, é a diferença, por ele realizada, entre a parte da Constituição que ele chama de *grossa (thick)*, e a parte da Constituição que ele chama de *fina (thin)*. A parte grossa da Constituição refere-se à organização do Governo, e dentre as suas características encontra-se, por exemplo, o silêncio judicial, seja em razão de serem estas cláusulas tão expressas que sobre elas não pairam dúvidas, seja em razão de poder-se contorná-las sem, necessariamente, violá-las.⁵²⁵ A Constituição fina, por sua vez, é a parte da Constituição relacionada com as garantias fundamentais, tais como a igualdade e a liberdade de expressão. Isto é, a parte fina da Constituição seria diretamente relacionada com os princípios de que todos nascem iguais e de que todas as pessoas possuem direitos inalienáveis.⁵²⁶ O direito constitucional *populist*⁵²⁷ defendido por Tushnet refere-se à parte fina da Constituição.

⁵²⁵ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 10.

⁵²⁶ *Idem*, p. 11.

⁵²⁷ Destaca-se, no ponto, a opção pela utilização da expressão no original, ao invés de traduzi-la a língua portuguesa, uma vez que isto implicaria no emprego do termo “populista”, o que, no contexto latino-americano, tem implicações muito diferentes do que quando utilizado pelo autor, em seu contexto pátrio estadunidense. Para Octavio Ianni, “[...] o populismo latino-americano parece corresponder a uma etapa específica na evolução das contradições entre a sociedade nacional e a economia dependente. A natureza do governo populista (que é onde se exprime mais concretamente o caráter do populismo) está na busca de uma nova combinação entre as tendências do sistema social e as determinações da dependência econômica. Nesse contexto, as massas assalariadas aparecem com um elemento político dinâmico e criador. As massas populistas (por suas ações, tanto quanto na forma pela qual são manipuladas) possibilitam a reelaboração da estrutura e atribuições do Estado. Segundo as determinações das próprias relações sociais e econômicas, na época do populismo, o Estado revela uma nova combinação dos grupos e classes sociais em âmbito nacional e nas relações externas. O colapso das oligarquias liberais ou autoritárias constituídas no século XIX, juntamente com as crises do imperialismo europeu e norte-americano, abrem novas possibilidades à reorganização do aparelho estatal, isto é, do Estado

É sobre a Constituição fina que a cidadania discorda, na medida em que ela trata daqueles direitos vistos como verdadeiramente fundamentais; os desacordos dão-se exatamente por não haver consenso total sobre quais são e o que significam estes direitos fundamentais. Neste contexto, a teoria de um direito constitucional *populist* de Mark Tushnet implica que estes desacordos sobre a Constituição fina deverão ser resolvidos pelo povo, ainda que não somente por ele, através dos meios ordinários de comunicação política.⁵²⁸ Isto é, o compromisso do constitucionalismo *populist* de Tushnet é com a democracia.⁵²⁹

O autor defende, assim, que a atuação da população fora das Cortes pode ignorar a interpretação judicial da Constituição, desde que o povo esteja fazendo interpretações razoáveis da parte fina da Constituição.⁵³⁰ Isso pode dar-se na medida em que, através da análise do cenário norte-americano, o que constitui um povo como tal são os preceitos da Constituição fina.⁵³¹

Respondendo aos defensores da revisão judicial, que assentam sua defesa no argumento de que os juízes têm mais incentivos e capacidade técnica do que os legisladores, por exemplo, para defender a Constituição, Tushnet afirma que isso se dá, em parte, em razão do próprio instituto da revisão judicial. Sublinha o constitucionalista que “nem o povo nem seus representantes têm que levar a Constituição a sério porque eles sabem – ou acreditam – que as Cortes o farão. O cálculo político poderia mudar se o povo soubesse que ele seria o responsável pela Constituição”.⁵³²

Outrossim, afirma Mark Tushnet que a revisão judicial é defendida na medida em que seus advogados acreditam que conseguirão obter vitórias perante as Cortes que não poderão ocorrer na arena política.⁵³³ Tal assertiva, segundo o autor, não é verdadeira. Isso porque, ao analisar diversos posicionamentos da Suprema Corte norte-americana, concluiu ele que a revisão judicial tem tendências a acompanhar e a reforçar as visões da maioria política,⁵³⁴ tendo em vista não serem os juízes totalmente independentes de pressões políticas, e considerando que o seu procedimento de nomeação é político.

com a sociedade nacional. Aí as massas aparecem como um elemento político importante e às vezes decisivo. In: IANINI, Octavio. **A Formação do Estado Populista na América Latina**. 2. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1991, p. 09.

⁵²⁸ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 14.

⁵²⁹ *Idem*, p. 31.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 50.

⁵³² Tradução livre do original: “Neither the people nor their representatives have to take the Constitution seriously because they know – or believe – that the courts will. Political calculations might change it people knew that they were responsible for the Constitution”. *Ibidem*, p. 66.

⁵³³ *Ibidem*, p. 129.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 134-135.

Nesta senda, Tushnet advoga pelo fim da revisão judicial, na medida em que, sustenta, não se pode justificá-la⁵³⁵ a partir de uma esperança de que eventualmente ela produzirá os resultados que dela são esperados. Afirma, assim, que sua abolição teria um efeito claro: “retornaria a tomada de decisões ao povo agindo politicamente. Faria do direito constitucional *populist*, o único direito constitucional que há”.⁵³⁶ O constitucionalismo *populist*, assim, implica no princípio de todos devem participar na formação do direito constitucional por meio da participação política,⁵³⁷ ele objetiva atribuir esta responsabilidade à população.

Buscando uma fórmula que efetivamente retirasse a Constituição das Cortes, Mark Tushnet cita as propostas de Emendas Constitucionais feitas pelo Senador Burton Wheeler e pelo juiz Robert Bork. Wheeler, esta última permitindo que o Congresso pudesse invalidar um julgamento de inconstitucionalidade da Suprema Corte através do voto de 2/3 de ambas as casas, desde que entre a decisão e a sua invalidação houvesse ocorrido uma eleição. Bork, por sua vez, propôs uma Emenda que autorizasse a reversão da decisão da Suprema Corte por voto da maioria simples do Congresso. Estas ideias, contudo, afirma Tushnet, não se comprometem com a abolição total da revisão judicial. Sustenta que a Constituição irlandesa providencia o modelo ideal. Sugere uma Emenda Constitucional que preveja que “As provisões desta Constituição não devem ser cognoscíveis por nenhuma corte”.⁵³⁸

Assim, assinala Tushnet que:

O constitucionalista *populist* acredita que o público geralmente deveria participar na formação do direito constitucional mais aberta e diretamente. A Declaração de Independência e o Preâmbulo da Constituição [dos Estados Unidos] dão a todos nós esta oportunidade. Como dito por Lincoln, a Constituição pertence ao povo. Talvez seja a hora de nós a reivindicarmos das cortes.⁵³⁹

De outra banda, Mark Tushnet em livro mais recente intitulado “*Weak Courts, Strong Rights*” de certa forma abandona a ideia de uma abolição total da revisão judicial, em favor de uma fórmula em que ela é deveras enfraquecida. Diferencia o constitucionalista duas fórmulas de revisão judicial: a forte e a fraca.

⁵³⁵ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 163.

⁵³⁶ Tradução livre do original: “It would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is”. *Idem*, p. 154.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 157.

⁵³⁸ Tradução livre do original: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court”. *Ibidem*, p. 175.

⁵³⁹ Tradução livre do original: “The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts”. *Ibidem*, p. 194.

Dentro da primeira categoria ele aloca o tipo de revisão judicial exercida pela Suprema Corte norte-americana, na medida em que esta aumenta a tensão entre a aplicação judicial das normas constitucionais e a governança democrática. Conceitua o constitucionalista o modelo de revisão forte como aquela em que as “interpretações judiciais da Constituição são finais e não revisáveis por maiorias legislativas ordinárias”.⁵⁴⁰ Contudo, afirma que ainda que as interpretações judiciais sejam finais elas não são perpétuas, na medida em que podem ser alteradas por meio de Emenda Constitucional ou revisadas pela própria Corte, havendo mudança na sua composição.

A forma fraca de revisão judicial, por sua vez, tem como objetivo a redução desta tensão entre a democracia e a Constituição, reconhecendo, contudo, que devem haver limites à governança democrática. Isto é, a revisão judicial fraca “fornece mecanismos para o povo responder a decisões que ele razoavelmente acredita ser erradas que podem ser utilizados mais rapidamente do que uma emenda constitucional ou do que processo de apontamento judicial”.⁵⁴¹ A forma fraca de revisão judicial, por conseguinte, parte da premissa de que podem haver desacordos *razoáveis* sobre o que significam os direitos fundamentais e que nem sempre os juízes serão os únicos a apresentar uma interpretação razoável sobre eles.

A diferença, portanto, entre os dois tipos de revisão judicial dá-se na medida em que a revisão judicial forte permite a alteração pelos poderes políticos da visão da Corte no longo prazo, a passo que a revisão judicial fraca permite que essa revisão ocorra no curto prazo.⁵⁴² Nesse sentido, Tushnet, ao advogar por uma forma fraca de revisão judicial, está indo em favor de um tipo de diálogo entre as Cortes e as legislaturas.⁵⁴³

Assim como o constitucionalismo popular de Larry Kramer, o direito constitucional *populist* e a revisão judicial fraca de Mark Tushnet demonstram-se marcos teóricos fundamentais para enfrentar-se a teoria dos diálogos. Isso porque, a primeira faz questionar-se o papel exercido pelo Poder Judiciário nas democracias modernas, de forma a instigar o exame da validade democrática do exercício do controle de constitucionalidade e a segunda elabora um tipo de revisão judicial que aqui, em alguma medida, busca-se estabelecer – um tipo dentro do qual a palavra da Corte não seja a última, criando-se um diálogo entre a população, a legislatura, o Executivo e o Judiciário. E não só isso, a teoria de Tushnet é

⁵⁴⁰ Tradução livre do original; “[...] judicial interpretations of the Constitution are final and unrevisable by ordinary legislative majorities”. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009, p.33.

⁵⁴¹ Tradução livre do original: “[...] provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment process”. *Idem*, p. 23.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴³ *Ibid*, p. 43.

fundamental na medida em que demonstra que os argumentos nos quais é assentada da revisão judicial não são tão sólidos quanto seus defensores gostariam que fossem.

Na mesma esteira, o constitucionalismo *populist* demonstra como a sociedade perde em termos democráticos de autogoverno quando delega seu poder de avançar os preceitos constitucionais nos quais ela assenta-se a uma Corte. A forma fraca de revisão judicial, por sua vez, busca demonstrar como, em realidade, a interpretação constitucional, feita tanto por juízes como por legisladores, apresenta desacordos razoáveis sobre questões constitucionais, de forma que não se pode afirmar, *a priori*, que os primeiros façam um melhor trabalho na interpretação da Constituição do que os segundos.

2 ALGUNS MODELOS DE DIÁLOGO: CHRISTINE BATEUP E A PROMESSA DIALÓGICA

No presente tópico, seguiremos a esteira de Ramaís de Castro Silveira,⁵⁴⁴ bem como de Cecília de Almeida Silva e outros,⁵⁴⁵ de forma que o panorama geral das teorias de diálogo constitucional será explorado a partir da tipologia realizada por Christine Bateup, em artigo intitulado *The Dialogic Promise*.⁵⁴⁶ No artigo, a autora faz uma espécie de apanhado de teorias dialógicas, norte-americanas e canadenses, desenvolvidas por diversos constitucionalistas contemporâneos. Prescreve a constitucionalista que a emergência do diálogo constitucional se deu em razão de que a teoria constitucional vem sendo determinada pelo fato de que o exercício da revisão judicial é incompatível com a democracia. No mesmo sentido, compreende Bateup uma falha do constitucionalismo contemporâneo em resolver este dilema, especialmente quando o tema é direcionado aos direitos fundamentais, na medida em que os esforços acadêmicos direcionados para a criação de soluções interpretativas que objetivassem resolver a questão da tensão entre democracia e revisão judicial não se demonstraram suficientes.

Aponta Christine Bateup três correntes teóricas direcionadas à criação de soluções interpretativas no intuito de mitigar o déficit democrático da revisão judicial. A primeira delas é aquela que a autora chamou de originalista, que busca o significado da Constituição na palavra dos pais fundadores, mencionando como expoente do originalismo Robert Bork e

⁵⁴⁴ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 135-163.

⁵⁴⁵ SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁴⁶ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005.

Antonin Scalia. A segunda oferece visão mais substancial do processo de interpretação judicial, de forma que os juízes poderiam acessar o conteúdo moral dos valores inscritos na Constituição, expoente desta vertente é Ronald Dworkin. Em terceiro lugar, menciona Bateup o influente constitucionalista norte-americano, John Hart Ely, e a sua teoria procedimentalista de revisão judicial de *representative-reinforcing*, isto é, que os juízes somente deveriam exercer a revisão judicial quando há um desvio no processo democrático. Sublinha a insuficiência da tentativa realizada por estes juristas na medida da impossibilidade de efetivamente impor-se freios ao Judiciário, na medida em que ele é o próprio intérprete destas barreiras.⁵⁴⁷

Neste contexto, algumas premissas da qual parte a autora são o fato de que as diversas teorias reconhecidas como dialógicas desenvolvidas objetivam superar o déficit democrático do controle de constitucionalidade ou descrever as interações ocorridas entre o Poder Judiciário e os demais poderes, a partir de uma perspectiva de que julgamentos que envolvem questões constitucionais partem (ou deveriam partir) de um processo de interação dialógica entre estes poderes. Isto é, o foco da análise do DC é o processo de tomada de decisão, observado a partir de uma visão institucional de interação na elaboração dos valores constitucionais.

Por meio da análise das diversas teorias que classifica como dialógicas, Bateup objetiva averiguar se dentre elas há alguma que efetiva sua promessa normativa. Seu critério, para isso, é se a teoria abordada resolve, fundamentalmente, duas questões: (i) o problema de legitimidade democrática da revisão judicial; e (ii) providencia um papel atrativo para a revisão judicial dentro de uma democracia. A autora previne, já no início de sua exposição, que as teorias mais proíficas, do ponto de vista de sua abordagem, serão aquelas classificadas como teorias de equilíbrio e de parceria, uma vez que estas providenciam explicações mais fecundas sobre o papel do Judiciário, sem, no entanto, conceder-lhe papel proeminente ou especial.

Prevê Bateup que há diferentes tipologias de DC que podem ser enxergadas a partir do ponto de vista dos objetivos que buscam realizar. A primeira a autora chama de teorias *descritivas* ou *positivas*, mais empiricamente fundamentadas, na medida em que “buscam providenciar uma descrição positiva do contexto institucional no qual as diferentes esferas do governo operam, desenvolvendo seus discernimentos (*insights*) normativos com base nesta

⁵⁴⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 09.

descrição”.⁵⁴⁸ Por outro lado, assinala Bateup poder ser uma segunda tipologia classificada como *prescritiva*, uma vez que esta reconhece a desnecessidade de que a palavra proferida pelo Judiciário seja a final, de maneira que fornece visão sobre como o diálogo constitucional deveria ocorrer, tendo por premissa este fato.

Sobre a tipologia de Christine Bateup, afirma Ramaís de Castro Silveira:

Ela difere as teorias descritivas (positivas, empíricas), daquelas que são prescritivas (normativas), ainda que ressaltando a dificuldade de enquadrar plenamente cada abordagem em um ou outro grupo. Num extremo estão as teorias que trazem uma visão positiva acerca do real funcionamento da dinâmica conversacional entre os poderes. Numa posição intermediária, há teorias que reconhecem que a palavra final (supremacia) não é um imperativo do controle judicial de constitucionalidade, tecendo prescrições sobre como deve se dar o diálogo com base nesta premissa. E, no outro extremo, há teorias fundamentalmente normativas, que desenham como deveria funcionar um sistema jurídico dialógico que operasse em circunstâncias ideais.⁵⁴⁹

Neste sentido, uma crítica realizada ao DC de tipo prescritivo é justamente a sua falta de bases empíricas, porque não está suficientemente fundamentada na realidade palpável de como efetivamente funciona a revisão judicial, ao revés, sua normatividade pauta-se por como o controle de constitucionalidade *deveria funcionar*. Quando se direciona a análise às teorias positivas, este problema, no entanto, não se faz presente, uma vez que esta tipologia assinala papel de destaque ao Judiciário. Todavia, a crítica realizada a esta segunda vertente é sua incapacidade de demonstrar porque a revisão judicial é relevante, e qual o papel que deveria desempenhar dentro de uma sociedade democrática.

No ponto, afirma Bateup que as teorias de diálogo constitucional que mais se demonstram frutíferas são aquelas que logram ao mesmo tempo comprovar que o juiz tem um papel único e importante na interação institucional, sem privilegiar a visão por ele apresentada. Ver-se-á, a seguir, os diferentes tipos de teorias de DC classificadas pela constitucionalista dentro das categorias positiva e prescritiva, de forma a assinalar seus pontos fortes e fracos, demonstrando-se, por fim, a conclusão da autora sobre qual delas melhor responde às duas perguntas que ela se propõe a responder.

⁵⁴⁸ Tradução livre do original: “[...] seek to provide a positive account of the institutional context in which the different branches of government operate, developing their normative insights on the basis of this description”. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 14.

⁵⁴⁹ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 141.

2.1 TEORIAS DO MÉTODO JUDICIAL

Inicia-se abordando as teorias prescritivas, isto é, aquelas destinadas a definir um tipo de técnica de *decision-making* judicial de forma a fomentar alguma espécie de diálogo sobre os valores constitucionais como entendidos pelo Judiciário e como entendidos pelos poderes políticos. A crítica dá-se na medida em que elas não levam em consideração a institucionalidade por trás da dinâmica pré-existente do sistema constitucional.⁵⁵⁰

2.1.1 Conselhos Judiciais (*Judicial Advice-giving*)

Os conselhos judiciais pressupõem alguma forma de relação quase paternal entre o Judiciário e os poderes políticos, com o primeiro fornecendo formas de interpretação, não vinculativas, dos valores constitucionais ao Executivo e ao Legislativo, de forma que estes possam evitar problemas de inconstitucionalidade. A ideia aqui é precisamente evitar que a legislação aprovada seja levada ao crivo do Judiciário, na medida em que realizada em consonância com a visão constitucional apresentada por ele.

Afirma Bateup serem duas as formas que os conselhos judiciais podem ocorrer:

Primeiro, juízes podem invalidar legislação com fundamentos constitucionais, e ainda assim fornecer conselhos às esferas políticas no que concerne aos métodos constitucionais para atingir o mesmo fim. Comentaristas têm referido-se a estes métodos como “mapas constitucionais”, permitindo que juízes declarem inconstitucionais leis mas que ofereçam um “mapa” para os legisladores seguirem quando elaboram nova legislação. Segundo, juízes podem declarar leis constitucionais, ao mesmo tempo em que usam técnicas que encorajam atores políticos a revisar a legislação a fim de remover ambiguidades e imprecisões da lei.⁵⁵¹

Os constitucionalistas que defendem o *Advice-giving* compreendem esta modalidade como uma facilitadora de um diálogo sobre o significado dos valores constitucionais entre a legislatura, o Executivo e o Judiciário, na medida em que permitem que os juízes respeitem a Constituição ao mesmo tempo em que anuam que os atores políticos se manifestem sobre as

⁵⁵⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 17.

⁵⁵¹ Tradução livre do original: “First, judges may invalidate legislation on constitutional grounds, yet also provide advice to the political branches regarding constitutional methods, for achieving the same end. Commentators have referred to such method as “constitutional maps”, enabling judges to strike down statutory provisions but then offer a “road map” for legislator to follow when they draft new legislation. Second, judges may uphold legislation as constitutional, while at the same time using techniques that encourage political actors to revise statutes in order to remove ambiguities and vagueness from the law”. *Idem*, p. 18.

controvérsias constitucionais, diminuindo, portanto, as preocupações com as dificuldades contramajoritárias. Bateup, contudo, tem sérias dúvidas sobre se os conselhos judiciais deveriam ser, de todo, considerados uma teoria dialógica. Primeiramente porque eles assinalam um papel de inteiro destaque à função judicial na interpretação da Constituição, presumindo possuírem os juízes capacidades especiais para a realização da tarefa. Daí que afirmar que ela diminui as preocupações com a dificuldade contramajoritária faz-se inoportuno, uma vez que reserva quase nenhum espaço para a avaliação política independente, de forma que, no longo prazo, o julgamento legislativo vai sendo substituído pela perspectiva legal. Também, este ângulo presume que os atores políticos não conseguem, sem o auxílio judicial, decidir de maneira racional sobre o significado dos valores constitucionais, partindo, portanto, de uma visão de que o Legislativo está sempre buscando realizar os interesses majoritários egoístas.⁵⁵²

É difícil provar empiricamente que o Judiciário seria a esfera do princípio e o Legislativo e o Executivo seriam as esferas do auto-interesse. Em razão disto, os conselhos judiciais podem antes ser observados como uma forma de incentivar e de justificar que juízes ativistas ditem o significado da Constituição do que como uma forma de diálogo constitucional.

2.1.2 Regras Centradas no Processo (*Process-centered Rules*)

As teorias baseadas em regras centradas no processo têm por escopo garantir que os valores constitucionais sejam sopesados no momento da decisão pelos atores políticos. O papel do juiz, aqui, é verificar se a Constituição foi substancialmente respeitada na elaboração da legislação, e, constatando que não foi, compelir a legislatura e o Executivo a fazê-lo.

Uma das regras utilizadas para isto é a *second-look* (segunda mirada), utilizada quando o Legislativo não deu a devida atenção aos direitos fundamentais, tal como pode ocorrer em momentos de pânico, crise ou falta de tempo necessário quando da aprovação da legislação. Neste sentido, o Judiciário invalida a legislação possivelmente ofensiva, determinando que a legislatura dê uma *segunda mirada* no assunto, permitindo, contudo, que ela possa recriar a mesma legislação. Este processo permitiria a abertura de uma conversa entre o Judiciário e os atores políticos sobre os valores constitucionais, de forma que eles possam criá-los de maneira

⁵⁵² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 21-22.

conjunta.⁵⁵³ Esta perspectiva supera muitos problemas observados nos conselhos judiciais na medida em que cria um maior espaço de ação para os poderes políticos na tarefa de interpretar a Constituição, não subestimando o processo de tomada de decisão dentro da legislatura e do Executivo.

A despeito disso, as regras centradas no processo ainda possuem problemas, especialmente no que concerne à legitimidade democrática da revisão judicial. Primeiro, porque é difícil dizer quando juízes se utilizam de regras centradas no procedimento ou quando se utilizam de regras mais substanciais para declarar uma Lei inconstitucional, de forma que em sendo empregadas regras mais substanciais, emerge uma vez mais o problema do déficit democrático. Outrossim, o processo político é cheio de meandros, de forma que a composição do Legislativo que elaborou a primeira legislação pode não mais estar interessada a fazê-lo, ou pode ter mudado em razão de eleições, o que dificulta a existência do diálogo.

2.1.3 Minimalismo Judicial

O minimalismo judicial parte da premissa da abstenção judicial, permitindo que as decisões sejam tomadas nas esferas políticas. Assim, por meio do minimalismo judicial, os juízes isentam-se da tomada de decisão em questões politicamente sensíveis, ao mesmo tempo em que fomentam o diálogo constitucional, uma vez que permitem que os atores políticos resolvam os problemas políticos de alta relevância por meio da utilização do processo democrático de tomada de decisão política, também solucionando, por conseguinte, a dificuldade contramajoritária, na medida em que a Corte, ao adotar técnicas de decisão minimalista, assinala ao Legislativo que ele não poderá recorrer a ela para a resolução de questões constitucionais difíceis. Alexander Bickel⁵⁵⁴ e Cass Sunstein⁵⁵⁵ são reconhecidos como advogados do minimalismo judicial.

A crítica ao minimalismo vem no sentido de que ele deixa à inteira descrição do Judiciário a decisão de participar ou não na decisão do significado da Constituição, na medida em que defende que as técnicas minimalistas devem ser empregadas somente em casos de altos custos políticos, e devem ser deixadas de lado em outros casos, sob pena de maximizar-se o erro judicial e minar o Estado de Direito (*Rule of Law*). No mesmo sentido, em termos de

⁵⁵³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 24.

⁵⁵⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁵⁵⁵ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

qualidade do diálogo, o minimalismo pode prejudicá-lo, uma vez que dá muito pouca voz à Corte.

As teorias de método judicial, na visão de Christine Bateup, não logram em satisfazer os objetivos a que se propõem, porquanto não resolvem o problema contramajoritário ocasionado pela revisão judicial, ao mesmo tempo em que partem de visões demasiadamente idealizadas de como ela funciona, isto é, estão desconectadas da realidade empiricamente demonstrável. Outrossim, ao assegurar a função de início do diálogo totalmente ao Judiciário, deixam de compreender a relação institucionalmente estabelecida entre ele e os atores políticos.⁵⁵⁶

2.2 TEORIAS ESTRUTURAIS DE DIÁLOGO

As teorias estruturais de diálogo estão baseadas no reconhecimento da existência de uma institucionalidade que circunda a relação entre a legislatura, o Executivo e o Judiciário e que possibilita que estes dois primeiros atores possam responder ao terceiro na existência de desacordos sobre a interpretação dos valores constitucionais. As teorias estruturais agregam papel especial ao ator jurídico, sem, contudo, lograr em demonstrar uma visão normativa satisfatória do porque o juiz deve assumir esta posição privilegiada.

2.2.1 Teorias de Construção Coordenada

As teorias de construção coordenada já foram analisadas no presente trabalho, quando da abordagem dos Presidentes norte-americanos que foram reconhecidos como sustentadores de uma visão *departamentalista* de interpretação da Constituição. Neste sentido, tais teorias não assinalam nenhum papel especial ao Judiciário, antes preveem que cada um dos três poderes é coordenado e independente do outro, e deve interpretar a Constituição de acordo com a suas visões dentro de suas funções constitucionalmente assignadas.

O problema que emerge desta teoria é precisamente o fato de que ela não assinala sobre qual parte da Constituição cada poder deve ter autoridade interpretativa, o que pode

⁵⁵⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 31.

levar à anarquia interpretativa⁵⁵⁷ e é inconsistente com o sistema de pesos e contrapesos. Os defensores da teoria de interpretação coordenada, no entanto, prescrevem que, em realidade, quando um Tribunal realiza a revisão judicial ele está agindo como contrapeso aos poderes políticos. No mesmo sentido, estes últimos agem como pesos políticos ao Judiciário na medida em que podem desafiar a visão da Corte, de forma que as decisões judiciais não são finais. Neste sentido, a teoria de construção coordenada fornece uma sustentação suficientemente forte para aliviar as preocupações contramajoritárias agregadas à revisão judicial.

Sublinha Bateup, contudo, que a construção coordenada falha em construir uma justificativa normativa ou descritiva do diálogo constitucional. No mesmo sentido, outro problema destacado pela autora é a visão competitiva de diálogo construída pela teoria, na medida em que ela “foca na competição mútua pelo significado constitucional, devido à posição central dos pesos e contrapesos”,⁵⁵⁸ o que a constitucionalista não vê com bons olhos, tendo em vista que é duvidável que o caminho mais certo para a elaboração de valores constitucionais mais duradouros seja por meio de um sistema de competição mútua. Finalmente, a teoria falha em demonstrar qual é a especial contribuição do juiz nesta relação, uma vez que se assumindo que ele somente é mais uma voz dentre as competidoras, então seria mais democraticamente aceitável deixar que este papel fosse desempenhado por uma instituição com maior representatividade dentro da sociedade.

2.2.2 Teorias de Princípio Judicial (*Theories Of Judicial Principle*)

As teorias de princípio judicial podem ser compreendidas como positivas, na medida em que asseguram ao juiz papel único na relação dialógica, em razão de suas capacidades institucionais no que diz com questões de princípio. A crítica aqui reside no fato de que elas prescrevem uma legislatura deferente aos pronunciamentos judiciais sobre questões relacionadas a princípios.

Na perspectiva da teoria do princípio e da responsabilização política da Corte (*principle and political checks on the Court*), os juízes são observados como agentes mais capazes para lidar com questões principiológicas, tanto por estarem apartados da política,

⁵⁵⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 34.

⁵⁵⁸ Tradução livre do original: “[...] focus on mutual competition for constitutional meaning, due to the central position of checks and balances”. *Idem*, p. 39.

como por considerarem a constitucionalidade das Leis em casos concretos, o que, afirma-se, proporciona-lhes a oportunidade de operar como um segundo fórum de decisão.⁵⁵⁹

No entanto, ainda que as Cortes sejam identificadas como fóruns de princípio, reconhece-se a possibilidade de erros judiciais. Assim sendo, os teóricos de princípio descrevem um sistema no qual há a possibilidade de correção destes equívocos por meio de um sistema de responsabilização política (*political checks*). Neste sentido, por exemplo, é a possibilidade de o Congresso norte-americano limitar a jurisdição da Suprema Corte em sede de apelação; a capacidade de o Congresso reeditar a Lei declarada inconstitucional, seja pelo processo legislativo ordinário ou de Emenda Constitucional; ou ainda, por meio do apontamento de novos juízes para compor a Suprema Corte pelo Presidente. No Canadá, esta responsabilização política da Corte pode dar-se pelo emprego da cláusula de *override* contida no artigo 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense,⁵⁶⁰ a qual preserva a tarefa de fórum de princípio ao Judiciário ao mesmo passo em que provê uma válvula de escape em caso de desacordo com seus ditames.

Portanto, nesta visão, muitas das preocupações com dificuldade contramajoritária dissipam-se, considerando-se a previsão da possibilidade de revisão pelos atores políticos em caso de desacordo com a decisão proferida judicialmente. Outrossim, ela tem sucesso em justificar o papel único que o juiz exerce no diálogo.

Contudo, a teoria de princípio e de responsabilização política da Corte sofre também, para Bateup, de diversas dificuldades. A primeira delas é o fato de que é empiricamente complexo demonstrar-se que o Tribunal é um fórum de princípio. Isso porque, levando-se em consideração que questões relacionadas a direitos fundamentais não necessariamente possuem uma resposta “correta”, é difícil imaginar-se que juízes logrem responder a estas perguntas de forma finalística. Também se demonstra complicado comprovar empiricamente que os juízes possuem melhores condições morais de decidir sobre direitos fundamentais por estarem insulados do processo político. Esta afirmação, sublinha Christine Bateup, parte meramente de uma “esperança” que a revisão judicial oferece, ainda que seja historicamente verificável que as Cortes nem sempre ajam a proteção de direitos de minorias.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 41.

⁵⁶⁰ *Idem*, p. 44.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

Assim sendo, assinala a constitucionalista que as teorias de princípio e de responsabilização política da Corte contêm uma contradição interna que pode ser observada em dois sentidos:

Primeiro, se o judiciário é realmente uma instituição superior na deliberação de questões de princípio, por que deveriam os poderes políticos do governo ser confiados a corrigir erros judiciais? [...] a reivindicação de que os poderes políticos deveriam poder corrigir decisões que resultam de erros judiciais é teoricamente deficiente, na medida em que requer uma teoria abrangente de interpretação que determine objetivamente aqueles casos nos quais o judiciário efetivamente cometeu um erro.⁵⁶²

Nesta senda, admitindo-se que juízes possuem capacidades interpretativas especiais, outro problema vem à tona. Isso porque, a despeito do fato de que a legislatura possa superar a decisão da Corte, é muito razoável presumir-se que os poderes políticos irão deferir às decisões proferidas pelos Tribunais ao revés de fazer seus próprios julgamentos independentes sobre questões de princípio. Para Bateup, também a teoria de princípio e de responsabilização política da Corte faz-se normativamente deficiente na perspectiva do diálogo constitucional.

Por outro lado, a teoria de princípio e articulação legislativa (*principle and legislative articulation of policy*) prescreve à legislatura uma capacidade única e especial, reconhecendo sua voz e sua competência institucional no que concerne a elaboração de políticas (*policies*). O diálogo, assim, ocorreria “quando as legislaturas respondem ao Judiciário de uma forma que respeitam os pronunciamentos principiológicos da Corte, mas que permitem que ela articule a importância de seus objetivos de política [*policy*] mais amplos”.⁵⁶³ Portanto, também esta visão parte da premissa de que o Judiciário tem uma habilidade única para deslindar questões de princípio, em razão do seu insulamento político, ainda que admita que

⁵⁶² Tradução livre do original: “First, if the judiciary is indeed a superior institution to deliberate on issues of principle, why should the political branches of government be trusted to correct judicial mistakes? [...] the claim that the political branches should be able to overturn decisions which result from judicial error is theoretically deficient, as it requires an overarching theory of interpretation to objectively determine those cases in which the judiciary has actually fallen into error”. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 48-49.

⁵⁶³ Tradução livre do original: “[...] when the legislature responds to the judiciary in a way that respects the Court’s principled pronouncements, but which also allows it to articulate the importance of its wider policy objectives”. *Idem*, p. 50.

ele nem sempre dará a resposta certa. Exponentes desta corrente são Kent Roach,⁵⁶⁴ Alison Bushell e Peter Hogg.⁵⁶⁵

Aqui, a decisão judicial é observada como o ponto de partida do diálogo com a Corte contribuindo com sua visão única e especial relativamente a questões de princípio. As legislaturas, por sua vez, em razão de sua capacidade institucional de melhor considerar as formas pelas quais os objetivos de política podem ser atingidos, “podem lembrar às cortes porque a imposição de limites a direitos pode ser requerida em contextos particulares, e discutir porque elas consideraram e rejeitaram outras alternativas”.⁵⁶⁶ Esta perspectiva em geral está relacionada com a seção 1 da Carta Canadense, que prevê a possibilidade de imposição de limites aos direitos fundamentais dentro de determinados limites aceitáveis em uma sociedade democrática.⁵⁶⁷

Também observa Bateup um problema concernente ao fato de que a teoria de princípio e articulação legislativa de políticas vê o Judiciário como um fórum de princípio. Isso porque, assim como foi asseverado na seção antecedente, ela parte de uma premissa negativa do Legislativo, como se este fosse o órgão do auto-interesse, e muito idealizada do Judiciário. Nesta senda, acaba que o diálogo ainda permanece centrado na esfera judicial, tendo em vista que o papel assinalado à legislatura é deveras passivo, uma vez que o diálogo é iniciado pela Corte.⁵⁶⁸ Desta feita, assevera Bateup que em que pese a evolução em termos de qualidade do diálogo apresentados pela teoria de princípio e articulação legislativa de políticas, ainda permanecem lacunas normativas.

2.2.3 Teorias de Equilíbrio

As teorias de equilíbrio são reconhecidas por Christine Bateup como asseguradoras de papel diferenciado ao Judiciário. Aqui, a função que ele cumpre seria de promover um debate sobre os valores constitucionais com a sociedade como um todo, de forma a fomentar uma

⁵⁶⁴ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

⁵⁶⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**. v. 35. n 1. p. 75-124, 1997.

⁵⁶⁶ Tradução livre do original: “[...] can remind courts why limits on rights may be required in particular contexts, and discuss why they may have considered and rejected other alternatives”. BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue**. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 52.

⁵⁶⁷ Prevê a seção 1 da Carta canadense de Direitos e Liberdades: “1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁵⁶⁸ BATEUP, Christine. *op. cit.*, p. 55.

discussão que, ao fim e ao cabo, desaguará em um equilíbrio sobre o significado da Constituição. A despeito disso, afirma a constitucionalista não lograrem as teorias de equilíbrio explicar de forma satisfatória qual seria o papel da revisão judicial no sistema constitucional.⁵⁶⁹ Exponentes desta corrente são o aqui já trabalhado Barry Friedman,⁵⁷⁰ bem como a obra de Robert Post e de Reva Siegel.⁵⁷¹

O subtítulo da obra de Barry Friedman é sugestivo em termos de análise, *Como a opinião pública influenciou a Suprema Corte e moldou o significado da Constituição*. Para o autor norte-americano, fundamentado em estudos que averiguam a influência da opinião pública sobre as decisões da Suprema Corte, esta possui uma certa liberdade decisória nos casos perante ela arguidos, contudo, não pode ela distanciar-se demasiado das opiniões dos demais poderes políticos e da população, sob pena de ver-se atacada, por exemplo, por meio do apontamento de novos *Justices*.

Sobre a obra de Friedman, afirma Bateup:

Ainda que estes estudos mostrem que a Corte é pesadamente controlada, Friedman argumenta que decisões judiciais têm uma importante função no sistema constitucional na medida em que elas servem para fomentar (ou continuar) uma discussão nacional ampla sobre o significado constitucional. Como resultado, a Corte age como formadora e facilitadora de uma discussão social sobre os valores constitucionais. Em declarando suas próprias visões sobre o significado do texto constitucional, a Corte ativamente canaliza e promove um debate social em andamento, sintetizando as várias, e possivelmente díspares, visões sobre o significado constitucional e articulando o debate de forma constitucionalmente explícita. No processo, a Corte também media as visões dos diferentes participantes do debate e forma os termos nos quais o futuro debate deve continuar.⁵⁷²

⁵⁶⁹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 57.

⁵⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009; e FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. **Michigan Law Review**. v. 91. n. 4. p. 577-682, fev 1993.

⁵⁷¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Trd. Leonardo García Jaramillo, Laura Saldiva e Gustavo Beade. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013; e POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. v. 42. p. 373-433, 2007.

⁵⁷² Tradução livre do original: “While these studies show that the Court is heavily constrained, Friedman argues that judicial decisions still play an important function in the constitutional system as they serve to spark (or continue) a broader national discussion about constitutional meaning. As a result, the Court acts as the shaper and facilitator of society-wide discussion about constitutional values. In declaring its own views about the meaning of the constitutional text, the Court actively channels and fosters ongoing societal debate by synthesizing the various, and possibly disparate, views about constitutional meaning and by articulating that debate in an explicitly constitutional form. In the process, the Court also mediates the views of different participants in the debate and shapes the terms in which future debate might proceed”. BATEUP, Christine. *op. cit.*, p. 58.

Assim sendo, o papel da Corte seria facilitar e promover o diálogo constitucional, não só institucionalmente, como também trazer a sociedade civil para o debate, de forma a criar um equilíbrio constitucional duradouro. Post e Siegel, na esteira de Friedman, também asseveram ser desejável um sistema de equilíbrio, na medida em que ele tem maiores capacidades de conformar uma visão mais popularmente aceita do significado dos valores constitucionais. Afirma Bateup que alertam os autores, todavia, para a possibilidade de que o Tribunal domine a discussão constitucional, de forma a formatá-la totalmente em termos jurídicos, retirando a carga política da Constituição, de forma que, no longo termo, tanto os atores políticos como a população, podem deixar de engajar-se no debate, deferindo aos pronunciamentos da Corte, maximizando, também, as preocupações sobre a legitimidade democrática da revisão judicial.⁵⁷³

Destaca Christine Bateup, contudo, que pecaram estes autores por não dar a devida atenção aos casos de menor repercussão, na medida em que aqui há um engajamento político muito menor, de forma que é criado espaço deveras grande para que a Corte possa atuar por meio da supremacia judicial. Afirma a autora que a teoria de equilíbrio tem avanços normativos substanciais relativamente as demais analisadas, na medida em que perpassa a esfera meramente institucional, criando espaços a serem preenchidos pela população no diálogo constitucional, em que pese ter reconhecido o decréscimo no engajamento popular na política na sociedade norte-americana.

Reconhece a autora, o valor da teoria de equilíbrio justamente por promover esta inclusão da população na definição do significado do texto constitucional:

Para atingir-se esta profunda cultura de respeito pelos direitos, valores de direitos humanos devem efetivamente ser internalizados por todos os membros da sociedade. O melhor modo de atingir isto e de promover a legitimidade dos compromissos constitucionais com os direitos como expressões importantes do autoconhecimento de uma nação pode ser adaptando ou desenhando sistemas de diálogo constitucional de uma forma que reconheça o papel central do povo na discussão constante sobre os valores fundamentais.⁵⁷⁴

Paradoxalmente, afirma que este também é um furo da teoria de equilíbrio, tendo em vista que ao focar na promoção do diálogo com a sociedade, ela deixa de lado a função da

⁵⁷³ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 63.

⁵⁷⁴ Tradução livre do original: “In order to achieve this deep culture of respect for rights, human rights values must be effectively internalized by all members of a society. The best way to achieve this and to foster the legitimacy of constitutional commitments to rights as important expressions of a nation’s self-understanding may well be adapting of designing systems of constitutional dialogue in a way which recognizes the central place of the people in ongoing discussion about fundamental values”. *Idem*, p. 67.

institucionalidade (poderes políticos) nesta relação. Isso também porque em casos de pouca saliência política é difícil um grande engajamento social. Daí a necessidade de uma maior inclusão também dos atores políticos no diálogo.

2.2.4 Teorias de Parceria

O modelo apresentado pela teoria de parceria ao mesmo tempo em que não privilegia o papel do Judiciário na relação dialógica, reconhece que os diferentes poderes podem contribuir com diferentes visões, a partir dos pontos fortes e fracos de cada um. Neste sentido, “Atores judiciais e não judiciais são concebidos como participantes iguais no processo de tomada de decisão constitucional e podem dialogicamente contribuir na busca de melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas”.⁵⁷⁵ Janet Hiebert⁵⁷⁶ é a expoente da teoria de parceria.

Para Hiebert, os objetivos normativos estão situados no fato de que cada instância de poder pode realizar os seus próprios julgamentos independentes no que diz com os valores inscritos na Carta Canadense, sem almejar satisfazer as pretensões do outro,⁵⁷⁷ ainda que estes discordem. Rejeita a autora, nesta senda, as proposições de que o Judiciário seria um fórum de princípio, na medida em que prevê que cada ator da relação traz as suas qualidades e suas visões institucionais para o diálogo constitucional, ainda que reconheça, segundo Bateup, que “o relativo isolamento dos juízes das pressões políticas e sociais concede-lhes um grau maior de liberdade na identificação das circunstâncias nas quais objetivos legislativos indevidamente restringiram direitos”.⁵⁷⁸

Assinala Bateup que a visão apresentada por Janet Hiebert demonstra-se mais realista visto que não presume possuir o Judiciário qualidades morais especiais para lidar com questões de princípio, ao mesmo tempo em que observa as qualidades positivas e os pontos

⁵⁷⁵ Tradução livre do original: “Judicial and non-judicial actors are thus conceived as equal participants in constitutional decision-making who can both dialogically contribute to the search for better answers as a result of their unique institutional perspectives”. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 70.

⁵⁷⁶ HIEBERT, Janet. **Charter Conflicts: What is Parliament’s role?** Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2002; e HIEBERT, Janet. *Enriching Constitutional Dialogue: Viewing Parliament’s role as both proactive and reactive*. Canadá. **Strategic Issues Series**. (Online), rp02-7e. Department of Justice. Research and Statistics Division. Disponível em <http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-4-02-7E.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

⁵⁷⁷ *Idem*, p. 51.

⁵⁷⁸ Tradução livre do original: “[...] the relative insulation of judges from political and social pressures gives them a greater degree of freedom to identify circumstances in which legislative goals unduly restrict rights”. BATEUP, Christine. *op. cit.*, p. 72.

fortes de cada participante do diálogo do ponto de vista institucional.⁵⁷⁹ Assim sendo, a teoria lida bem com a dificuldade democrática da revisão judicial, ao criar um espaço maior para os atores políticos na resolução do conflito constitucional, ainda que Christine Bateup reconheça a possibilidade de que isto não efetivamente ocorra na prática, de maneira que a legislatura não se engaje no diálogo e somente defira às decisões da Corte.

Bateup reconhece que a teoria de parceria oferece a melhor visão em termos normativos dentre todas as analisadas, considerando-se que ela logra em fundamentar de forma satisfatória o papel único que o Judiciário pode trazer ao diálogo constitucional, sem, contudo, assegurar-lhe papel privilegiado na relação. No entanto, destaca a constitucionalista que a teoria peca por limitar-se a um diálogo entre as instituições, deixando de fora atores sociais. Daí que Bateup prescreve que um modelo ideal de diálogo constitucional adviria da fusão entre os modelos de equilíbrio e de parceria.

Neste sentido, da teoria de equilíbrio retira-se sua capacidade de compreensão sobre a necessidade de inclusão de atores sociais na discussão, de modo a criar um equilíbrio duradouro social e institucionalmente construído sobre os valores constitucionais. Do modelo de parceria, utiliza-se a perspectiva institucional do que cada um dos três poderes pode trazer ao debate, de forma que “os juízes podem tanto facilitar a discussão constitucional em um nível social como fazer contribuições institucionais únicas para a consideração dos valores constitucionais no contexto de casos individuais”.⁵⁸⁰

Desta forma, Bateup advoga por uma fusão entre os modelos de equilíbrio de parceria, visando resolver as dificuldades democráticas ocasionadas pela revisão judicial, reconhecendo o valor que a Corte pode trazer ao debate, sem, no entanto, privilegiar o papel exercido pelo juiz. Também, salienta a necessidade de um maior aprofundamento sobre as qualidades e os defeitos que cada parte do diálogo constitucional, institucionalmente considerada, pode trazer a ele de forma a fomentar um debate social amplo sobre os valores constitucionais, criando, ainda que não um consenso, um equilíbrio duradouro.

⁵⁷⁹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 74-75.

⁵⁸⁰ Tradução livre do original: “[...] that judges can both facilitate constitutional discussion at a society-wide level and make unique institutional contributions to the consideration of constitutional values in the context of individual cases”. *Idem*, p. 78.

3 PELA CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO SUBSTANCIAL DE DIÁLOGO

O debate acerca da tensão inerente entre democracia e constitucionalismo vem, de longa data, sendo dominado por uma concepção dual de supremacia: do Legislativo ou do Judiciário. O presente trabalho, no entanto, busca um marco no qual esta discussão seja mitigada, substituindo-a por uma institucionalidade na qual já não se fale em supremacia, mas em cooperação, em diálogo, entre as esferas do poder. Desta forma, na esteira das teorias de parceria, reconhece-se que nenhum dos sujeitos deve, isoladamente, ser o responsável último pela resolução dos grandes conflitos morais, políticos e sociais, de forma que “impõe-se construir alternativas que permitam a contribuição de outras esferas – seja de poder político organizado, da sociedade, ou de fontes externas do Estado nacional”.⁵⁸¹

As teorias dialógicas, neste diapasão, demonstram-se como saída razoável para a atenuação da supremacia de uma das esferas de poder, na medida em que revelam uma faceta de estabelecimento de um reequilíbrio da sua relação.⁵⁸² Isso porque, as teorias de diálogo constitucional têm por norte a construção de uma relação entre os poderes e a sociedade na definição e na resolução dos grandes dissensos nela existentes, de forma que o sentido constitucional passa a ser observado como um fator em constante construção, na medida da interação entre estes atores:

[...] busca-se fomentar o diálogo entre os poderes ao se reconhecer o papel dos juízes em verificar a compatibilidade dos atos políticos com a constituição; ao mesmo tempo em que se mantém a possibilidade de “contradita” à decisão judicial em favor dos poderes políticos, por sua maior legitimidade democrática. Tenta-se, assim, combinar “o melhor dos dois mundos” na busca pelo equilíbrio entre direitos e democracia.⁵⁸³

Também merece menção que as teorias de DC surgem de uma indagação norteadora: a da relação entre o Direito e a política. Isto é, emergem tanto de um movimento globalizador de cooperação no âmbito internacional, no qual se vê necessária a participação de uma multiplicidade de atores na construção dos sentidos constitucionais,⁵⁸⁴ como também de uma apreensão da busca de soluções no conflito entre democracia e constitucionalismo, entre supremacia do Legislativo e supremacia do Judiciário.

⁵⁸¹ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 32.

⁵⁸² *Idem*, p. 57.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 41.

Desta forma, aqui será realizada uma tentativa de delimitação de um conceito de diálogo constitucional na esteira das teorias de equilíbrio e de parceria abordadas, isto é, que envolvam tanto a sociedade como os poderes políticos. Da primeira, portanto, retirando a visão do valor da inclusão da sociedade no debate constitucional e da segunda compreendendo que o estabelecimento de uma relação de parceria entre as instituições pode ser mais satisfatória na construção de um modelo de diálogo do que um modelo adversarial, de supremacia de uma delas ou de embate entre elas. Com isso, almeja-se dar um primeiro passo na busca de soluções que possibilitem a mitigação da supremacia judicial, e que, em alguma medida, legitimem o exercício do controle de constitucionalidade em sociedades democráticas pautadas pelo princípio da soberania popular.

Neste contexto, algumas diferenciações sobre os DC são relevantes para o pincelamento do conceito de diálogo que irá nortear a esquematização das proposições para uma revisão judicial dialógica. Dentre elas, está diferença entre uma visão formal e uma visão substancial/material de diálogo.

Para Gal Dor, a visão formal de diálogo constitucional pode simplesmente ser definida como uma conversa. Neste sentido, afirma a autora que do ponto de vista formal a articulação legislativa em nada contribui para a solução constitucional. Isto é, quando o ato final é do Legislativo, mas seu conteúdo é ditado pela decisão da Corte.⁵⁸⁵ Pode-se dizer, portanto, que há uma simples deferência do Legislativo na reedição da norma. Luc Tremblay, da mesma forma, concebe uma forma de diálogo como conversação,⁵⁸⁶ na qual os atores não têm um propósito específico de chegar a uma decisão, mas sim de compartilhar opiniões e descobrir novas perspectivas.

O diálogo constitucional substancial, por sua vez, ocorre quando todas as partes nele envolvidas estão comprometidas na busca de uma solução que concentre tanto a interpretação judicial quanto os interesses dos demais atores. Isto é, quando todos os *inputs* são considerados e levam à elaboração final da solução:

Quando é desenvolvido um diálogo substancial, a decisão da Corte articula as falhas da legislação em particular, o que resulta na sua derrubada, ao passo que a

⁵⁸⁵ DOR, Gal. Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective. **Indiana International and Comparative Law Review**. v. 11, p. 1-36, 2000. Disponível em: <<https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016, p. 18.

⁵⁸⁶ TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **I-CON**. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 630.

legislatura por sua própria iniciativa inclui em sua resposta soluções para alcançar seus objetivos à luz da decisão da Corte.⁵⁸⁷

A definição dada por Gal Dor perpassa por um ideal deliberativo na medida em que antevê que ambas as decisões, tanto a da Corte quando a da legislatura, são frutos de deliberações ocorridas no âmbito de cada uma delas sobre o entendimento da outra. Daí também a conexão entre um ideal deliberativo e a ideia de diálogo constitucional. Isso porque, no ideal substancial de diálogo constitucional, a deliberação a propósito da questão posta ocorre em todas as esferas nele involucradas, na Corte, ao decidir sobre o primeiro ato legislativo, na legislatura e no Executivo, ao pronunciarem-se sobre a decisão da Corte, na sociedade ao colocar-se do lado de uma das posições, ou de nenhuma, e assim por diante.

Assim sendo:

[...] as teorias dialógicas, ao exigirem um posicionamento mais claro – do Legislativo, na limitação a direitos; da corte, na censura jurisdicional à opção legislativa; e, de novo do Parlamento, no *overriding* ou aceitação da decisão judicial -, favorecem esclarecer o ponto de vista de cada ator na construção do sentido constitucional.⁵⁸⁸

O diálogo constitucional em sua vertente material, portanto, pressupõe que a questão constitucional debatida veja-se objeto de discussão perante as diversas esferas de poder. Isto é, que a resolução da controvérsia sujeita a escrutínio, tanto oriunda de uma decisão judicial como de decisão legislativa, ultrapasse os limites originais no qual foi estabelecida, de forma que os diversos atores envolvidos no processo deliberem sobre ela, “seja para complementar seu conteúdo, seja para concretizar a providência sugerida pela jurisdição, seja para trazer signo de legitimação à solução proposta”.⁵⁸⁹

O diálogo, nesta concepção, dá-se na medida em que havendo um desacordo sobre determinada questão, as partes envolvidas veem-se compelidas a engajar-se no processo deliberativo, lançando mão de seus argumentos e ouvindo os alheios, permitindo-se convencer e ser convencida. O ambiente no qual pode surgir, neste contexto, pressupõe diferenças e desacordos.⁵⁹⁰ Neste sentido:

⁵⁸⁷ Tradução livre do original: “When a substantive dialogue develops, the Court’s decision articulates the flaws of particular legislation which results in its being struck down, whereas the legislature on its own initiative includes in its response solutions for achieving its goal in light of the Court’s decision”. DOR, Gal. *op. cit.*, p. 17.

⁵⁸⁸ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111.

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 116.

⁵⁹⁰ WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. **Supreme Court Law Review**. n. 23, p. 7-47, 2004, p. 9.

Os diálogos que consideramos relevantes e proveitosos para a democracia de direitos prevista na Constituição brasileira de 1988 seria exatamente estes: os que pressuponham a falibilidade interpretativa de quem quer que seja (tribunal, parlamento, juristas, filósofos etc.) e assumam que a deferência aos argumentos – não apenas à decisão manifestada em si – dos outros deve ser uma máxima da conduta, a exigir que todos os atores envolvidos na interpretação constitucional (que não podem se resumir ao tribunal constitucional, mas necessariamente incluir os representantes do povo) relevem e discutam as motivações dos demais.⁵⁹¹

É uma visão, por consequência, que leva em consideração a substância, a materialidade do conteúdo do diálogo. Neste sentido, pode-se afirmar que a visão deliberativa do diálogo constitucional não coaduna com uma perspectiva formal na medida em que esta última vê na simples *possibilidade* de uma decisão judicial poder ser revertida pelo Legislativo a existência do DC.⁵⁹² A ótica deliberativa, por outro lado, perpassa pela troca de argumentos na construção do significado da Constituição, de forma que se materializa na vertente substancial de diálogo. É esta visão material/substancial, portanto, que norteará a perspectiva aqui apresentada.

3.1 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA ATRAVANCADA

Neste trabalho, segue-se em grande parte obra de Roberto Gargarella, o que significa dizer que se percebe a existência de diversos meandros relacionados à Constituição de 1988 que concentram o poder em determinadas instituições, impossibilitando um exercício efetivamente democrático de governança. No entanto, também se vislumbra (um pouco) além dos predicados do autor, na medida em que são observados, para além do texto constitucional, determinadas práticas relacionadas ao Supremo Tribunal Federal que impossibilitam a superação da supremacia judicial por ele exercida.

Neste sentido, depreende-se a necessidade de superação destas práticas que atravancam o modelo de organização de poderes brasileiro, direcionando a observação especialmente ao STF, na medida em que se reconhece a capacidade que o Tribunal possui, concedida pela Constituição de 1988, na elaboração da legislação, no *law-making process*.⁵⁹³ Admite-se como fato, portanto, que o STF interage com o Congresso Nacional no que tange à

⁵⁹¹ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 199-200. Grifo no original.

⁵⁹² *Idem*, p. 201.

⁵⁹³ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 82.

concessão ou à modificação do significado da Constituição, isto é, que há uma instância na qual as funções legislativa e judicial de interpretação constitucional têm suas linhas divisórias diluídas. É com isto como norte que a presente seção explorará, em linhas gerais, a qualidade do processo decisório que ocorre dentro do Supremo Tribunal Federal.

Identificar quais são as práticas, seja regimentais ou costumeiras, que impossibilitam o exercício da deliberação dentro do próprio órgão cúpula do Poder Judiciário, bem como desvendar quais são alguns dos arranjos da organização de poder da Constituição de 1988 que travam a possibilidade de a sociedade como um todo e os Poderes Legislativo e Executivo de engajarem-se em um debate efetivo sobre as grandes questões políticas, morais e econômicas discutidas pelo STF é o cerne do presente tópico. Com isto, procura-se assentar algumas premissas que serão relevantes quanto ao porque se valoriza a deliberação e o diálogo na tarefa de tentar democratizar o exercício do controle judicial de constitucionalidade por meio da teoria dos Diálogos Constitucionais.

Neste sentido, o tópico desenvolve-se em dois subtópicos. O primeiro destina-se a averiguar as práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange à sua forma de tomada de decisões quando os casos em contenda têm alto nível de repercussão. Seu objetivo central é demonstrar a (in)existência de diálogo e de deliberação entre os Ministros do STF, averiguando-se quais são as práticas regimentais e costumeiras que fomentam este “diálogo de surdos” entre eles estabelecido, de forma a buscar-se soluções que, a despeito de não completamente solucionarem⁵⁹⁴ a questão da ausência de deliberação, sejam frutíferas em diluí-la.

O segundo subtópico, por sua vez, destina-se à abordagem dos entraves institucionais existentes na Constituição de 1988. Aqui, o intuito é precisamente revelar quais são alguns dos mecanismos institucionais que travam a possibilidade do estabelecimento de um diálogo inter-poderes e com a sociedade como um todo quando se trata da definição do significado da Constituição, com vistas a sua atenuação por meio de instrumentos concebidos a partir da teoria dos Diálogos Constitucionais.

O objetivo que perpassa o presente tópico é a análise crítica da institucionalidade brasileira, de forma a perceber-se seus pontos débeis que fazem jus a reformas para possibilitar a implementação de um diálogo entre os Poderes Legislativo, Executivo e

⁵⁹⁴ No ponto, reconhece-se que ainda que sejam feitas as alterações propostas, uma efetiva deliberação entre aqueles que possuem o poder de tomar a decisão somente pode ocorrer pelo preenchimento de alguns pressupostos do modelo deliberativo que dependem de motivações íntimas, tais como a disposição em ouvir e ser escutado e de alterar o posicionamento quando defrontado com um argumento melhor.

Judiciário e deles com a população, quando se trata de interpretação do significado dos preceitos constitucionais.

3.1.1 O STF e o “Diálogo de Surdos”⁵⁹⁵

Mundialmente, os Tribunais, especialmente aqueles que exercem a jurisdição constitucional, são encarregados da tarefa de proteção dos direitos e das garantias fundamentais por meio do exame de adequação da legislação editada a partir do critério da Constituição por serem compreendidos como interlocutores institucionais,⁵⁹⁶ isto é, possuidores das ferramentas necessárias para fazer do processo democrático mais funcional, especialmente no que diz com a manutenção de um discurso político arrazoado e principiológico que respeite os direitos e as garantias fundamentais de todos os cidadãos, por possuírem uma especial capacidade argumentativa e posição privilegiada de isolamento político. Esta perspectiva, por conseguinte, parte do ponto de vista da supremacia judicial.

De outra banda, neste trabalho advoga-se por um Tribunal antes deliberativo do que supremo, que se engaje no debate sobre os valores constitucionais não somente dentre seus próprios membros, mas que inclua no processo de definição do significado da Constituição tanto aqueles que são responsáveis pela elaboração e pela execução da Lei, como aqueles que devem pautar-se por ela (Poderes Legislativo e Executivo e a sociedade como um todo), não sendo tão relevante neste processo, a questão da última palavra. No mesmo sentido, parte-se de uma premissa de que o controle judicial de constitucionalidade possui um déficit democrático, na medida em que juízes não são diretamente responsáveis perante a cidadania. Assim sendo, faz-se necessário, para aceitar-se democraticamente o controle de constitucionalidade, de alguma ferramenta que, ainda que não acabe, ao menos dilua esta dificuldade. Do ponto de vista aqui expressado, o valor epistêmico da decisão, isto é, a racionalidade a partir da qual ela é adotada, pode cumprir em alguma medida esta função, uma vez que o Tribunal é responsável pelas razões que fornece para justificar o seu julgamento.⁵⁹⁷ Daí provém a inserção do conceito de deliberação como capaz de fornecer as ferramentas necessárias para que uma Corte justifique as razões por ela dadas para proferir determinada decisão.

⁵⁹⁵ A expressão “diálogo de surdos” é atribuída à Conrado Hübner Mendes, o qual, em artigo publicado no *blog* Os Constitucionalistas, chamou o a relação ocorrida entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal como um “diálogo de surdos”. In: MENDES, Conrado Hübner. **Onze Ilhas**. Os Constitucionalistas. 18 set 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/dialogo-de-surdos>>. Acesso em 26 dez 2016.

⁵⁹⁶ _____. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 3.

⁵⁹⁷ *Idem*, p. 07.

Importante colocar-se que por deliberação, compreende-se:

A deliberação traduz-se não menos do que em uma prática respeitosa e inclusiva de raciocínio conjunto ao mesmo tempo em que continuamente procura soluções para demandas de decisão, de formação de posicionamentos por meio da permuta de razões na busca de, mas não necessariamente chegando, um consenso sobre o bem comum. Por conseguinte, participantes da deliberação, antes de contar votos, estão abertos a transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos.⁵⁹⁸

Nesta senda, a capacidade deliberativa de um Tribunal é medida pela interação de quatro fatores: os mecanismos institucionais, as qualidades éticas daqueles que deliberam, a questão legal e o panorama político.⁵⁹⁹ É a partir da observação dos mecanismos institucionais que proporcionem um ambiente fecundo para a deliberação, da predisposição dos Magistrados em engajar-se em dar argumentos e escutar os alheios, da complexidade jurídica do caso em análise e da existência ou não obstáculos políticos para a implementação da decisão, que se aborda a ausência de traços deliberativos nos julgamentos proferidos pelo Tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, não obstante o fato de que a existência destes quatro fatores possa levar a um ambiente no qual a deliberação é estimulada, faz-se imperioso observar o processo coletivo de tomada de decisão dentro do STF, uma vez que se acredita que o Tribunal não funciona como um órgão, não opera institucionalmente. Para averiguar-se isto, basta, tão somente, ler um Acórdão proferido pela Corte, no qual cada um dos onze Ministros vota da forma como bem entende e não há uma opinião do órgão, o que é compartilhado entre eles é somente o dispositivo da decisão. Nesta senda, esta opção pelo estilo de Acórdão que representa as vozes individuais dos Ministros “diminui a instituição à sombra de seus membros individuais, os quais tendem tornar-se *personas* públicas: acabam sendo percebidos pelo que pensam pessoalmente, não pelo que podem fazer quando agem como um fórum colegiado”.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Tradução livre do original: “Deliberation features no less than a respectful and inclusive practice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good. Thus, participants of deliberation, before counting votes, are open to transform their preferences in the light of well-articulated and persuasive arguments”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 14.

⁵⁹⁹ *Idem*, p. 105.

⁶⁰⁰ Tradução livre do original: “It down-rates the institution under the shade of its individual members, who tend to become public *personas*: they end up being perceived for what they personally think, not for what they are able to come up with when acting as a collegial forum”. *Ibidem*, p. 112.

Basta ligar a TV Justiça para verificar que não há qualquer tipo de debate ocorrendo durante as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando estão pautados grandes casos, uma vez que os Ministros vão ao plenário com seus votos prontos e sequer têm acesso prévio ao voto do Ministro Relator. É um verdadeiro diálogo entre surdos, no qual todos falam, e ninguém se escuta.

Para uma melhor compreensão e análise do processo decisório no pleno do Supremo Tribunal Federal, pertinente esclarecer a diferença entre dois tipos de deliberação: a interna e a externa. A deliberação chamada de interna ocorre dentro de um grupo, ou seja, seus membros trocam argumentos no intuito de convencerem-se uns aos outros. A deliberação externa, por outro lado, ocorre quando o convencimento é direcionado para fora do grupo.⁶⁰¹

Nos termos da diferença entre a deliberação interna/externa fica bastante claro que o que ocorre durante o processo decisório do STF relaciona-se antes com a segunda e com a primeira quase nada tem que ver. Isso devido a, especialmente, três fatores apontados por Virgílio Afonso da Silva. O primeiro deles relaciona-se com o fato de que em julgamentos que tratam dos grandes dissídios morais, políticos e econômicos da sociedade brasileira, não há quase qualquer troca de argumentos entre os Ministros, de forma que o convencimento não se dá entre eles, raramente havendo modificação de seus entendimentos em razão de argumentos lançados por seus colegas. Antes, pode-se observar que, também em razão de estas sessões serem transmitidas pela televisão, os Ministros parecem tentar dissuadir seus espectadores.

Neste sentido, afirma Roberto Fragale Filho, sobre o julgamento da ADPF nº 54 (caso dos fetos anencéfalos) sobre o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, Relator, que:

Ao cabo, o ministro efetuou 27 referências diretas ao conteúdo da audiência pública, mobilizando essencialmente as manifestações favoráveis ao seu entendimento. Entretanto, essa mobilização não parece ter sido para possibilitar a construção de uma decisão informada, mas para confortar seu entendimento já expresso na liminar deferida em 2004, como indica sua manifestação após o voto.⁶⁰²

A manifestação do autor corrobora a alegação de ausência e deliberação nas decisões. Além disso, demonstra também que, ainda que houvesse troca de argumentos, cada Ministro utiliza-se somente daquele que melhor sustenta seu ponto de vista, minando, desta forma, o

⁶⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**. v. 11. n. 3, p. 557-584, 2013, p. 560. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557.full.pdf+html>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁶⁰² FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**, 6, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230>>. Acesso em: 26 out. 2016, p. 519.

potencial que pode emergir da deliberação, na medida em que este vem vinculado à troca e à consideração de todas as razões lançadas, na construção da melhor decisão, e não somente da consideração daqueles que corroboram o ponto de vista que o sujeito deseja expressar.

Aponta Virgílio Afonso da Silva que este fator é maximizado pelo previsto no artigo 135 do Regimento Interno do STF, o qual prevê sempre a mesma ordem para a votação: a inversa de antiguidade, de maneira que o Ministro mais novo na casa é sempre o primeiro a votar após o Relator.⁶⁰³ Neste sentido, “quando as cortes decidem desta forma – por meio de deliberação externa e contagem de votos – elas adicionam muito pouco (as vezes nada) ao trabalho já feito pelo legislador”.⁶⁰⁴

Em segundo lugar, os julgamentos não possuem qualquer uniformidade no arrazoamento da decisão proferida. Cada Ministro tem seus próprios motivos que o levaram àquela decisão, os quais não necessariamente são compartilhados por aqueles que chegaram a mesma conclusão. Nesta senda, o STF não decide como órgão, de forma institucional, mas sim individualmente. Um terceiro fator apontado é a quase completa ausência de clareza nas decisões proferidas pelo Tribunal, de forma que “muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas”.⁶⁰⁵

Para além dos fatores apontados pelo autor, um quarto viés é relevante para as finalidades da análise do diálogo de surdos estabelecido no Supremo Tribunal Federal: o exercício de sua Presidência. Isso porque, o Presidente do STF não só é imbuído nas funções de comandar a Corte e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 103-B, I da Constituição Federal), ele também determina um de seus mais importantes aspectos: *a pauta*. É função do Presidente determinar quais os processos serão julgados, sem necessidade alguma de vinculação temporal da entrada do processo perante a Corte. Este fato é determinante na medida em que deixa à inteira discricção do Presidente do Tribunal o momento da definição da agenda política do país inteiro. Neste sentido, por exemplo, imagine-se um Presidente do STF

⁶⁰³ Prevê o artigo 135: “Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁶⁰⁴ Tradução livre do original: “When courts decide in this way – through external deliberation and vote counting – they add very few (sometimes nothing) to the work already done by the legislator”. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**. v. 11. n. 3, p. 557-584, 2013, p. 565. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557.full.pdf+html>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁶⁰⁵ _____. O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 27 ago. 2016, p. 217.

alinhado aos interesses do Governo, o qual, por sua vez, quer postergar o julgamento do tema X, no caso, é completamente possível que o processo leve dez anos para ser julgado. Ou ainda, ao revés, pense-se em um Presidente do STF avesso às políticas da bancada governista, é completamente imaginável um cenário no qual feitos que prejudiquem o avanço da sua implementação sejam postos em pauta.⁶⁰⁶

Seria em alguma medida ideal, para as finalidades da maximização da capacidade deliberativa facilitadora de um diálogo constitucional, que o Supremo Tribunal Federal operasse de forma mais institucional:

[...] é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale como “instituição”, de forma “clara”, “objetiva”, “institucional” e, sempre que possível, “única”. Esse é o papel da deliberação interna. Ou seja: especialmente o objetivo de se alcançar uma decisão institucional e única parece ser possível apenas por meio de uma deliberação do tipo interno. Já o papel da deliberação externa – que seria sobretudo o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país – que também é de extrema importância, pode ser exercido de outra forma. Ou seja: o diálogo entre tribunal e sociedade civil, ou entre tribunal e poderes políticos, não precisa ser feito por meio de uma fragmentação da deliberação de uma desagregação argumentativa, que são, na minha opinião, características da deliberação externa. A meu ver, a tarefa de diálogo entre tribunal e outros atores – quaisquer que sejam – pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto [...] por meio do diálogo entre poderes, de um “diálogo constitucional”.⁶⁰⁷

Por assim dizer, para a alteração desta orientação solipsista do modo de decidir dos Ministros do Supremo Tribunal Federal seriam necessárias apenas algumas alterações em seu Regimento Interno, à exemplo do mencionado artigo 135, ou ainda, a modificação na sua cultura decisória. É necessário inferir-se que do ponto de vista a partir do qual o Judiciário retira sua legitimidade (e oferece *accountability*) a partir das razões que fornece para justificar sua decisão, o processo oferecido pelo STF é praticamente nulo. Nulo em razão de ser impossível retirar-se de um Acórdão um raciocínio lógico-jurídico comum à maioria vencedora. Nulo pois os Acórdãos não passam de meras colagens dos votos individualmente considerados de cada Ministro. Nulo em razão de não haver qualquer troca de argumentos

⁶⁰⁶ É evidente que muitas objeções podem ser postas à visão extremamente dualista expressada nos exemplos, contudo, como exemplos que são, têm o objetivo de idealmente demonstrar como a faculdade de controle da pauta de julgamentos pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal pode maximizar ainda mais a atuação solitária dos Ministros, fomentando o “diálogo entre surdos”. Sobre o ponto, pode-se pensar a decisão analisada na seção 4.2.2 do capítulo precedente, na medida em que a decretação da prisão do Senador Delcídio Amaral é compreendida como fator determinante para o deslinde da crise política ocorrida no Brasil durante os anos de 2015 e 2016.

⁶⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 27 ago. 2016, p. 211-212.

(deliberação interna) para a construção de uma razão comum a todos aqueles que votam no mesmo sentido.

Assim sendo, esta cultura jurídica solipsista estabelecida como forma de tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal faz jus à modificação para os fins almejados de estabelecimento de um diálogo constitucional. Isso porque a deliberação é assentada sob algumas premissas, que posteriormente serão exploradas, tais como a troca de argumentos racionais em um diálogo na busca da elaboração de uma decisão *compartilhada*. Ora, é impossível o estabelecimento de um diálogo entre o STF, os poderes políticos e a sociedade civil se não é possível extrair-se do julgado a suas razões de decidir. Os fundamentos são essenciais para o processo deliberativo. Isto é, fica deveras mais complexo o estabelecimento de um diálogo entre o STF, a sociedade e os poderes políticos quando o primeiro não justifica uniformemente suas razões de decidir, na medida em que a deliberação pressupõe a troca de argumentos.

Nesta senda, compreende-se que algumas mudanças são elementares no processo de tomada de decisão junto ao STF. Primeiramente, o único Ministro que legitimamente deveria ir ao plenário para julgamento com o voto pronto é o Relator. Aos demais, deveria ser vedada a leitura de um voto já elaborado, sem a oitiva das devidas razões conferidas pelos demais. Este fator maximizaria a possibilidade de troca de argumentos entre os Ministros, aumentando, também, a possibilidade de deliberação interna da Corte, ainda que não possa assegurá-la.

Em segundo lugar, a ordem de votação não deveria sempre ser a mesma, na medida em que fazer que o Ministro mais antigo vote sempre por último é, em realidade, diminuir o peso de seu voto, uma vez que, quando chega sua oportunidade de votação, o caso muitas vezes já pode ter sido definido. Também, e ainda quanto à ordem de votação, fazer com que o “caçula” da Corte vote primeiro é dar ao Ministro menos experiente uma posição que muitas vezes ainda não se encontra pronto para assumir. Assim sendo, uma alteração na previsão do artigo 135 do RI do STF pode cambiar em muito a qualidade do julgamento, alterando-se a ordem de votação, por exemplo, iniciando-se sempre a partir do Relator do caso, e daí em razão de anterioridade ou de antiguidade inversa, de forma que a lógica de votação seja constantemente alterada.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 27 ago. 2016, p. 217.

Também, é importante que a Corte não mais decida isoladamente, mas que seja construída uma opinião do Supremo, isto é, que ele atue como órgão, como instituição. Os Acórdãos devem ser elaborados de modo a representar a opinião da Corte, por meio de uma *ratio decidendi* comum a todos os que votaram no mesmo sentido, não mais admitindo-se uma mera colagem dos votos individuais.⁶⁰⁹ Em caso de divergência, seja ela em sentido contrário, seja ela no mesmo sentido, mas por razões distintas, estas devem constar no acórdão como opinião divergente e opinião concorrente,⁶¹⁰ de modo que se possa identificar qual foram as *razões do STF* e não do Ministro X, Y ou Z.

Por fim, também é de extrema relevância que o Ministro Presidente não tenha a total discricionariedade na definição da pauta de julgamentos. Fora casos de concessões de pleitos liminares, ou de preferências legais, tais como nos casos de pessoa idosa ou portadora de doença grave, não há motivos que justifiquem que os Recursos Extraordinários, as Ações Diretas de (In)Constitucionalidade e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e seus respectivos Agravos, não sejam julgados na ordem cronológica. Ela não somente é mais racional e pode evitar eventuais rixas que possam surgir entre os Ministros em razão da demora em pautar o processo X ou Y, como também pode servir para retirar este enorme poder discricionário de um dos integrantes da Corte brasileira.

As mudanças apontadas visam promover o debate público com o STF, a deliberação colegiada durante do processo de tomada de decisão, bem como o engajamento comum na elaboração da decisão da Corte, de forma que ela atue não mais de forma personificada, mas sim institucionalmente.⁶¹¹ Estas pequenas alterações são de importância incomensurável para a possibilidade de implementação de um diálogo constitucional que tenha finalidades deliberativas e democráticas entre o Supremo Tribunal Federal, os poderes políticos e o povo. São passos modestos na direção da construção de um conceito substancial de diálogo que podem aumentar substancialmente a qualidade tanto das decisões do próprio Tribunal, como do diálogo que a partir delas possa vir a ser construído.

⁶⁰⁹ Ressalva feita para o fato de que tão somente por a Corte proferir uma decisão uniforme, comum a todos os seus membros, isso não necessariamente significa que ela foi fruto de uma deliberação entre os Ministros. Argumenta-se aqui que este fator *pode* contribuir para aumentar o valor da deliberação dentro do órgão. Neste sentido, veja-se: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 97.

⁶¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso. De Quem Divergem os Divergentes: Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito Estado e Sociedade**. n. 47, p. 205-225, jul/dez 2015, p. 223-224.

⁶¹¹ MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, p. 113.

3.1.2 A Reforma da Sala de Máquinas da Constituição de 1988

Em primeiro lugar, reitera-se que, na esteira de Roberto Gargarella, por sala de máquinas da Constituição entende-se a sua seção destinada à organização do poder.⁶¹² Este tópico terá por finalidade esmiuçar quais são algumas das cláusulas constitucionais presentes da Constituição Federal brasileira de 1988 que configuram o que o autor argentino entende por uma institucionalidade que impossibilita a efetivação das promessas constitucionais, bem como do que se compreende como fatores cruciais que fomentam o exercício da supremacia judicial pelo Supremo Tribunal Federal e que, portanto, merecem ser mitigados.

Necessário faz-se voltar a algumas das elucidações tratadas pelo constitucionalista argentino, já expostos neste trabalho, tais como o fato de que as Constituições latino-americanas fruto da redemocratização, dentre elas a brasileira de 1988, mantiveram as bases institucionais oriundas do pacto liberal-conservador. Isto é, um sistema constitucional organizado a partir do modelo norte-americano de *checks and balances*, o qual o autor afirma ser desenhado para fomentar um sistema político excludente, com pouco acesso da população às esferas da suposta representatividade.⁶¹³ É precisamente por observar que o sistema de pesos e contrapesos instituído pela Constituição de 1988 não se demonstra suficiente para uma implementação de um sistema de diálogo constitucional,⁶¹⁴ que nesta seção serão assentadas algumas das premissas de quais são algumas das zonas constitucionais que merecem ser reformadas.

Compreende-se que o modelo de pesos e contrapesos ostentado pela Constituição Federal de 1988 parte de um princípio competitivo, no qual as diferentes esferas do poder competem entre si, e disto espera-se que resulte uma maior responsabilização horizontal. Daí, por conseguinte, a necessidade de separarem-se os diferentes ramos do Governo entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que, segundo o artigo 2º da Constituição são “independentes e harmônicos entre si”.⁶¹⁵

Diversos problemas emergem deste modelo competitivo de separação de poderes. Richard Bellamy destaca três. O primeiro é a impossibilidade de identificar com clareza a

⁶¹² GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

⁶¹³ _____; COURTIS, Christian. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e interrogantes. **CEPAL – Serie Políticas Sociales**. Santiago. n. 153, nov. 2009, p. 34.

⁶¹⁴ _____. El Nuevo Constitucionalismo Dialógico Frente al Sistema de los Frenos y Contrapesos. *In*: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una Justicia Dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 122.

⁶¹⁵ A redação completa do dispositivo constitucional é: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. Constituição Federal de 1988.

função exercida por cada uma das esferas,⁶¹⁶ na medida em que, por exemplo, quando o Poder Executivo edita uma Medida Provisória, está atuando em função tradicionalmente assinalada ao Legislativo.⁶¹⁷ O segundo está relacionado com o fato de que não há nada que garanta que a separação de competências refreie a utilização arbitrária do poder, especialmente em sociedades nas quais as diferentes camadas sociais não estão diretamente envolvidas em cada ramo,⁶¹⁸ o que se compreende ser o caso do Brasil, uma vez que, por exemplo, 80% dos Deputados Federais hoje no cargo possui curso superior, e apenas 1% não terminou o ensino fundamental, em um país onde, nas últimas eleições, apenas 5,6% da população votante possuía graduação.⁶¹⁹ O terceiro problema apontado por Bellamy é que a separação de poderes não apresenta nenhuma garantia de que os agentes eleitos efetivamente representarão a cidadania, de forma que, “Como resultado destas três debilidades, a separação de poderes não oferece razões de peso por si mesma para que cada um dos três ramos do Governo <<escute à outra parte>>, seja esta cada um dos outros ramos, seja os cidadãos aos quais supostamente serve”.⁶²⁰

A Constituição Federal de 1988 prevê a organização dos poderes em seu Título IV. É de ressaltar-se que a despeito de a CF possuir inúmeros dispositivos que mereceriam análise no que concerne à conservação do modelo liberal-conservador de distribuição do poder, para as finalidades do presente trabalho, não é possível abordá-los na sua completude visto que isto implicaria o desvio do cerne central da pesquisa.⁶²¹ Para as finalidades da reforma aqui pugnada pela implementação de um modelo formatado a partir da teoria dos Diálogos Constitucionais, a abordagem será limitada a dispositivos constitucionais que dizem diretamente com a relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

⁶¹⁶ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdániz Ganuza; Santiago Gallego Aldaz. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 220.

⁶¹⁷ No Brasil esta separação das funções executiva, legislativa e judiciária faz-se ainda mais diluída, na medida em que, como afirma Fernando Limongi, o Presidente detém quase que o monopólio da iniciativa legislativa. LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁶¹⁸ BELLAMY, Richard. *op. cit.* p. 220.

⁶¹⁹ Dados disponíveis em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475472-80-DOS-DEPUTADOS-FEDERAIS-ELEITOS-TEM-NIVEL-SUPERIOR.html>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁶²⁰ Tradução livre do original: “Como resultado de estas tres debilidades, la separación de poderes no ofrece razones de peso por sí misma para que cada una de las tres ramas de gobierno <<escuche a la otra parte>>, bien sea ésta cada una de las otras ramas, bien los ciudadanos que supuestamente sirve”. BELLAMY, Richard. *op. cit.*, p. 221.

⁶²¹ Como exemplo cita-se o §1º do artigo 45 da carta constitucional, o qual prevê que nenhum Estado federado poderá ter menos de oito e mais de setenta representantes na Câmara de Deputados, o que faz com que, proporcionalmente, o voto do cidadão valha mais em Estados menos populosos do que em Estados onde a densidade populacional é mais alta, na medida em que um candidato no Acre necessita de menos votos (aumentando o valor do voto) do que um candidato em São Paulo para eleger-se.

(operacionalidade dos pesos e contrapesos), especialmente dos dois primeiros com o terceiro, e com a acessibilidade da cidadania tanto às esferas de representação política como ao terceiro poder.

Feitas estas elucidações, passa-se a análise dos dispositivos relacionados à atividade do Poder Legislativo. O artigo 49 da CF prevê as competências exclusivas assinaladas ao Congresso Nacional, encontrando-se, dentre elas, a prevista no inciso XI, “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;”.⁶²² Em que pese a previsão constitucional, aponta Fernando Limongi que a atuação legislativa brasileira ocorre fundamentalmente por iniciativa do Poder Executivo, o qual “ganha” quando o tópico é a taxa de dominância (divisão do número Leis propostas pelo Executivo pelo número total de Leis aprovado), que entre a promulgação de Constituição em 1988 e março do ano de 2006 foi de 70,7%.⁶²³ No mesmo sentido, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade menoscaba a atividade normativa do Legislativo na medida em que:

[...] o STF também vem demonstrando um *viés juriscêntrico* que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e, inversamente, dá pouco relevo à interpretação da Constituição fora das Cortes, revelando significativo avanço do Judiciário sobre áreas tradicionalmente ocupadas pelo legislador.⁶²⁴

Assim sendo, o dispositivo constitucional perde normatividade concreta pois não prevê instrumentos pelos quais o Legislativo possa efetivamente zelar pela manutenção de sua competência. De outro lado, a Constituição prevê inúmeros mecanismos pelos quais tanto o Executivo quanto o Judiciário possam “invadir” a competência legislativa. Cita-se, como exemplo, a previsão do artigo 62 *caput* e §6º da CF (edição de MP pelo Executivo e regime de urgência), bem como o julgamento do Mandado de Injunção (MI) nº 708⁶²⁵ pelo STF, o qual tratava da ausência de Lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos civis previsto no artigo 37, VII da Constituição. No julgado, o Supremo supriu a omissão legislativa determinando a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 (regime dos trabalhadores do setor privado) ao caso da greve dos servidores públicos.

⁶²² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 49, XI.

⁶²³ LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2016, p. 23.

⁶²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 143.

⁶²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Rel. MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Também é importante mencionar, ainda no que concerne à competência do CN, o inciso XV do artigo 49 da Constituição, o qual prevê ser atribuição do Congresso a ativação dos meios de exercício direto da democracia: o plebiscito e o referendo (artigo 14, I e II da CF). O dispositivo tem relevância para a presente análise na medida em que implica demonstrar a (in)acessibilidade democrática que possui a cidadania brasileira no processo de tomada de decisão política. Isso porque, a Constituição, conferiu somente ao CN a competência de provocar os mecanismos de democracia direta, não criando nenhuma possibilidade de fazê-lo por iniciativa popular, o que evidentemente menoscaba a utilização destes instrumentos. Demonstra isto o fato de que após a promulgação da Constituição de 1988, em âmbito nacional, somente foram realizados um plebiscito no ano de 1993⁶²⁶ (consulta sobre a escolha entre Monarquia/República e parlamentarismo/presidencialismo), previsto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e um referendo no ano de 2005⁶²⁷ (consulta sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições no país).

Esta inacessibilidade popular ao processo de tomada de decisão política, feitas as devidas ressalvas aos modos pelos quais estes instrumentos vêm sendo indevidamente utilizados em países como a Venezuela, criada pela Constituição Federal impossibilita também o exercício da responsabilização vertical. Maximiza-se, com isso, o *gap* existente entre representantes e representados, fazendo com que, em grande medida, a soberania popular inscrita no parágrafo único do artigo 1º da Constituição tenha sua normatividade diluída.⁶²⁸

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 sem sombra de dúvidas concedeu uma independência muito grande ao Poder Judiciário. Observe-se, por exemplo, o fato de que Lei de iniciativa do STF disporá sobre o Estatuto da Magistratura (artigo 93 CF), ou ainda a competência privativa do STF para a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores (artigo 93, II, “a” CF), ou, por fim, a autonomia administrativa e financeira concedida ao Judiciário (artigo 99 CF). A Constituição maximizou também, seja em sua

⁶²⁶ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-de-1993>. Acesso em 28 ago. 2016.

⁶²⁷ Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>>. Acesso em 28 ago. 2016.

⁶²⁸ Ainda sobre a diluição da soberania popular pode-se mencionar o artigo 60 da CF, o qual trata da iniciativa do processo de Emenda Constitucional. Isso porque, ainda que a Constituição seja observada como um documento que comporta os compromissos políticos do povo, ela não prevê nenhum mecanismo que permita a iniciativa popular para modificação de seu texto. A legitimidade para propor uma Emenda à Constituição somente é assegurada a um terço dos membros de uma das casas do CN, ao Presidente e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação.

versão original ou após reformas constitucionais, as competências exercidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, no intuito de garantir uma melhor responsabilização e uma maior conformação da atividade dos Poderes Executivo e Legislativo à Constituição. Destaque para o previsto na alínea “I” do inciso I do artigo 102 da CF, a qual determina ser competência do STF o julgamento de “reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”,⁶²⁹ bem como para a concessão de efeitos *erga omnes* nas decisões proferidas pelo STF em sede de ADI e de ADC, o qual alcança não somente aos membros do próprio Judiciário, como todos os integrantes, de todas as esferas, da administração pública (artigo 102, §2º). Também se destaca a previsão do artigo 103-A da CF, o qual prevê a possibilidade de edição pelo STF de Súmula Vinculante, a qual ata, além dos próprios membros do Judiciário, a administração pública direta e indireta, em todas as esferas da federação.

Estes dispositivos evidentemente fomentam a supremacia judicial abordada no segundo capítulo deste trabalho, na medida em que quase impedem desafios aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Nesta senda, não existe no texto constitucional brasileiro qualquer mecanismo que garanta o inverso, isto é, que os poderes políticos façam o Judiciário responsável por suas decisões. A CF, portanto, não prevê nenhum recurso no caso de o Poder Judiciário, mas especialmente o Supremo Tribunal Federal, profira uma decisão “errada” ou aja com abuso de poderes. Desta forma, “a independência também pode significar que a instituição de que se trata fique livre para exercer um poder arbitrário dentro do âmbito de sua competência”.⁶³⁰

Pense-se, por exemplo, nas decisões abordadas nos tópicos 4.2.1 e 4.2.2 do capítulo II relativas aos julgamentos relacionados ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação penal (presunção de inocência) e da prisão do Senador Delcídio Amaral. O que fazer quando o guardião da Constituição viola os seus preceitos? Quem garante a conformidade dos julgamentos do Judiciário ao critério da Constituição?

Poder-se-ia argumentar que o Congresso Nacional poderia reverter alguma decisão proferida pelo STF com a qual não venha concordar por meio da edição de Emenda Constitucional. Sem mencionar-se a dificuldade em reunir as maiorias parlamentares necessárias e a relativa morosidade do processo legislativo de aprovação de uma EC, o

⁶²⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

⁶³⁰ Tradução livre do original: “[...] la independencia también puede significar que la institución de que se trate quede libre para ejercer un poder arbitrario dentro del ámbito de su competencia”. BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdániz Ganuza; Santiago Gallego Aldaz. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 224.

Supremo Tribunal Federal pode novamente declarar a Emenda inconstitucional, na medida em que este já assentou sua competência para o julgamento da constitucionalidade de Emendas Constitucionais. Isto é, o próprio Tribunal determinou sua competência, a despeito do fato de a Constituição silenciar no ponto, e pode, uma vez mais, fazer prevalecer sua inteligência sobre a matéria.

Neste sentido é que a ausência de mecanismos na Constituição que possibilitem a responsabilização do Poder Judiciário, e em especial do Supremo Tribunal Federal, por seus julgamentos necessita ser revista, ainda mais por tratar-se de um ramo não responsável perante a cidadania. É por observar-se esta debilidade da Constituição de 1988, especialmente no que concerne a não inclusão da cidadania no processo de tomada de decisão, que o ponto 4 deste capítulo objetiva a construção de mecanismos que possibilitem a diluição desta falta de *accountability* por parte do Supremo Tribunal Federal, tanto perante a população, como perante os poderes políticos.

3.2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIAL

Ao ler-se o título da presente seção a primeira questão que emerge é: porque incluir prerrogativas democrático-deliberativas na elaboração de um conceito substancial de diálogo constitucional? A resposta ao questionamento embasa-se nas análises das práticas decisórias do Supremo Tribunal Federal, bem como dos entraves institucionais postos pela Constituição de 1988. Isso porque, o diálogo entre os três poderes e a sociedade civil na interpretação da Constituição somente pode ocorrer quando se sabe abertamente as razões que levaram o ator X a decidir daquela forma, bem como a partir da existência de mecanismos que possibilitem a discordância entre eles e a revisão das decisões tomadas por cada esfera. Os pressupostos deliberativos têm relevância especialmente no que tange ao primeiro: as razões.

Neste sentido, somente é possível o estabelecimento de práticas de diálogo constitucional:

Em um contexto de interação contínua, [a corte] dirige-se ao parlamento como um agente a ser persuadido, mas que pode igualmente persuadir em retorno. Estimula-se uma troca deliberativa ao invés de um jogo de soma zero entre ganhadores e perdedores. As esferas de poder estão autorizadas a desafiar-se, desde que escutem e

apresentem novas razões. Cortes, nesta visão, não são somente um contra-poder, mas tornam-se um contra-argumento.⁶³¹

A deliberação, neste contexto, faz-se relevante na medida em que apresenta pressupostos de racionalidade argumentativa, bem como de disposição a ouvir e a ser ouvido necessários para que a sociedade e as esferas de poder engajem-se na tarefa de interpretar a Constituição e de estabelecer um diálogo constitucional. No mesmo sentido, emprega-se o conceito de democracia deliberativa na medida em que “O tutano da teoria democrática, nesta vertente deliberativa, encontra-se na convicção de que tanto melhores serão as decisões quanto mais expostas à crítica pública séria e engajada elas forem, o que se perfaz melhor numa democracia”⁶³².

Neste contexto, o diálogo aqui é buscado como uma forma de válvula de escape ao problema do déficit democrático atrelado ao poder decisório conferido ao Supremo Tribunal Federal quando este realiza o controle de constitucionalidade. A partir do estudo da supremacia judicial realizado, pode-se perceber como a conversa entre surdos que ocorre entre os membros do STF não se demonstra suficiente para legitimar suas decisões. Neste cenário, a deliberação é empregada como modo de chegar-se ao tão almejado diálogo constitucional na medida em que é impossível “conversar” sem que as partes exponham suas razões e estejam abertas a mudar seus entendimentos, na busca da melhor solução:

No momento da tomada da decisão, uma interação argumentativa na busca de uma opinião institucional, ao invés de uma mera agregação não deliberativa, tem maiores chances de atingir uma decisão mais próxima da correta e de deixar uma construção transparente dos desacordos que genuinamente permanecem.⁶³³

Isto posto, no presente subtópico, buscar-se-á destrinchar o valor que a deliberação pode agregar ao processo contínuo de diálogo constitucional almejado. Em um primeiro momento, portanto, analisar-se-á o valor epistêmico que se acredita possuir a vertente

⁶³¹ Tradução livre do original: “In a context of continuous interaction, it addresses the parliament as an agent to be persuaded, but that can equally persuade in return. It stimulates a deliberative exchange rather than a zero-sum game between winners and losers. Branches are authorized for challenging each other, as long as they listen and present new reasons. Courts, on this account, are not only counter-power, but become a counter-argument”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 187.

⁶³² SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 176.

⁶³³ Tradução livre do original: “At the decisional moment, an argumentative interaction in the search of an institutional opinion, rather than mere non-deliberative aggregation, is more likely to reach a fine-tuned decision and to let a transparent construction of the disagreements that genuinely remain”. MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, p. 114.

deliberativo-democrática, bem como se explicitará que a preocupação com a verdade não necessariamente vem atrelada ao processo conjunto de construção do significado constitucional. O segundo e derradeiro tópico, por sua vez, terá o objetivo de, finalmente, expor o conceito de diálogo constitucional adotado e que servirá de norte para o desenho dos mecanismos dialógicos, objeto da última seção do trabalho.

3.2.1 A Deliberação, seu Valor Epistêmico e a Verdade

À diferença de diversos autores que navegam pela teoria dos diálogos constitucionais com intuitos descritivos da realidade do sistema constitucional de determinado país, isto é, que observam no DC a prática efetiva que ocorre naquela realidade,⁶³⁴ neste trabalho, busca-se a implementação do ideal do diálogo constitucional no sistema jurídico brasileiro. Compreende-se, portanto, que não há diálogo constitucional na relação entre as instituições brasileiras.⁶³⁵ Entende-se que as vantagens da instauração deste ideal no Brasil podem ser percebidas na medida em que possibilitam a atenuação do fenômeno objeto da crítica realizada no segundo capítulo: da supremacia judicial. Neste sentido, “A perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, da corte, mas um jogo interativo mais rico complexo”.⁶³⁶

Ou seja, a teoria dos diálogos constitucionais é observada como possível legitimadora da revisão judicial de constitucionalidade, e mitigadora dos efeitos da supremacia judicial “em razão da deliberação que pressupõe, [de forma que] ela agrega potencial epistêmico às decisões tomadas”.⁶³⁷ Isto é, defende-se que um diálogo constitucional instaurado entre as

⁶³⁴ Neste sentido veja-se: HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures: Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 35. n. 1. p. 75-124, 1997. No artigo, os autores tentam demonstrar, por meio de análise de decisões proferidas pelas Cortes canadenses, que a revisão judicial não é antidemocrática, uma vez que, frequentemente, casos relacionados à carta de direitos são seguidos por reações legislativas. Neste sentido, o efeito da carta de direitos canadense seria influenciar a implementação da legislação.

⁶³⁵ No ponto, discorda-se de autores que acreditam que algumas interações entre o STF e o Legislativo implicam na existência de diálogo, tal como Rodrigo Brandão e Cecília de Almeida Silva *et al.* Isso porque, estes têm uma visão mais formal de diálogo constitucional, ao passo que aqui, na mesma concepção de Ramaís de Castro Silveira, percebe-se que quando o conceito de diálogo toma cores materiais, compreende-se a inexistência do diálogo.

⁶³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

⁶³⁷ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 168.

instituições e a sociedade civil tem capacidades epistêmicas na medida em que se depreendem desta interação maiores chances de chegar-se a respostas acertadas.⁶³⁸ Isso porque:

A deliberação traduz-se não menos do que em uma prática respeitosa e inclusiva de raciocínio conjunto ao mesmo tempo em que continuamente procura soluções para demandas de decisão, de formação de posicionamentos por meio da permuta de razões na busca de, mas não necessariamente chegando, um consenso sobre o bem comum. Por conseguinte, participantes da deliberação, antes de contar votos, estão abertos a transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos.⁶³⁹

Conrado Hübner Mendes assinala que a deliberação política possui cinco componentes: (1) as decisões tomadas politicamente pressupõem um *comando autoritário* que afetará uma comunidade, ainda que temporariamente; (2) a deliberação política pressupõe a *continuidade do debate no tempo*, a despeito de uma decisão ter sido tomada, a *mutabilidade da decisão*; (3) a deliberação pressupõe a *justificação mútua que permite o diálogo* antes que a decisão seja tomada; (4) os argumentos utilizados não podem ser privados, no sentido de que tem que poder ser *compartilhados* por todos; e (5) a deliberação tem *pressupostos éticos* de que todos os participantes do debate terão *igual consideração e respeito*.⁶⁴⁰

A deliberação pode ser compreendida, portanto, como um processo de construção compartilhada de um resultado passível de alteração no tempo. Este é precisamente o procedimento que se busca implementar por meio do diálogo constitucional. Isto não implica dizer, entretanto, que o processo deliberativo que concretiza o DC necessariamente esteja vinculado ao ideal de *verdade*.⁶⁴¹ Ao revés, entende-se que a correção de uma decisão é absolutamente variável em razão do tempo histórico e do ponto de vista do qual é observada. Isto é, por meio da deliberação dialógica uma comunidade pode chegar à resposta X, que lhe parece a melhor naquele tempo, em razão dos valores daquelas pessoas, mas isto não

⁶³⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

⁶³⁹ Tradução livre do original: “Deliberation features no less than a respectful and inclusive practice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good. Thus, participants of deliberation, before counting votes, are open to transform their preferences in the light of well-articulated and persuasive arguments”. *Idem*, p. 14.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 14-17.

⁶⁴¹ A não vinculação da verdade ao consenso atingido por meio do processo de diálogo constitucional, e o emprego do termo “correção” e não de verdade, dá-se na esteira da crítica realizada por Lenio Streck ao procedimentalismo de Jürgen Habermas, uma vez que o jurista brasileiro afirma que a verdade não é consenso, na medida em que se assim fosse, ela não seria verdade. Em ambos os casos, portanto, desconecta-se o ideal de um consenso atingido do ideal do que seria verdadeiro, isto é, somente porque determinada solução parte de um acordo ao qual se chegou, este fato não necessariamente o conecta com o que seria considerado como a “verdade”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142-155.

necessariamente implica dizer que esta decisão é *correta*. A falibilidade da opinião no tempo já era tema de John Stuart Mill:

É tão evidente em si mesmo como qualquer argumento poderia fazê-lo, que as eras são não mais infalíveis do que indivíduos; toda era tendo sustentado muitas opiniões as quais foram consideradas não somente falsas, mas absurdas por eras subsequentes; e é certo que muitas opiniões, agora gerais, serão rejeitadas por eras futuras, como é com tantas, uma vez gerais, hoje rejeitas pelo presente.⁶⁴²

Neste sentido, desvincula-se o ideal da busca da verdade por meio do processo deliberativo de diálogo constitucional, sem, por outro lado, desconsiderar que por meio dele a sociedade possui maiores chances de chegar à resposta correta *para ela, naquele específico momento no tempo*. Por isso também se compreende que o diálogo constitucional é uma tarefa diluída no tempo. Esta maior probabilidade dá-se na medida em que “Há uma grande diferença entre presumir como verdadeira uma opinião porque, em cada oportunidade de contestá-la, ela não foi refutada, e se a presumir verdadeira com o propósito de não permitir sua refutação”.^{643 644}

A verdade, nesta senda, não configura uma real preocupação para os fins deste trabalho, na medida em que aceitar a sua existência implica dizer que o procedimento deve ser iniciado pelas conclusões,⁶⁴⁵ ou seja, quando já se sabe a resposta se almeja e o procedimento é delineado para chegar-se a ela. O valor do significado constitucional alcançado por meio do procedimento deliberativo dialógico não é avaliado por sua capacidade de chegar a uma verdade, mas sim por seu potencial de alcançar decisões legítimas, fruto de um diálogo efetivo entre a sociedade e as suas instituições. Isto é, “os padrões substantivos pelos quais as decisões políticas são julgadas não fazem este papel por serem verdadeiros, mas por serem

⁶⁴² Tradução livre do original: “Yet it is as evident in itself as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general, will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present”. MILL, John Stuart. **On Liberty**. Middletown: McAllister Editions, 2016, p. 21.

⁶⁴³ Tradução livre do original: “There is the greatest difference between presuming an opinion to be true, because, with every opportunity for contesting it, it has not been refuted, and assuming its truth for the purpose of not permitting its refutation”. *Idem*, p. 21-22.

⁶⁴⁴ Sabe-se que este argumento de Mill é direcionado à fundamentação da liberdade de expressão e a sua vinculação com a verdade. Não se ignora as muitas críticas a ele realizadas, tais como a de considerar a liberdade de expressão como um valor que não poderia ser restrito ou de subordinar a dignidade humana à verdade. No entanto, para as finalidades aqui almejadas, a força do argumento ainda se mantém, uma vez que perpassa justamente o ideal de que um argumento necessita ser contestado para ser posto à prova, conectando-se com o ideal deliberativo das interações constitucionais almejadas. No mesmo sentido, importante salientar, que em que pese o argumento do autor tenha sido elaborado na busca da verdade, aqui se o desconectou deste ideal, se o ligando mais a uma ideia de correção.

⁶⁴⁵ ESTLUND, David M. **Democratic Authority: A philosophical framework**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 23.

geralmente aceitáveis de um certo modo”.⁶⁴⁶ O padrão da correção e da verdade, portanto, não se confundem, na medida em que a primeira, para as finalidades aqui postas, vê-se associada com o ideal de mutabilidade, de correção no tempo e dentro de determinada sociedade que decide sobre determinadas circunstâncias, pressupõe, neste diapasão, a possibilidade de alteração. A segunda, por sua vez, não aceita estes pressupostos, uma vez que está associada com a exatidão, com a propriedade de estar conforme os fatos ou com a realidade. A verdade, como aqui enxergada, não admite a mutabilidade.

A deliberação revela-se frutífera para o estabelecimento de um diálogo constitucional democrático porquanto seu valor epistêmico está relacionado com a qualidade do processo de interação entre Judiciário-Executivo-Legislativo-Sociedade. Isto é, a deliberação vem conectada com o diálogo constitucional, uma vez que tem o potencial de maximizar a qualidade dos resultados produzidos, tendo em vista que cada ator traz ao processo de construção conjunta do significado da Constituição suas melhores contribuições. Isto porque, se cada parte do diálogo traz ao debate seus melhores argumentos, “desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo a adversarial”.⁶⁴⁷

Daí que se suavizam os efeitos da supremacia judicial, legitimando-se a prática do controle de constitucionalidade. Para Carlos Santiago Nino “uma forma matizada de controle judicial de constitucionalidade pode assegurar que os resultados epistêmicos que surgem do processo democrático resultem combinados com as demandas que provém da constituição ideal dos direitos e da constituição histórica”.⁶⁴⁸ No mesmo sentido:

A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade.⁶⁴⁹

Defende-se que o potencial epistêmico é compatível com o procedimentalismo da teoria deliberativa, sem pugnar-se por uma versão substancialista dela, na medida em que a

⁶⁴⁶ Tradução livre do original: “[...] the substantive standards of correctness by which political decisions are judged do not rise to this role by being true, but by being generally acceptable in a certain way”. ESTLUND, David M. **Democratic Authority: A philosophical framework**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 23.

⁶⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210-211.

⁶⁴⁸ Tradução livre do original: “[...] una forma matizada de control judicial de constitucionalidad puede asegurar que los resultados epistêmicos que surgen del proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 293.

⁶⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, p. 212.

legitimidade da decisão não depende, de uma forma absoluta, da correção do resultado, mas sim de seu valor epistêmico, ainda que este seja imperfeito.⁶⁵⁰ Ou seja:

Assumir que possa haver esta aproximação de uma resposta epistemicamente melhor não pressupõe a adesão a uma vertente substancialista ou substantivista da democracia. É, antes disso, uma forma de enxergar o amálgama entre democracia e constitucionalismo em que cada um desses cânones da modernidade ocidental se considera mutuamente dependente do outro, num produto que é o constitucionalismo democrático-deliberativo.⁶⁵¹

O valor epistêmico associado a um ideal deliberativo de democracia, no entanto, necessita que alguns requisitos sejam preenchidos, de forma que ele se concretize. Para Nino, são os pré-requisitos deste ideal deliberativo: (i) a igualdade de condições na participação no processo de discussão e de tomada de decisão; (ii) a orientação da comunicação no sentido da justificação dos posicionamentos apresentados; (iii) a ausência de minorias isoladas; e (iv) a existência de um marco favorável à argumentação.⁶⁵² Assim como o autor argentino, Luc Tremblay antevê, em sintonia, três condições a serem satisfeitas para que o ideal de diálogo como deliberação possa sustentar-se: (a) cada participante deve reconhecer os demais como seu igual; (b) não pode haver formas de coerção, de maneira que o processo de diálogo como deliberação deve envolver a persuasão racional; e (c) deve objetivar alcançar algum resultado prático que pode ser objeto de acordos racionais entre os participantes.⁶⁵³

Nesta senda, reconhece-se que na ausência de algumas destas condições, o valor epistêmico vê-se inevitavelmente diminuído. Ou seja, compreende-se que na sociedade real, onde alguns destes pré-requisitos não se encontram satisfeitos (pessoas sem acesso à educação, ou à moradia, por exemplo, não poderão participar no processo de deliberação coletiva em igualdade de condições), isto vem em prejuízo especialmente no que concerne ao pré-requisito (i). Deve-se enfrentar este problema na medida em que neste trabalho busca-se a inclusão e o engajamento da cidadania no movimento de efetivação do diálogo constitucional.⁶⁵⁴ No entanto, segundo Nino, “a falta da satisfação completa das condições *a*

⁶⁵⁰ ESTLUND, David M. **Democratic Authority**: A philosophical framework. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 98.

⁶⁵¹ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 181.

⁶⁵² NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 192.

⁶⁵³ TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **I-CON**. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 632.

⁶⁵⁴ No ponto, refere-se especialmente à cidadania, na medida em que quando se aborda o diálogo entre instituições, presume-se a existência de igualdade de condições. Veja-se: SILVEIRA, Ramaís de Castro. *op. cit.*, p. 191.

priori pode privar a democracia de algum grau de valor epistêmico, mas não de sua totalidade”.⁶⁵⁵

Dessa forma, reconhece-se que a ausência de igualdade de condições vem em prejuízo da ampla participação da cidadania no processo deliberativo de construção coletiva do significado da Constituição. Sem embargo, também se compreende que o estímulo à inclusão social no processo de diálogo constitucional tem potencialidade de atenuar o abismo que pode existir entre os governados e as esferas governamentais⁶⁵⁶ (aqui se incluindo os três poderes). Neste sentido, o empenho pela inclusão da sociedade *pode* possuir efeitos maximizantes da qualidade da deliberação, na medida em que “A contestação pública contribui para a multiplicação dos pontos de vista em certa controvérsia”.⁶⁵⁷

Ainda, válido ressaltar que a busca pela integração social na construção do significado dos preceitos constitucionais pode ter efeitos pedagógicos e psicológicos. Não somente para as instituições, que podem ser levadas a cada vez mais abrir-se e tomar consciência da sua responsabilidade perante a cidadania,⁶⁵⁸ como também para a própria sociedade, tendo em vista que se vê albergada pela deliberação. Pode-se inferir, por conseguinte, que:

Há mais em uma instituição do que tão simplesmente a deliberação intramuros entre aqueles que tomam a decisão. A deliberação extramuros entre a instituição e os seus interlocutores pode ser uma prática iluminadora, e qualquer ponto de vista que não leve isto em consideração seria parcial e não terminado.⁶⁵⁹

Nesta senda, compreendem-se os percalços que acompanham a integração social almejada, bem como as dificuldades teóricas que ela implica. No entanto, entende-se que a sociedade deve ver-se abrangida nesta concepção deliberativa de diálogo constitucional em razão de que somente a fusão entre a deliberação formal (dentro da instituição) e informal

⁶⁵⁵ Tradução livre do original: “La falta de la satisfacción complete de las condiciones *a priori* puede privar a la democracia de algún grado de valor epistémico aunque no de su totalidad”. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 194.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 215.

⁶⁵⁷ Tradução livre do original: “Public contestation contributes to the multiplication of points of view on a certain controversy”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 114.

⁶⁵⁸ Conrado Hübner Mendes concebe este efeito, da percepção das instituições (no caso específico o autor trata de um ideal de Corte deliberativa) em relação a seus interlocutores, na fase pré-decisão. Prevê o constitucionalista que nesta fase de contestação pública a instituição vê-se diante da necessidade de portar-se como uma “curiosidade respeitosa”, a qual consistiria em escutar ativamente aqueles que estão diante dela lançando argumentos sobre a controvérsia. In: *Idem*, p. 127.

⁶⁵⁹ Tradução livre do original: “[...] there is more do a deliberative institution that intramural deliberation among decision-makers. Extramural deliberation between the institutions and its interlocutors can be an enlightening practice, and any account that disregards such activity would be partial and unfinished”. *Ibidem*, p. 46.

(disseminada ao largo da sociedade) pode criar um cenário ótimo para realização das promessas da deliberação (epistêmica, comunitária, psicológica e educativa).⁶⁶⁰

Outrossim, compreende-se que a tentativa uma inclusão social no debate constitucional, na esteira das teorias de equilíbrio explicitadas no item 2.2.3, pode ter desdobramentos na infusão de uma cultura de direitos. Isto é:

Para atingir-se esta profunda cultura de respeito pelos direitos, valores de direitos humanos devem efetivamente ser internalizados por todos os membros da sociedade. O melhor modo de atingir isto e de promover a legitimidade dos compromissos constitucionais com os direitos como expressões importantes do autoconhecimento de uma nação podem ser adaptando ou desenhando sistemas de diálogo constitucional de uma forma que reconheça o papel central do povo na discussão constante sobre os valores fundamentais.⁶⁶¹

Importante destacar que a crítica realizada por Christine Bateup às teorias de equilíbrio, de que elas pecariam por não incluir os casos de pequena repercussão, não se aplica no diálogo que se almeja. Isso porque, conforme já foi exposto ao largo de todo o trabalho, as proposições de tentativa de implementação de um diálogo constitucional substancial dirigem-se precisamente aos casos que envolvem os grandes dissídios políticos existentes na sociedade.

Ademais, a inclusão social no processo de diálogo constitucional também vai ao encontro da visão do diálogo como deliberação na medida em que este tem como objetivo a tomada de decisões que irão governar a comunidade de forma coletiva:

Um diálogo como deliberação tem propósitos práticos e mútuos específicos: objetiva tomar decisões em comum; chegar a acordo; resolver problemas ou conflitos coletivamente; determinar juntos qual opinião ou tese é verdadeira, a mais justificada ou a melhor; ou qual visão prática particular deve governar ações ou decisões.⁶⁶²

⁶⁶⁰ Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 46.

⁶⁶¹ Tradução livre do original: “In order to achieve this deep culture of respect for rights, human rights values must be effectively internalized by all members of a society. The best way to achieve this and to foster the legitimacy of constitutional commitments to rights as important expressions of a nation’s self-understanding may well be adapting of designing systems of constitutional dialogue in a way which recognizes the central place of the people in ongoing discussion about fundamental values”. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005, p. 67.

⁶⁶² Tradução livre do original: “A dialogue as deliberation has specific mutual practical purposes: it aims at taking decisions in common; reaching agreement; solving problems or conflicts collectively; determining together which opinion or thesis is true, the most justified, or the best; or which particular practical view should govern actions or decisions”. TREMBLAY, Luc B. *The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. **I-CON**. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 631.

Um diálogo constitucional compreendido a partir de um marco deliberativo, portanto, faz-se desejável na medida em que tem capacidade de fomentar uma busca pela solução mais adequada, e ao mesmo tempo legítima, porquanto fruto de um trabalho conjunto realizado entre as instituições e a população. Isto é, logra fundamentar a legitimidade da decisão tomada (substância) por meio do processo por meio do qual ela foi alcançada, conciliando, assim, os ideais de substância e procedimento.

Finalmente, necessário faz-se abordar algumas linhas críticas à ideia do diálogo constitucional como deliberação. Uma objeção feita relaciona-se com a doutrina da *responsabilidade judicial*, a qual assevera que juízes não devem subordinar seus próprios julgamentos aos alheios. Não podem, portanto, sujeitar suas posições a teses com as quais não podem racionalmente conceber. Neste marco, por conseguinte, “Juízes que simplesmente deferem às legislaturas, no que concerne à interpretação e à validade constitucional, não seriam responsáveis”.⁶⁶³ Em alguma medida, pode-se dizer que a doutrina da responsabilidade judicial sustenta a supremacia do Judiciário, uma vez que requer que este dite a última palavra,⁶⁶⁴ de forma que compreende a interação entre os poderes como uma relação de tudo ou nada: ou o Parlamento tem a autoridade última, ou a Corte.

Impende colocar-se que esta visão de responsabilidade judicial assenta o juiz em um patamar solipsista, desconectado da realidade social em que está inserido, na medida em que vê a decisão judicial como produto da convicção isolada daquele que decide. O problema da legitimidade democrática desta crítica é evidente. O Magistrado, não responsável perante a cidadania, deve dizer o que significa a Constituição de acordo com suas próprias visões do que ela exprime. A crítica da responsabilidade não se sustenta. Afinal, a Constituição contém os compromissos políticos mais fundamentais da *sociedade*, a ela deve caber, portanto, decidir em que medida estes devem ser alterados. A responsabilidade, depois de tudo, não deve ser observada como uma questão ética do juiz para com ele mesmo, mas do juiz para com os compromissos políticos assumidos pelo corpo social expressados na Constituição. A teoria dos DC neste sentido, não objetiva impor determinada visão dos valores constitucionais ao juiz, antes, nesta vertente deliberativa, almeja que ele seja mais um partícipe no processo de construção conjunta, ele é convidado a expor seu conhecimento e a alterá-lo na medida em que percebe que outro argumento é melhor que o seu. Não se exclui, por fim, a possibilidade

⁶⁶³ Tradução livre do original: “Judges who would simply defer to the legislatures, with respect to constitutional interpretation and validity, would not be responsible”. TREMBLAY, Luc B. *The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. I-CON. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 634.

⁶⁶⁴ *Idem*, p. 636.

de que o entendimento judicial seja aquele que prevaleça. Não há que se falar, por consequência, em problemas relacionados à responsabilidade judicial.

Também se pode criticar a visão deliberativa do diálogo constitucional com base no critério da legitimidade da revisão judicial de constitucionalidade, a qual pode ser medida a partir da condição do império do Direito (*Rule of Law*) e da condição da legitimidade da Lei.⁶⁶⁵ Neste sentido, “A legitimidade da revisão judicial é geral no sentido de que depende de um princípio moral básico e abstrato que confere autoridade geral às cortes”.⁶⁶⁶ Nesta senda, não é a autoridade do controle de constitucionalidade que deve ser provada. Antes, o ônus da prova recai no fato de se a legislação é legítima e merece aplicação judicial. Outrossim, na medida em que o juiz deve estabelecer critérios de legalidade e de legitimidade que uma Lei deve preencher para ser válida, eles constituem uma pré-condição para o reconhecimento de validade, ou seja, são anteriores a ela, são critérios antecedentes no que diz com a validade da legislação.⁶⁶⁷

Assim sendo, a limitação à teoria do diálogo constitucional ocorreria na medida em que nenhuma norma poderia ser considerada digna de aplicação judicial a não ser que preencha os requisitos de validade e legitimidade determinados por um julgamento prévio. Neste sentido, nenhuma Lei reeditada pelo Parlamento seria merecedora de aplicação judicial, uma vez que não observaria estes critérios definidos pela decisão pretérita. Somente a Corte poderia, assim, definir se a legislação preenche aqueles padrões estabelecidos. Ela tem, portanto, supremacia e a última palavra.

Esta crítica realizada à teoria dos diálogos constitucionais deixa de considerar que os seus fundamentos são demasiadamente controvertidos, na medida em que prevê critérios muito abstratos a partir dos quais a revisão judicial seria legítima e justificável e chega, até mesmo, a assentar a supremacia judicial como pré-condição ao *Rule of Law*. As condições do império do Direito e da legitimidade da Lei por ela defendidas são distorcidas na medida em que assinalam que em qualquer instância, elas devem ser averiguadas somente pelo juiz, somente ele poderia e teria autoridade suficiente para isso. Neste sentido, parte de premissa díspar da concepção do diálogo constitucional como deliberação.

Isso porque, para a teoria do DC, a revisão judicial não encontra fundamento de legitimidade em si mesma dentro de uma sociedade democraticamente governada, na medida

⁶⁶⁵ TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *I-CON*. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 639.

⁶⁶⁶ Tradução livre do original: “The legitimacy of judicial review is general in the sense that it depends on a basic, abstract moral principle conferring a general authority on the courts”. *Idem*, p. 640.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 642.

em que a legitimidade da decisão é avaliada a partir da Constituição, a qual é decisão política que contém os compromissos *da sociedade*. A supremacia judicial defendida por esta vertente crítica socava esta legitimidade, subtrai qualquer possibilidade de implementação de um governo do povo para o povo, o qual é o substrato da teoria dos diálogos constitucionais aqui defendida. Cai por terra o argumento suscitado na medida em que a validade da Lei não tem seu fundamento de autoridade na decisão juiz. Este também é passível de proferir julgamentos incorretos.

Nesta senda, um diálogo constitucional deliberativo compreende que os melhores julgamentos serão proferidos na medida em que todas as partes sejam ouvidas e tenham seus argumentos postos à prova em igualdade de condições. É o valor epistêmico da deliberação que confere autoridade à decisão alcançada e não o fato de que um juiz determinou que ela deveria preencher determinados critérios. Isto é, a crítica realizada não tem substrato de minar o ideal de deliberação no processo de construção do significado constitucional na medida em que este vem precisamente com o intuito de mitigar o exercício da supremacia judicial, e não a reforçar.

Isto posto, compreende-se que o ideal deliberativo de diálogo constitucional proposto, com a inclusão tanto das esferas institucionais quanto da sociedade, pode criar um cenário no qual as promessas da deliberação sejam concretizadas. Assim sendo, a Constituição e o seu significado podem passar a ser percebidos como o produto de um processo deliberativo contínuo de construção conjunta e do esforço pela busca das melhores respostas aos problemas morais, políticos e econômicos da sociedade.

3.2.2 Afinal, o que é Diálogo Constitucional?

Feitas as considerações acima delineadas, percebeu-se como para a construção do diálogo constitucional aqui defendido como ideal, faz-se relevante a inclusão de concepções democrático-deliberativas na conversa a ser estabelecida, na medida em que estas, argumentou-se, têm o condão de aumentar a qualidade epistêmica do debate. No mesmo sentido, na esteira das teorias de equilíbrio, defendeu-se a imperiosidade da inclusão da sociedade no diálogo constitucional, de forma que este ultrapasse as esferas institucionais, sendo permeado também por um debate publicamente construído, no qual a coletividade seja ouvida e que sua opinião seja sopesada no estabelecimento do significado da Constituição. Esta inclusão, neste diapasão, teria o condão de mitigar as dificuldades do déficit

democrático, exatamente por promover um debate social amplo, de forma que a interpretação do texto constitucional não seria verticalmente imposta ao cidadão.

O diálogo constitucional proposto, por conseguinte, especialmente por meio da inclusão da cidadania, objetiva, em alguma medida, a reconstrução do significado da democracia:

Isso porque democracia não pode ser entendida como mera técnica, que para o direito serviria de condão para elaboração de normas, bem como não deveria corresponder à mera atribuição, formal, do poder constituinte ao povo, já que o povo é a origem e o detentor último do poder político.⁶⁶⁸

O diálogo, portanto, envolve muitos atores: a Corte, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a mídia, o cidadão, a academia, os grupos de interesse. A contribuição do Tribunal é facilmente identificável: está contida na decisão. Entretanto, “as contribuições dos outros participantes, especialmente as dos poderes políticos, são deveras mais ardilosas e difíceis de reconhecer”.⁶⁶⁹ Neste contexto, na esteira da diferenciação entre um conceito formal e um conceito substancial ou material de diálogo constitucional traçado no item 3 do presente capítulo, é de inferir a opção pelo emprego da última espécie.

Para sua implementação, no entanto, é importante referir que o desenho institucional favorável à emergência do diálogo aparece como fator importante. Isso porque, na ausência de um panorama institucional que não preveja qualquer mecanismo por meio do qual o DC deve ser instaurado, se reconhece as dificuldades no estabelecimento de qualquer tipo de conversa sobre o significado da Constituição entre as esferas de poder e a população. Neste sentido, e em consonância com a análise realizada nos tópicos 3.1.1 e 3.1.2, já se consignou a inexistência de mecanismos dialógicos no sistema constitucional brasileiro, a partir da vertente material, o que, entende-se, dificulta, em muito, a tarefa de construção conjunta do significado da Constituição.

No entanto, reconhece-se também que somente a existência de uma institucionalidade voltada ao diálogo não necessariamente implica que ele irá materializar-se. Isso porque, a

⁶⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: O pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. *Crítica Jurídica*, n. 35, p. 23-44, 2013, p. 41.

⁶⁶⁹ Tradução livre do original: “[...] the contributions of the other participants, especially those of the political branches, are a little more elusive and difficult to recognize”. DOR, Gal. *Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective*. *Indiana International and Comparative Law Review*. v. 11, p. 1-36, 2000. Disponível em: < <https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016, p. 16.

cultura política e jurídica também são fatores importantes na estruturação de uma realidade dialógica. Por conseguinte:

[...] muitos fatores, além do esquema próprio da Constituição, devem ser levados em consideração ao calcular-se as probabilidades de evolução de diferentes formas de diálogos constitucionais. A cultura política e legal e as tradições, o sistema político como um todo, e o modelo constitucional – juntos, todos eles afetam estes diálogos.⁶⁷⁰

É de inferir-se, no entanto, que relativamente à cultura política e jurídica do Brasil, não há construção teórica que logre em alterá-la. Este processo depende também do desenvolvimento natural, do amadurecimento da democracia, do fortalecimento do Poder Legislativo, historicamente diminuto no Brasil, e da tomada de consciência pela cidadania de que ela é parte relevante e imperiosa na construção do significado da Constituição, na medida em que esta representa o *seu* compromisso político como sociedade. Não é possível promover esta modificação por meio de imposições teóricas, verticalmente forçadas.

Feita esta consideração, o esforço do trabalho na promoção do DC vem precisamente tentar, em alguma medida, resolver o primeiro problema: a ausência de mecanismos institucionais que promovam um diálogo constitucional substancial de forma a mitigar a supremacia judicial exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, concebe-se que a despeito da impossibilidade de alteração da cultura política e legal do Brasil, é possível a tentativa promoção do diálogo por meio da inserção de mecanismos institucionais que o fomentem.

Desta forma, o valor da teoria dos diálogos constitucionais pode ser observado na busca de diluição da supremacia judicial e da inclusão da sociedade na construção do significado da Constituição. Nesta senda:

[...] as teorias dos diálogos não pretenderam estabelecer “verdades absolutas”, ou buscar as únicas respostas corretas para os casos difíceis. Ao contrário, partindo da compreensão da complexidade e limites de sua empreitada, estas teorias buscam construir desenhos institucionais de maior interlocução, nos quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais competem, solidariamente, a difícil tarefa de concretizar o texto fundamental.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Tradução livre do original: “[...] many factors, other than the Constitution’s scheme itself, should be taken into account in calculation the probabilities for the evolution of different kinds of constitutional dialogues. The political and legal cultures and traditions, the overall political system, and the constitutional model – together they all effect these dialogues”. DOR, Gal. *Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective*. **Indiana International and Comparative Law Review**. v. 11, p. 1-36, 2000. Disponível em: <<https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016, p. 33.

⁶⁷¹ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 137.

O conceito de diálogo aqui empregado, neste sentido, consiste “na construção compartilhada entre os Poderes e a sociedade da decisão política sobre a Lei Fundamental, em prol da harmonização entre Direito e Política; sendo certo que essa definição possui íntima ligação com a respectiva finalidade”.⁶⁷² Isto é, reconhecendo-se a falibilidade do processo de tomada de decisão democrático, e pugnando por uma construção coordenada do significado da Constituição, a vertente material de diálogo constitucional não tem pretensões de busca da verdade inexorável sobre os direitos. Antes, ela pressupõe a utopia desta busca da verdade, de forma que observa o texto fundamental como documento que contém os compromissos políticos da sociedade, cujo significado deve ser elaborado e modificado pela população em conjunto com suas instituições em um processo de diálogo deliberativo contínuo e infindável, daí retirando, portanto, a sua legitimidade.

4 A DEMOCRATIZAÇÃO DA DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL: PROPOSIÇÕES PARA UMA REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA

No debate realizado por Kent Roach, afirma o autor que a diferença entre os ordenamentos jurídicos norte-americano e o canadense reside no fato de que suas cartas de direitos são diferentes. A norte-americana, salienta, não permite o diálogo entre a legislatura e a Corte, na medida em que uma vez tendo a Suprema Corte decidido sobre determinado direito, o Congresso não mais poderá se manifestar contrariamente ao precedente estabelecido. No mesmo sentido, assenta este fato como consequência do momento histórico em que o *Bill of Rights* estadunidense foi acrescentado à Constituição, no qual os valores eram outros, as dificuldades de locomoção eram demasiadamente grandes e nem mulheres nem negros eram observados como sujeitos de direitos, não tendo acesso ao voto. Prevê o autor, portanto, que a supremacia judicial norte-americana é, em muito, o produto da incapacidade da cidadania e das legislaturas em responder à decisão da Suprema Corte.⁶⁷³

A carta de direitos canadense, de outro lado, não concede o mesmo poder da última palavra aos juízes. Foi elaborada em um momento histórico no qual havia maiores facilidades

⁶⁷² MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de Injunção como Instrumento de um Constitucionalismo Dialógico**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015, p. 38-39.

⁶⁷³ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 29.

de locomoção, sufrágio universal e receios de desastres nucleares. Nesta senda, ao elaborar o *Bill of Rights*, os legisladores canadenses:

[...] deram passos inovadores importantes para balancear o potencial do ativismo judicial sob uma carta de direitos constitucional com a habilidade das legislaturas fortes produzidas pelo sistema parlamentar Canadense para limitar e até mesmo superar os direitos como interpretados pela Corte. A Carta abriu novo caminho evitando ambos os perigos da supremacia judicial, a qual dá a juízes não eleitos a última palavra, e da supremacia legislativa, a qual dá a políticos eleitos a última palavra. No lugar disso, ela promove e estrutura diálogos democráticos entre cortes, legislaturas, e a sociedade sobre a forma como os direitos e a liberdades serão tratados.⁶⁷⁴

Pode-se depreender que, para Kent Roach, portanto, a diferença entre o estabelecimento de uma relação de diálogo entre a sociedade, as Cortes e as legislaturas e de uma relação de supremacia judicial/parlamentar reside na estrutura mesma das instituições do sistema constitucional. Isto é, afirma o constitucionalista canadense que a forma na qual a carta de direitos e a institucionalidade que a circunda estão formatadas tem relevância para a interação que será estabelecida entre os atores políticos e jurídicos. São os mecanismos, por conseguinte, que pautam este relacionamento.

Na esteira dos ensinamentos de Roach, bem como tendo em vista a análise da supremacia judicial no ordenamento jurídico brasileiro realizada no capítulo precedente, busca-se, aqui, tentar encontrar estruturas que a mitiguem. Nesta senda, compõe o objetivo da presente seção a proposição de alguns mecanismos institucionais que possam auxiliar na implementação de um modelo de diálogo constitucional que fomente a deliberação no panorama político-jurídico brasileiro e que conceda tanto ao Supremo Tribunal Federal, quanto aos atores políticos e sociais papel relevante no processo de definição dos preceitos constitucionais.

Neste sentido, a partir dos objetivos aqui traçados de inclusão dos demais poderes e da sociedade no processo de diálogo constitucional, bem como partindo-se do conceito substancial de diálogo delineado, algumas estruturas foram consideradas como aquelas possuem melhores chances de concretização destes propósitos. Determinadas dificuldades ocasionadas pela institucionalidade brasileira, no entanto, devem ser levadas em

⁶⁷⁴ Tradução livre do original: “[...] took important and innovative steps to balance the potential of judicial activism under a constitutional bill of rights with the ability of the strong legislatures produced by the Canadian parliamentary system to limit and even override rights as interpreted by the Court. The *Charter* broke new ground by avoiding the dangers of both judicial supremacy, which gives unelected judges the last word, and legislative supremacy, which gives elected politicians the last word. Instead, it promotes and structures the way rights and freedoms will be treated”. ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 06.

consideração. Neste sentido, compreende-se, por exemplo, que a existência de duas casas Legislativas apresenta uma dificuldade para o processo de diálogo visto que dilui o debate, eis que torna complexa a averiguação das razões adotadas pelo Poder Legislativo na defesa do ato dele emanado.

Outrossim, percebe-se como outra dificuldade apresentada pelo sistema constitucional brasileiro o fato de que o Supremo Tribunal Federal, a partir de construção jurisprudencial,⁶⁷⁵ realize o controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais. Isso porque esta posição dificulta em muito a possibilidade de uma reversão legislativa, bem como joga luz sobre a supremacia judicial ostentada pela Corte, na medida em que inevitavelmente remete-lhe a última palavra sobre a Constituição. Ante estas dificuldades, percebe-se que “Quanto mais casas para aprovar legislação ou quanto mais poderes de veto, mais difícil é para a legislatura responder substancialmente e contribuir para o diálogo constitucional”.⁶⁷⁶

Por fim, ainda sobre as adversidades da realidade brasileira para o desenvolvimento de mecanismos de diálogo, deve-se mencionar o atual procedimento de inclusão social no processo decisório da Corte, o qual, em geral, dá-se por meio das audiências públicas e da figura dos *amici curiae*. Isso porque, não obstante estes instrumentos representarem uma porta de acesso da sociedade ao Tribunal, não há qualquer mecanismo que a compela a aceitá-los, uma vez que é tarefa discricionária do Relator a decisão pelo chamamento das audiências públicas,⁶⁷⁷ bem como a aceitação ou não do ingresso no feito da figura do *amicus curiae*.⁶⁷⁸

Nesta senda, os mecanismos aqui propostos vêm tentar resolver alguns dos problemas relacionados ao exercício da supremacia judicial, por meio de instrumentos que facultem um

⁶⁷⁵ Sobre a construção jurisprudencial do STF sobre sua competência para realização do controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais remete-se o leitor à nota de número 464.

⁶⁷⁶ Tradução livre do original: “The more houses to approve legislation or the more veto powers, the harder it is for the legislature to substantially respond and contribute to the constitutional dialogue”. DOR, Gal. Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective. **Indiana International and Comparative Law Review**. v. 11, p. 1-36, 2000. Disponível em: <<https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016, p. 33.

⁶⁷⁷ Veja-se a redação do §1º do artigo 6º da Lei nº 9.882 de 1999, a qual dispõe sobre o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental: “§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁶⁷⁸ Veja-se a redação do §2º do artigo 7º da Lei 9.858 de 1999, a qual dispõe sobre o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade perante o STF: “§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”. Veja-se, também a redação do caput artigo 138 do Novo Código de Processo Civil: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

diálogo constitucional a ser estabelecido entre o STF, os poderes políticos e a sociedade. Especialmente quanto a esta última, os institutos a seguir propostos buscam uma “perspectiva de uma abertura participativa que agregue o cidadão à vida pública permanentemente, e não apenas de tempos em tempos, quando o exercício da cidadania (a de caráter político, em especial) confunde-se com o ato de exercício do direito de sufrágio”.⁶⁷⁹

Assim sendo, as proposições formuladas buscam (i) permitir a interação social com o Supremo Tribunal Federal, na figura dos *amici curiae* e das audiências públicas; (ii) permitir a mitigação dos efeitos da supremacia judicial por meio do veto popular; e, finalmente (iii) permitir a interação do Supremo Tribunal Federal com os Poderes Legislativo e Executivo, ao mesmo tempo em que se busca apaziguar a supremacia judicial por meio da inserção de um tipo de cláusula de não obstante. Compreende-se que tão somente estes mecanismos não se fazem suficientes para a construção de um panorama diálogo-deliberativo no sentido material buscado. No entanto, para as finalidades (e ambições) do trabalho, percebe-se que por meio destes instrumentos, um primeiro passo na construção de um significado constitucional socialmente compartilhado e democrático pode ser dado.

Assim sendo, os mecanismos propostos têm por objetivo, além de facultar o diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal, os Poderes Legislativo e Executivo e a sociedade, preencher os requisitos mínimos de deliberação e de substância propostos nos tópicos anteriores. Busca-se, com isto, possibilitar-se a abertura de uma porta (ou de uma fresta) aos diálogos constitucionais no sistema jurídico brasileiro.

4.1 CONSULTA POPULAR

A consulta popular, como aqui concebida, poderá ser exercitada por meio das audiências públicas e do procedimento de veto popular, vem no sentido de incluir a sociedade no debate constitucional. Isto é, no esquema desenhado, o qual almeja a inclusão tanto das esferas de poder, como da população na construção do significado da Constituição, a consulta popular vem na esteira de tentar resolver o derradeiro problema.

Na concepção de Conrado Hübner Mendes, o processo de tomada de decisão por uma Corte deliberativa perpassa três fases: a pré-decisional, a decisional e a pós-decisional. A primeira compreende os eventos abrangidos antes da tomada de decisão pelo Tribunal, isto é, a fase de contestação pública; a segunda, por sua vez, abarca o processo de deliberação para

⁶⁷⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 20.

chegar-se a uma decisão, o engajamento colegiado; e, por fim, a terceira, envolve o processo de elaboração da decisão, ou seja, a decisão deliberativa escrita.⁶⁸⁰

A concepção das audiências públicas vê-se formatada a partir da fase chamada de pré-decisional. Ou seja, o procedimento de audiência pública pode estabelecer um debate social amplo que influirá na decisão a ser tomada pelo STF, de forma que a este se possibilite a oitiva das vozes sociais plurais e que representam os mais diferentes interesses, e que, posteriormente, estas visões sejam abordadas nas seguintes fases da tomada de decisão pelo Supremo. Isto é, também os interlocutores do Supremo, que participam do procedimento de audiência pública, têm responsabilidade pela avaliação do desempenho desta fase da decisão.⁶⁸¹

O segundo mecanismo abordado como forma de consulta popular, por sua vez, é concebido como possível forma de mitigar-se a supremacia judicial. Isso porque, depreende-se que o veto popular, uma espécie de *recall* de decisões judiciais, é instrumento que pode ser utilizado para, por meio de um debate social amplo, revogar-se uma decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade que envolva os direitos e as garantias fundamentais.

Desta forma, os instrumentos de consulta popular concebidos, a partir do conceito de diálogo constitucional adotado, bem como das críticas realizadas, têm por *pretensão* a inclusão da sociedade no processo de construção de um significado compartilhado da Constituição. Para isso, conceberam-se dois instrumentos, o primeiro para tentar inserir e dar maior voz à cidadania dentro do processo decisório do Supremo Tribunal Federal – por meio de uma reformulação de alguns meandros do instituto das audiências públicas – e o segundo, para tentar criar uma possibilidade de que a sociedade efetivamente dialogue e discorde das decisões proferidas pela mais alta Corte do país – por meio do veto popular de decisões judiciais.

4.1.1 Audiências Públicas

É reconhecido que as audiências públicas são mecanismos que possibilitam o acesso aos Tribunais de pessoas e estudiosos com conhecimentos específicos e técnicos ou cotidianos sobre matérias perante eles discutidas. Neste sentido, a sua realização “permite que

⁶⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 105.

⁶⁸¹ *Idem*, p. 107.

entendimentos diferentes, muitas vezes conflitantes, sejam defendidos e analisados no intuito de possibilitar reflexão conjunta sobre determinado tema, conferindo transparência e legitimidade”.⁶⁸² As audiências públicas que serão tratadas aqui são aquelas que ocorrem (ou que deveriam ocorrer) no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isto é, a audiência pública que ocorre quando os interesses em contenda ultrapassam as meras pretensões das partes, de forma que se pode dizer que abarcam um litígio de transcendência institucional.⁶⁸³

Do ponto de vista do conceito material de diálogo constitucional anteriormente articulado, bem como da perspectiva da deliberação, a AP pode representar um fórum onde a sociedade pode encontrar-se com os Ministros do STF, bem como com representantes das demais esferas do Governo, e efetivamente debater e deliberar sobre o que será decidido pela Corte. Neste sentido, em que pese no caso da audiência pública no âmbito do processo constitucional ter a última palavra dada pelo STF, compreende-se que o valor de inclusão social na controvérsia tem o condão de satisfazer os pressupostos dialógicos de efetivo debate social amplo, desde que respeitadas algumas condições da deliberação:

Como aspiração prescritiva, a contestação pública corresponde a, por um lado, o efetivo envolvimento de todos os atores interessados em apresentar argumentos para a corte e, por outro, à sincera atenção da corte em receber estes argumentos e em explorá-los publicamente. Interlocutores falam enquanto os tomadores de decisão [*decision-makers*] ouvem atentamente e questionam.⁶⁸⁴

A realização de audiências públicas perante a mais alta Corte do Poder Judiciário tem alguns significados relevantes no que concerne à inclusão social no processo decisório sobre as questões constitucionais. Dentre eles, menciona-se o valor do acesso à Justiça. Sobre a realização de audiências públicas perante a Corte Suprema da Argentina, afirma Ricardo Lorenzetti:

Pensem, por exemplo, que no marco destas audiências estiveram na Corte Suprema pessoas que estavam desnutridas. É o que aconteceu no caso Chaco. Também se apresentaram ante a Corte membros das comunidades originárias mais postergadas,

⁶⁸² MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da Saúde: Analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 561-568, Dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 Out. 2016, p. 562.

⁶⁸³ LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una Justicia Dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 348.

⁶⁸⁴ Tradução livre do original: “As a prescriptive aspiration, public contestation corresponds to, on the one hand, the actual involvement of all interested actors in presenting arguments to the court and, on the other, to the attention of the court in receiving these arguments and probing them publicly. Interlocutors speak while decision-makers actively listen and question”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 107-108.

como ocorreu com audiências que se fizeram no caso de Formosa; setores rurais e povos originários também postergados, como no caso dos desmontes de Salta, da disputa pelo lítio em Jujuy; e pessoas que viviam na rua, como na audiência que se fez pelo direito à moradia no caso da cidade de Buenos Aires. Em todos estes casos é possível reconhecer a emoção da pessoa que está ali, frente à Corte Suprema, que reconhece o que implica o acesso à justiça: alguém que sempre esteve esquecido, que vê a justiça como algo tão distante e, de pronto, tem a oportunidade de ver-se diante de um tribunal, o principal tribunal do país, a cabeça de um poder do Estado, para dizer sua verdade. Isto é algo muito importante. Trata-se, talvez, de um dos pilares centrais que temos que ter em conta quando pensamos na justiça.⁶⁸⁵

Outro vetor importante que pode ser proporcionado pela audiência pública é o educativo. Com a sua instauração, tanto a população tem a oportunidade de aprender com os ensinamentos da Corte sobre as questões que estão sendo debatidas, como os próprios membros do STF, muitas vezes desconectados da realidade social da maioria da população brasileira, têm a chance de expandir seus horizontes com as diversas opiniões trazidas pelo povo à audiência pública de como aquela decisão refletirá diretamente nas suas vidas individuais.

No mesmo sentido, a realização de audiências públicas pode vir na esteira de sinalizar uma mensagem de um Governo aberto, comprometido com a transparência e com a participação popular no processo de tomada de decisões.⁶⁸⁶ Isso porque, por meio da instauração de AP, permite-se o estabelecimento de um amplo debate social sobre as posições apresentadas pelas partes na controvérsia, além de permitir que sejam colocados novos argumentos pelos interessados. A extensão do alcance da audiência pública pode ainda ser maximizada por meio de sua transmissão pelos novos meios de comunicação facilitados pela internet, de maneira que o debate possa ocorrer não somente dentro do espaço físico do STF, como também nas casas, nas mesas de bar, nos escritórios, em qualquer lugar que esteja conectado.

No Brasil, a possibilidade de chamamento de audiências públicas perante o processo

⁶⁸⁵ Tradução livre do original: “Piensen, por ejemplo, que en el marco de estas audiencias estuvieron en la Corte Suprema personas que estaban desnutridas. Es lo que sucedió en el caso del Chaco. También se presentaron ante la Corte miembros de las comunidades originarias más postergadas, como ocurrió con las audiencias que se hicieron en el caso de Formosa; sectores rurales y pueblos originarios también postergados, como en el caso de los desmontes de Salta, de la disputa por el litio en Jujuy; y personas que vivían en la calle, como en la audiencia que se hizo por el derecho a la vivienda en el caso de la Ciudad de Buenos Aires. En todos estos casos es posible reconocer la emoción de la persona que está ahí, frente a la Corte Suprema, que reconoce lo que implica el acceso a la justicia: alguien que siempre ha estado olvidado, que ve la justicia como algo tan lejano y, de pronto, tiene la oportunidad de pararse en un tribunal, el principal tribunal del país, la cabeza de un poder del Estado, para decir su verdad. Esto es algo muy importante. Se trata, tal vez, de uno de los pilares centrales que tenemos que tener en cuenta cuando pensamos en la justicia”. LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una Justicia Dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 348-349.

⁶⁸⁶ *Idem*, p. 3450.

de controle de constitucionalidade perante o STF está prevista nos artigos 9º⁶⁸⁷ e 6º,⁶⁸⁸ das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente. Nelas, concebe-se a faculdade de o Relator convocar audiências públicas para que sejam ouvidas declarações de *experts* nas matérias em contenda.

No Regimento Interno do STF, a possibilidade de chamamento de audiência pública é prevista no artigo 13, inciso XVII, o qual dispõe ser faculdade do Presidente da casa “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”. Também encontra assento na previsão do artigo 21, inciso XVII, o qual prevê ser atribuição do Relator do processo “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante”. A primeira AP realizada no âmbito do Supremo ocorreu em 20 de abril de 2007, quando do julgamento da ADI 3510, que tinha como Relator no Ministro Ayres Britto, e que impugnava dispositivos da Lei nº 11.105 do ano de 2005, a Lei de Biossegurança.⁶⁸⁹

Até hoje, foram realizadas dezenove audiências públicas perante a mais alta Corte brasileira. Dentre as temáticas, pode-se mencionar:

1. Judicialização do direito à saúde. Convocada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes. Realizadas em 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009;
2. Importação de pneus usados. Convocada pela Ministra Cármen Lúcia na ADPF 101. Realizada em 27 de junho de 2008;
3. Interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo. Convocada pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 54. Realizadas em 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008;

⁶⁸⁷ Reza o §1º do artigo: “§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁶⁸⁸ Reza o §1º do artigo: “§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁶⁸⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em 26 out. 2016.

4. Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior. Convocada pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 186 e no RE 597.285. Realizadas em 3, 4 e 5 de março de 2010;
5. Lei seca – proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades das rodovias. Convocada pelo Ministro Luiz Fux na ADI 4.103. Realizadas em 7 e 14 de maio de 2012;
6. Proibição do uso do amianto. Convocada pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 3.937. Realizadas em 24 e 31 de agosto de 2012;
7. Pesquisas com células-tronco embrionárias. Convocada pelo Ministro Ayres Britto na ADI 3.510. Realizada em 20 de abril de 2007;
8. Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil. Convocada pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 4.679, 4.756 e 4.747. Realizadas em 18 e 25 de fevereiro de 2013;
9. Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia. Convocada pelo Ministro Dias Toffoli no RE 627.189. Realizadas em 6, 7 e 8 de março de 2013;
10. Queimadas em canaviais. Convocada pelo Ministro Luiz Fux no RE 586.224. Realizada em 22 de abril de 2013;
11. Regime prisional. Convocada pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 641.320. Realizadas em 27 e 28 de maio de 2013;
12. Financiamento de campanhas eleitorais. Convocada pelo Ministro Luiz Fux na ADI 4.660. Realizadas em 17 e 24 de junho de 2013;
13. Biografias não autorizadas. Convocadas pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.815. Realizadas em 21 e 22 de novembro de 2013;
14. Programa “mais médicos”. Convocada pelo Ministro Marco Aurélio nas ADIs 5.037 e 5.035. Realizadas em 25 e 26 de novembro de 2013’
15. Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil. Convocada pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 5.062 e 5.065. Realizada em 17 de março de 2014;
16. Internação hospitalar com diferença de classe no SUS. Convocada pelo Ministro Dias Toffoli no RE 581.488. Realizada em 26 de maio de 2014;
17. Ensino religioso nas escolas públicas. Convocada pelo Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4.439. Realizada em 15 de junho de 2015;
18. Uso de depósito judicial. Convocada pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI

5.072. Realizada em 21 de setembro de 2015;

19. Novo código florestal. Convocada pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937. Realizada em 18 de abril de 2016.⁶⁹⁰

Um dos problemas apresentados pelo modelo como atualmente formatado, contudo, é que o que foi debatido em sede de audiência pública não vincula em nada a decisão a ser proferida pelo STF. Outrossim, sequer é necessário que qualquer Ministro mencione o que nelas foi discutido no Acórdão. Sobre a influência das audiências públicas ocorridas na ADPF 54 (caso dos fetos anencéfalos), afirma Roberto Fragalle sobre o voto da Ministra Rosa Weber:

A ministra indicou que assistira aos vídeos de quatro sessões da audiência e rememorou o caso de Marcela de Jesus, que fora intensamente debatido na própria audiência por conta da controvérsia em torno de seu diagnóstico (anencefalia ou microencefalia?), além de ter esclarecido que ficara sensibilizada com a visita de Vitória de Cristo, uma criança levada por seus pais e acometida de acrania. No entanto, seu voto não traduz qualquer referência consistente aos debates havidos na audiência pública [...]. Seu longo voto alude apenas uma vez e, ainda assim, de forma genérica às audiências para salientar que os testemunhos das mulheres que levaram a gestação de fetos anencéfalo até o fim informam que a decisão destas se deu em função de suas escolhas morais, o que, por certo, reafirma suas liberdades de escolha.⁶⁹¹

Prossegue o autor afirmando que os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, também, somente de forma marginal, reportaram-se ao conteúdo das audiências públicas. Outrossim, salienta que o único Ministro no julgamento a estabelecer um real contraditório entre as razões lançadas em sede de audiência pública, e não somente a utilizar-se de argumentos que corroborassem seu entendimento, foi o Ministro Cezar Peluso.⁶⁹² Sobre a realidade da prática da realização de audiências públicas perante o STF afirmam Vanice Regina Lírio do Valle *et al*:

Finalmente, é de se consignar uma ainda aparente indefinição no que toca à *dinâmica* propriamente da incorporação dos elementos de informação originários da audiência pública, ao processo de construção da decisão judicial. Isso porque a referência legislativa à audiência pública parece estar a sugerir uma *diligência revestida de oralidade*, e de um intercâmbio de informações que é próprio, por exemplo, à audiência de instrução e julgamento. Mais ainda, a origem do incidente – provocação do Relator do feito – está a sugerir um empenho desse que preside à

⁶⁹⁰ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 26 out. 2016.

⁶⁹¹ FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**, 6, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230>>. Acesso em: 26 out. 2016, p. 520.

⁶⁹² *Idem*, p. 526.

instrução em se ver municiado de outros elementos técnicos e práticos, quadro que se harmoniza perfeitamente com um perfil mais dialógico. A casuística do STF, todavia, aponta uma orientação diversa, em que a audiência pública cada vez mais se caracteriza como procedimento unilateral, no qual o interveniente convocado expressa seus pontos de vista sem qualquer interação com os julgadores.⁶⁹³

Para Michael Walzer, esta conduta, de utilizar-se somente de informações favoráveis ao próprio argumento, é própria do debate (uma competição entre atletas verbais), no qual os outros são adversários e não participantes que merecem igual consideração e respeito, e não da deliberação.⁶⁹⁴ Neste sentido, na esteira de um amplo debate social, permeado por um ideal material e deliberativo de diálogo constitucional, este fato representa um prejuízo. Isso porque, em que pese reconhecer-se a possibilidade de que o STF divirja das considerações da audiência pública, ele, em nenhum momento, deve rebater estas conclusões ou argumentos, o que, inevitavelmente, vem em prejuízo do diálogo.

Neste contexto, infira-se que o diálogo constitucional material reconhece a existência do desacordo, de fato, ele é um pressuposto para sua instauração, como foi visto no item 3.2.2. No entanto, na medida em que seja instaurada uma discussão, a qual desembocará em uma decisão judicial, a ausência de rebatimento dos argumentos lançados em sede de audiência pública representa que não há diálogo constitucional. Ao menos não em sentido material, uma vez que este é representado por um processo de arquitetura conjunta do significado constitucional, o que implica no efetivo exercício do debate, na troca de argumentos. Quando o STF não rebate as conclusões da AP, ou sequer as menciona em sua decisão, pode-se dizer que não há diálogo.

Nesta senda, compreende-se que a audiência pública pode ser um instrumento de diálogo com alto valor no que concerne aos efeitos da promoção da interação entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal. Todavia, percebe-se ser necessário que o STF adote posição que privilegie mais as conclusões do debate instaurado na AP, de forma que os pressupostos da efetiva consideração requeridos pelo conceito material de diálogo constitucional sejam satisfeitos.

Assim sendo, uma solução, ainda que simplória, e que possibilitaria a instauração do diálogo constitucional substancial em sede de audiência pública, seria a necessidade de inclusão de capítulo, na decisão, dedicado à descrição do que se passou nas audiências públicas, incluindo-se o debate instaurado, bem como as conclusões (ou a falta delas) às quais

⁶⁹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do; *et al.* **Audiências Públicas e Ativismo**: Diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

⁶⁹⁴ WALZER, Michael. **Politics and Passion**: Towards a more egalitarian liberalism. New Haven: Yale University Press, 2005, p. 96.

se pode chagar por meio da discussão social ampla nelas ocorrida. No mesmo sentido, seria a implementação, no caso de divergência entre a decisão do STF e as conclusões da audiência pública, de um dever de rebatimento dos motivos pelos quais, a despeito do resultado da AP, o Tribunal resolveu decidir em sentido diferente.

4.1.2 Veto Popular

O veto popular, como classicamente concebido, é mecanismo que permite que a população, por meio de petição, a qual usualmente requer um número determinado de assinaturas, requeira a convocação de um referendo ou plebiscito, no intuito de impedir a elaboração e promulgação de uma Lei pelo Poder Legislativo ou de revogá-la, total ou parcialmente.⁶⁹⁵ No Brasil, a Constituição Federal não prevê a possibilidade de utilização deste mecanismo, na medida em que, conforme artigo 49, XV, é de competência exclusiva do Congresso Nacional a convocação para utilização dos instrumentos de exercício de democracia direta.

Para as finalidades da presente dissertação a concepção do veto popular, antes de ser direcionada ao trabalho do Poder Legislativo, será empregada no intuito de facultar uma interação entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal. Portanto, o mecanismo do veto popular será utilizado no intuito de submeter a plebiscito uma decisão judicial proferida pelo STF, em tendo ela por objeto os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Na doutrina estrangeira, o mecanismo de veto popular é conhecido como *recall* de decisões judiciais. O Presidente norte-americano Theodore Roosevelt, em discurso proferido perante a Convenção Constitucional do Estado de Ohio em 21 de fevereiro de 1912, advogou pela possibilidade de a população revogar decisões judiciais, afirmando que “quando um juiz decide uma questão constitucional, quando ele decide o que o povo como um todo pode ou não, a população deve ter o direito de vetar [*recall*] a decisão se achar que ela é errada”.⁶⁹⁶

Neste sentido, o *recall*, direcionado ao âmbito dos Tribunais estaduais, pode ser compreendido como:

⁶⁹⁵ PACTET, Pierre. **Institutions Politiques**: Droit constitutionnel. 19 ed. Paris: Éditions Dalloz, 2000, p. 91.

⁶⁹⁶ Tradução livre do original: “[...] when a judge decides a constitutional question, when he decides what the people as a whole can or cannot do, the people should have the right to recall that decision if they think it wrong”. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/a-charter-for-democracy/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

Se um ato da legislatura é declarado pelas cortes estaduais como violador de uma provisão na constituição do estado, depois de um intervalo para deliberação, o povo do estado deve ter uma oportunidade de votar a questão de se desejam que o ato se torne lei a despeito da opinião da corte de que ele é contrário à constituição.⁶⁹⁷

De outra banda, a instituição de um mecanismo que possibilite a revogação de decisões judiciais pode também ser compreendida na esteira do que Mark Tushnet entende por revisão de constitucionalidade fraca. Isso porque, a forma fraca de revisão judicial tem como objetivo a redução desta tensão entre a democracia e a Constituição, reconhecendo, contudo, que deve haver certos limites à governança democrática. Isto é, a revisão judicial fraca “fornece mecanismos para o povo responder a decisões que ele razoavelmente acredita ser erradas que podem ser utilizados mais rapidamente do que uma Emenda Constitucional ou do que processo de apontamento judicial”.⁶⁹⁸ Por conseguinte, esta espécie de revisão judicial parte da premissa de que pode haver desacordos *razoáveis* sobre o que significam os direitos fundamentais e que nem sempre os juízes serão os únicos a apresentar uma interpretação razoável sobre eles.

Uma forma de veto de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF foi objeto da Proposta de Emenda à Constituição de nº 33/2011, de autoria do Ex-Deputado Federal José Nazareno Cardeal Fonteles, hoje arquivada. Na PEC, além de outras modificações, propunha-se a alteração do artigo 102 da Constituição Federal instituindo-se a possibilidade de submissão ao Congresso Nacional das decisões de inconstitucionalidade de Emendas à Constituição proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102.

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros,

⁶⁹⁷ Tradução livre do original: “If an act of the legislature is declared by the states courts to violate a provision in the state constitution, after an interval for deliberation, the people of the state shall have an opportunity to vote on the question whether they desire to have the act become law in spite of the opinion of the court that it is contrary to the constitution”. LEWIS, William Draper. *A New Method of Constitutional Amendment by Popular Vote. The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 43. p. 311-325. Set. 1912, p. 311.

⁶⁹⁸ No original: “[...] provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment process”. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 23.

no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal. ... (NR).⁶⁹⁹

A PEC objetivava, assim, que nos casos em que o CN manifestasse contrariedade à declaração de inconstitucionalidade de EC prolatada pelo STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, esta pudesse ser submetida à consulta popular.⁷⁰⁰ A proposição ia na esteira da modalidade de veto popular que aqui se quer esboçar. No entanto, para que o veto popular possa promover a deliberação, o diálogo constitucional substancial, a troca real de argumentos, e a interação efetiva da sociedade com os demais poderes, a audiência pública, como concebida no subtópico anterior, demonstra-se instrumento relevante para a promoção destes valores. Isso porque, o simples fato de que a população possa submeter a plebiscito uma decisão proferida pelo STF, sem que haja sobre ela um amplo debate público, para as finalidades aqui propostas, não promove o diálogo constitucional.

Assim sendo, a proposição do veto popular vem acoplada ao mecanismo da audiência pública na medida em que esta se demonstra como uma espécie de “praça pública” onde o povo pode ir debater, escutar e ser escutado, e, então, votar sobre se a decisão do Supremo Tribunal Federal deve manter-se. A audiência pública, portanto, é vista como essencial ao mecanismo de veto popular, precisamente por ser o meio pelo qual a deliberação e a interação entre a sociedade e os demais poderes pode ocorrer.

Para o desenho de uma concepção de veto popular que se aproxime de um mecanismo dialógico, necessárias algumas considerações. Em primeiro lugar, é imperioso delimitar o objeto que pode ser submetido ao instrumento revogatório. Compreende-se, neste sentido, que devem poder ser submetidas ao VP as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que digam com os direitos e as garantias fundamentais, por representarem, em geral, questões de maior interesse social.

Crucial, também, refletir sobre a instrumentalização do chamamento do veto popular, isto é, se somente a população (e a partir de quais condições) deve ter direito a chamá-lo ou se

⁶⁹⁹ Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9118143C4BE12950B18C4E8100C41C46.proposicoesWebExterno1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 30 out. 2016.

⁷⁰⁰ No diz respeito à constitucionalidade da proposição, é de inferir-se que não há argumentos razoáveis que possam afirmar sua inconstitucionalidade. Isso porque, como já foi exposto, a faculdade de o Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade sobre Emendas à Constituição não está prevista no texto constitucional, mas sim foi construção jurisprudencial sua, de forma que, no ponto, não há que se falar em inconstitucionalidade da proposição da PEC 33/2011. Veja-se: SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 86-92.

os demais poderes também devem fruir desta faculdade. Entende-se que uma vez que se busca a instrumentalização do efetivo exercício da soberania popular, somente deveria ser assinalado ao povo o direito de peticionar para o chamamento do VP. Outrossim, para não ver o mecanismo completamente inviabilizado, concebe-se que a petição por meio da qual aciona-se o procedimento de veto popular deveria ser assinada por 0,5% (meio por cento) da população brasileira apta a votar, distribuída entre, pelo menos, cinco Estados, de forma que nenhum Estado tenha menos do que 0,1% (zero virgula um por cento) das assinaturas.⁷⁰¹ O critério do percentual adotado, tem com base a Proposta de Emenda à Constituição de nº 286 do ano de 2013, a qual prevê a diminuição do percentual de assinaturas necessário para a proposição de Lei por iniciativa popular de 1% para 0,5%. Assim, diante de decisão proferida pelo STF relacionada aos direitos e às garantias fundamentais, por meio de petição firmada por 0,5% (meio por cento) da população brasileira apta a votar direcionada ao Presidente da República e aos Presidentes de ambas as casas do Congresso Nacional, o procedimento de veto popular pode ser iniciado.

Aberto o procedimento, deve ser apazada data para a realização de audiências públicas sobre a matéria, as quais devem ocorrer em período razoável. Isto é, de forma que não se crie um espaço de tempo demasiado grande entre a decisão e a votação do plebiscito. No mesmo sentido, devem participar das audiências públicas todos os Ministros do STF, bem como representantes de cada uma das casas legislativas e o Presidente da República, ou representante por ele apontado. Isso porque, somente assim garante-se que o debate abarque todas as esferas do poder e a sociedade civil.

Por fim, após o debate público realizado por meio das audiências públicas, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser submetida a plebiscito popular. É importante salientar que a pergunta tem relevância, de forma que deve ser formulada da forma mais simples possível, tal como, sugere-se: “Você quer revogar a decisão proferida pelo STF no processo X”?

Apresenta-se uma redação crua de proposição legislativa:

⁷⁰¹ Em que pese o requisito do percentual proposto seja diferente do previsto na Lei nº 9.709/1998 (1%), a qual regulamenta a previsão do artigo 14, I, II e III da Constituição Federal (medidas de exercício direto da soberania popular), o critério de distribuição do percentual de assinaturas por Estado utilizado foi o mesmo do previsto no artigo 13 da Lei nº 9.709/1998, o qual dispõe sobre projeto de Lei iniciativa popular. Optou-se por utilizar percentual inferior ao previsto na Lei, 1%, na medida em que se acredita que este valor, por ser demasiado grande, pode acabar inviabilizando a iniciativa da medida aqui proposta de veto popular. Outrossim, o próprio Congresso Nacional reconhece a dificuldade em alcançar-se o número de assinaturas correspondente a 1% do eleitorado do país, estando em tramitação a PEC nº 286/2013, na qual propõe-se a diminuição no número de assinaturas para 0,5%, critério numérico aqui adotado. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=50CA00CF681CC39D682FDF9C4A25D3BA.proposicoesWebExterno1?codteor=1110033&filename=PEC+286/2013. Acesso em: 26 dez. 2016.

Art. 1º - A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que envolva algum dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição, em até um ano da publicação do Acórdão, poderá esta ser submetida a veto popular.

§1º A iniciativa de submissão da decisão do Supremo Tribunal Federal é exclusiva do povo, o qual poderá requerê-la por meio de petição, firmada por 0,5% (meio por cento) da população apta a votar, distribuída entre, pelo menos, cinco Estados, de forma que nenhum Estado tenha menos do que 0,1% (zero vírgula um por cento) das assinaturas e dirigida ao Presidente da República e aos Presidentes das casas do Congresso Nacional.

§2º Recebida a petição pelo Chefe do Executivo e pelos Presidentes da Câmara de Deputados e do Senado Federal, averiguada a condição prevista no §1º deste artigo, terão eles o prazo de 60 dias para a realização de audiências públicas para o debate da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º Serão realizadas tantas audiências públicas quanto forem necessárias para ouvir-se:

I – Todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo período máximo de 45 (quarenta e cinco minutos) cada;

II – 11 (onze) representantes da Câmara de Deputados, podendo-se incluir, dentre eles, o Presidente da casa, pelo período máximo de 45 (quarenta e cinco) minutos para cada representante;

III – 11 (onze) representantes do Senado Federal, podendo-se incluir, dentre eles, o Presidente da casa, pelo período máximo de 45 (quarenta e cinco) minutos para cada representante;

IV – 11 (onze) representantes do poder Executivo, podendo-se incluir, dentre eles, o Presidente da República, pelo período máximo de 45 (quarenta e cinco) minutos para cada representante;

V – Tantos representantes da sociedade quanto se fizer necessário, respeitando-se o limite máximo de 513 (quinhentos e treze) cidadãos, e assegurando-se a cada um deles o período máximo de 15 (quinze) minutos para cada representante.

Art. 2º - Deverão estar presentes nas audiências públicas todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Câmara de Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente da República.

§1º Em caso de impossibilidade devidamente justificada de comparecimento do Presidente da República, este poderá se fazer substituir pelo Vice-Presidente ou por um dos Ministros de Estado.

Art. 3º - As audiências públicas deverão ocorrer dentro do período máximo de 30 dias.

Art. 4º - O conteúdo das audiências públicas deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

Art. 5º - As audiências públicas deverão obrigatoriamente ser televisionadas pela TV Justiça, pela TV Câmara e pela TV Senado.

Art. 6º - Encerradas as audiências públicas, a decisão do Supremo Tribunal Federal deverá ser objeto de plebiscito, o qual deverá ocorrer em até 30 dias, contados da data da realização da última audiência pública.

§1º A pergunta do plebiscito deverá ser formulada da seguinte forma:

I – “Você revoga a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo (número)?”

§2º À pergunta o eleitorado brasileiro deverá responder “sim” ou “não”.

§3º A resposta que obtiver maioria simples será considerada a vencedora.

Art. 7º - Ganhando o “não” a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá plenos efeitos.

Art. 8º - Ganhando o “sim” a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal será tornada sem efeitos e revogada.

Art. 9º - Enquanto sujeita ao procedimento de veto popular, a decisão do Supremo Tribunal Federal objeto do escrutínio público será suspensa.

Nestes termos, compreende-se que, ainda que possa apresentar muitas falhas, este procedimento faz-se minimamente satisfatório para o estabelecimento de um diálogo constitucional material, cuja substância e potencial deliberativo são alcançados por meio do procedimento de audiências públicas, nas quais todas as partes interessadas (três poderes e sociedade civil) sejam ouvidas e troquem argumentos em prol e contra a decisão objeto do processo de veto popular. Com isso, possibilita-se que o significado dos direitos e das garantias fundamentais, bem como dos preceitos constitucionais, seja construído conjuntamente pela sociedade e por suas instituições. Acredita-se, com isto, que a supremacia judicial possa ser mitigada, ao mesmo tempo em que se permite que a sociedade delibere em conjunto com as suas esferas representativas, sobre os valores constitucionais.

4.2 *AMICUS CURIAE*: CRÍTICAS AO MODELO EXISTENTE

Trata-se o *amicus curiae* de:

[...] um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva singular acerca da questão constitucional controvertida. Além disso, ele pode apresentar informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal. Por fim, mas não menos importante, o *amicus* pode atuar na defesa de interesses dos grupos por ele representados no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.⁷⁰²

No glossário jurídico do STF, o *amicus curiae* é definido como:

Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte).⁷⁰³

Portanto, pode-se o qualificar como aquele que ingressa na lide objetivando o êxito de determinada parte no processo, trazendo à Corte informações técnicas ou jurídicas. Até o advento do novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2015, não havia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que regulamentasse explicitamente a atuação deste terceiro perante o Judiciário. No regime do novo CPC, o seu artigo 138⁷⁰⁴ permite que, em qualquer instância ou Tribunal, pessoa natural ou jurídica, requeira a intervenção na modalidade de *amicus curiae*, cabendo ao juiz ou ao Relator, admiti-lo no processo, em decisão irrecorrível.

Antes da entrada em vigor do novo diploma processual civil, a figura do terceiro estava vinculada com as previsões da Lei nº 9.868/99 – que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – na qual ficou determinado nos artigos 7º e 18 a vedação à intervenção de terceiros nas ações regulamentadas. Entretanto, ficou estabelecido no §2º do artigo 7º a possibilidade de o Relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Aponta Cassio Scarpinella Bueno que:

Antes da edição da lei, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos uma vez, já havia admitido a apresentação de memoriais pelo que acabou sendo identificado pelo

⁷⁰² MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

⁷⁰³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

⁷⁰⁴ Reza o artigo 138: Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

nome de *amicus curiae*, como se verifica do julgamento do Agravo Regimental na ADI 748-4, relatada pelo Ministro Celso de Mello.⁷⁰⁵

Neste julgado, a Comissão de Constituição e Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi autorizada a juntar aos autos memorial expositivo que foi qualificado pelo Relator como “colaborador informal da corte”. Assim ficou ementado o julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad *coadjuvandum*. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010).⁷⁰⁶

De outra banda, sublinha Isabel da Cunha Bisch, que desde a edição das Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que inseriam a possibilidade de intervenção, a figura do *amicus curiae* tomou outras proporções. Logo, com o advento dos diplomas legais, foi proporcionado aos diversos grupos de interesse a intervenção, perante o Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade.

Afirma a autora que “a adoção do *amicus curiae* seria modo não só de democratizar a esfera da jurisdição constitucional, mas – especialmente – modo de auxiliar os tribunais a aferirem prognoses e fatos legislativos”.⁷⁰⁷ Isto é, mediante a inserção legislativa de dispositivo que autoriza o ingresso de terceiros na jurisdição constitucional – ainda que não expressamente como *amicus curiae* – é de inferir-se que se buscou inserir no ordenamento jurídico brasileiro norma que possibilitasse a pluralização dos debates constitucionais. Assim sendo, uma das formas de que a sociedade civil organizada por meio de suas associações representativas e de grupos de interesse possam ingressar no processo de controle de

⁷⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: Um Terceiro Enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

⁷⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI-AgR 748/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.

⁷⁰⁷ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

constitucionalidade é por meio da figura do *amicus curiae*. Para isso, entretanto, é necessária a combinação de dois fatores: a relevância da matéria e a representatividades dos postulantes.⁷⁰⁸

Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal vem aceitando amplamente os pedidos de ingresso como *amicus curiae*. Damares Medina realizou estudo acerca da questão quando identificou 469 processos nos quais houve requerimento de ingresso como *amicus curiae*. Constatou a autora que, na totalidade dos casos analisados, foram identificados um total de 1.440 pedidos de intervenção, dentre os quais 1.235, isto é, 85,8% foram juntados aos autos e 205, isto é, 14,2%, foram devolvidos.⁷⁰⁹ Desta forma, demonstra o estudo realizado pela autora a postura de ampla receptibilidade por parte do Supremo Tribunal Federal de deferimento dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade.

Sublinha, outrossim, que dentre os principais motivos para o indeferimento do pedido de intervenção estão a ausência de representatividade da entidade que faz o requerimento; a superposição (mais de uma pessoa jurídica de um ente público ou categoria requerem o ingresso no mesmo processo); ausência de informações relevantes ou apenas reiterações das razões já expostas por uma das partes; e pedido após o término da fase de instrução.⁷¹⁰ Isto é, salientou que, via de regra, os Ministros são consistentes no uso de seu poder discricionário no (in)deferimento dos pedidos de intervenção.

Constatou ela, outrossim, que a maior parcela dos pedidos de ingresso são realizados por pessoas jurídicas (89,8%) – pode-se deduzir que isso se deve ao fato de nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade não se admitir o ingresso de pessoas físicas como *amici curiae*. Neste contexto, observa Isabel da Cunha Bisch que o Supremo Tribunal Federal faz diferenciação do instituto em se tratando de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Aponta a autora que:

Nas primeiras ações, há a previsão de participação de órgãos ou entidades. Por conseguinte, não poderão intervir voluntariamente pessoas físicas (cientistas, *experts*, advogados, professores, etc.) a não ser que haja requisição do juiz para sua manifestação. E, já que a lei da ADPF admite manifestação de todos aqueles interessados no processo, os legitimados a atuarem como *amicus curiae* formariam

⁷⁰⁸ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁷⁰⁹ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

⁷¹⁰ *Idem*, p. 86.

um rol mais extenso.⁷¹¹

Presume-se que, em razão disso, as pessoas físicas representam o total de 10,2% dos pedidos de ingresso – percentual diminuto perante o total das pessoas jurídicas. Assinala ela também, que foi possível identificar a juntada aos autos de abaixo-assinados, cartas abertas de protesto e telegramas, o que demonstra a postura aberta que vem apresentando o Supremo Tribunal Federal na manifestação da sociedade civil em seus julgamentos.

Do mesmo modo, na pesquisa elaborada por Damares Medina, averiguou-se que em 90% dos casos de pedido de ingresso trata-se de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.⁷¹² Isto é, conclui a autora que os estudos empíricos afirmam que aqueles que originalmente são excluídos do rol de legitimados para propositura das ações de controle concentrado são os que mais buscam o ingresso através da utilização da figura dos *amici curiae*. Afirma:

No STF o *amicus curiae* é usado preponderantemente por associações e entidades sindicais que buscam intervir em processos do modelo concentrado de controle de constitucionalidade ou naqueles, de modelo incidental, aos quais foi atribuída repercussão geral ou cujas decisões terão repercussão direta ou indireta nos interesses dos grupos representados pelos *amici*. O crescente uso do *amicus curiae* nos últimos anos deve continuar e se ampliar no futuro.⁷¹³

Conrado Hübner Mendes compreende que em um modelo ideal de Corte deliberativa, os atores que têm possibilidade de manifestar-se no processo de formação da opinião do Tribunal também se veem beneficiados por esta abertura. O constitucionalista da Universidade de São Paulo afirma que todos aqueles que, ainda que não tenham poder de tomar a decisão, possam com ela contribuir são deliberadores em potencial. Isto é, “deliberadores potenciais são todos aqueles que podem, oficialmente ou não, diretamente ou não, engajar-se no processo de persuasão. Interlocutores externos, a despeito de não terem o poder de decidir, são parte deste processo, ainda que indiretamente”.⁷¹⁴

⁷¹¹BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

⁷¹²MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

⁷¹³*Idem*, p. 120.

⁷¹⁴Tradução livre do original: “Potential deliberators are all those who can, officially or not, directly or not, engage in the process of persuasion. External interlocutors, despite not having the power to decide, are part of this process, even if vicariously”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 45.

É deste fato que o *amicus curiae* retira sua relevância, na medida em que permite que a cidadania, por meio de suas entidades representativas, ingresse perante o Supremo Tribunal Federal no intuito de contribuir para a construção da decisão a ser proferida pelos Ministros. Contudo, algumas críticas ao modelo existente são pertinentes, de forma a propor-se um sistema que permita que o *amicus curiae* faça contribuições substanciais no debate constitucional.⁷¹⁵

É de colocar-se, em primeiro lugar, que, não obstante o STF venha adotando postura de ampla receptividade no deferimento dos pedidos de ingresso dos *amici curiae*, não há nenhum mecanismo que efetivamente preveja esta intervenção como um direito. Antes, e, especialmente na esteira das previsões das Leis ° 9.868/1999 e 9.882/1999 e do artigo 138 do novo CPC, a admissão é uma benesse do Relator do processo, é ato discricionário, e do qual não cabem quaisquer recursos. Nesta senda, pode-se compreender este fato à luz da leitura da supremacia judicial realizada no segundo capítulo, na medida em que aloca todo o poder, inclusive sobre a decisão de se a entidade tem representatividade e se tem contribuições a fazer no processo, nas mãos do juiz.

Também, em consonância com as disposições da Lei 9.868/1999, a qual prevê o processamento e o julgamento da ADI e da ADC, não é possível que pessoas físicas pugnem pelo ingresso no processo, mas tão somente órgãos e entidades. Não há, por conseguinte, forma pela qual o cidadão, pessoa natural, possa ser ouvido perante o STF nestas modalidades de controle de constitucionalidade. No mesmo sentido, em que pese a entidade ser admitida perante o feito, nada obriga o Relator ou os demais Ministros a sequer citar os argumentos por ela lançados em sede de memoriais quando do julgamento do feito.

Nesta senda, percebe-se que o papel do *amicus curiae* vê-se menoscabado, na medida em que nada efetivamente compele que os seus argumentos sequer sejam levados em consideração. Uma Corte comprometida com o valor epistêmico da deliberação deve respeito aos interventores, na medida em que estes ingressam em processos cuja controvérsia, usualmente, tem alta relevância política e moral. Assim sendo:

Uma corte que abre canais institucionais para que interlocutores argumentem demonstra não só comprometimento epistêmico com entregar uma boa decisão, mas também respeito. Interlocutores têm a chance de fazerem-se ouvidos e de realizar sua autonomia argumentativa perante a corte. Poder-se-ia argumentar que o valor da deliberação é contingente na fase pré-decisional, em certa medida, à verdadeira performance da corte na fase pós-decisional. Elas seriam em alguma medida

⁷¹⁵ Em que pese o novo CPC admitir a intervenção do *amicus curiae* em qualquer instância ou Tribunal, aqui, dirige-se as proposições especificamente a sua atuação perante o Supremo Tribunal Federal em razão de ser a relação deste com os demais poderes e com a sociedade o objeto do trabalho.

interdependentes porque a corte somente lograria elaborar uma resposta genuinamente deliberativa se ela engajou-se com os interlocutores em primeiro lugar. Em outras palavras, a contestação pública seria pouco válida se, em última instância, a corte profere uma decisão oracular e de cima pra baixo. A fase pré-decisional não teria valor se não pelo objetivo deliberativo final.⁷¹⁶

Para a promoção de um diálogo constitucional com potencial deliberativo entre o STF e a sociedade, por meio da figura do *amicus curiae*, é necessário que seus argumentos sejam levados em consideração, e, ao menos, sejam mencionados e rebatidos, ou acolhidos, na decisão final. Um exemplo de uma Corte que, ao menos, expõe as razões dos interventores no acórdão de suas decisões é a Corte Constitucional Colombiana. As sentenças da CCC têm capítulos específicos direcionados à exposição da intervenção, por exemplo, do *Defensor del Pueblo*, do Ministro da Justiça e do Procurador Geral da Nação.⁷¹⁷

O que se propõe, portanto, é que ao STF não somente seja facultada a admissão dos *amici curiae*, mas que haja um *direito* destes a intervir nos processos constitucionais que tramitam na Corte, de forma a consolidar uma ampla acessibilidade da cidadania, por meio de suas entidades representativas, ao plenário do Tribunal, sem depender da discricionariedade (da vontade) de cada Relator. Outrossim, preconiza-se que haja na decisão capítulo específico à exposição das intervenções, de forma que, ao menos o Ministro Relator seja compelido a valorar os argumentos lançados pelos *amici curiae*. Os benefícios desta exposição também podem ser vistos na repercussão social da decisão, uma vez que, ao invés de a sociedade ter somente acesso aos fundamentos jurídicos dos Ministros no Acórdão, esta também poderá encontrar outros argumentos, que poderão servir para ampliar os horizontes do debate, mesmo após proferida a decisão.

Sabe-se que estas “soluções” não se fazem ótimas na esteira da valoração epistêmica da intervenção social no processo de decisão do Supremo Tribunal Federal. No entanto, na

⁷¹⁶ Tradução livre do original: “A court that opens institutional channels for interlocutors to argue displays not only an epistemic commitment to deliver a good decision, but respect. Interlocutors have the chance to make themselves heard and realize their argumentative autonomy before the court. One could state that the value of deliberation in the pre-decisional phase is contingent, to some extent, on the actual performance of the court in the post-decisional. They would be somehow inter-dependent because the court would only manage to craft a genuinely deliberative response if it has engaged with interlocutors in the first place. In other words, public contestation would hardly be valuable if, ultimately, the court hands down an oracular and fiat-like decision. The pre-decisional phase would not be valuable if not for the sake of a deliberative outcome.” MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 116.

⁷¹⁷ Veja-se, a título de exemplo, as decisões relativas à questão do aborto e da eutanásia: COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-133/94. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-239/97. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

esteira do previsto por Gal Dor,⁷¹⁸ compreende-se que um maior engajamento do STF no processo de diálogo constitucional está também relacionado com as suas práticas, as quais dependem, em muito, da cultura jurídica do país.

Isto posto, ciente das limitações, a proposição da abertura do processo de tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal às entidades representativas dos diferentes grupos sociais, por meio de alteração legislativa que insira um *direito* à intervenção na figura do *amicus curiae*, para além do poder discricionário do Ministro Relator, vem no sentido de mitigar os efeitos da supremacia judicial, a qual vê no juiz o portador da última palavra. Igualmente, ainda que não seja a solução ideal, a obrigação de inclusão das intervenções no Acórdão compele tanto aqueles dotados do poder decisório, como aqueles que irão posteriormente lê-lo, a defrontar-se com motivos outros do que somente os concebidos pelos Ministros.

4.3 CLÁUSULA DE NÃO OBSTANTE

A cláusula de não obstante, também conhecida como *Notwithstanding Clause*, é uma das mais comentadas seções da Carta de Direitos e Liberdades canadense. O motivo que circunda sua fama e os debates sobre sua funcionalidade pela doutrina dialógica dá-se em razão de que ela é concebida como um instrumento de diálogo entre a Corte e a legislatura daquele país na medida em que prevê expressamente a possibilidade de reversão legislativa de decisões judiciais.⁷¹⁹

Assim vem redigida a seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense:

Exceção onde há declaração expressa

33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar um Ato do Parlamento ou da legislatura, se forma caso, que o Ato ou a provisão dali em diante devem operar não obstante uma previsão incluída na seção 2⁷²⁰ ou nas seções 7 a 15⁷²¹ desta Carta.

⁷¹⁸ DOR, Gal. *Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective*. **Indiana International and Comparative Law Review**. v. 11, p. 1-36, 2000. Disponível em: <<https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016, p. 33.

⁷¹⁹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 35. n 1. p. 75-124, 1997, p. 83.

⁷²⁰ A seção 2 da Carta de Direitos e Liberdades canadense prevê as liberdades fundamentais. São elas: a liberdade de consciência e de religião, a liberdade de pensamento, opinião e expressão, incluindo a liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação, a liberdade de reunião pacífica e a liberdade de associação.

Reza a redação da seção 2 da Carta de Direitos e Liberdades:

⁷²¹ As seções 7 da Carta de Direitos e Liberdades canadense prevê os direitos à vida, à liberdade e à segurança, bem como o direito de não ser privado de nenhum deles exceto de acordo com os princípios fundamentais de justiça. A seção 8 prevê o direito à inviolabilidade do domicílio. A seção 9 prevê o direito contra a detenção a

Nota marginal: Limitação de cinco anos

(3) Uma declaração realizada sob a subseção (1) deve deixar de produzir efeitos cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior se houver especificação na declaração.

Nota marginal: Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem reeditar uma declaração realizada sob a subseção (1).

Nota marginal: Limitação de cinco anos

(5) A subseção (3) aplica-se em respeito à reedição realizada sob a subseção (4).⁷²²

Da leitura da seção da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, percebe-se tratar-se de instrumento que permite a interação *institucional* entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Muitas críticas foram dirigidas à previsão desta seção, especialmente no que diz com a sua classificação como mecanismo dialógico, tendo em vista a resistência política desenvolvida na sua utilização pelas legislaturas e pelo Parlamento canadense. A única utilização da cláusula de não obstante registrada referiu-se à questão relacionada a uma Lei do Quebec que previa o banimento de anúncios comerciais em qualquer outra língua que não o francês. O emprego da seção foi uma resposta à decisão da Suprema Corte do Canadá em 1988 em *Ford v. Quebec*,⁷²³ na qual se declarou nula a Lei quebequense.

prisão arbitrárias. A seção 10 prevê os direitos de, quanto preso ou detido, a ser informado das razões da prisão/detenção, de ser aconselhado por um profissional e de ser informado deste direito, de ter a validade da detenção avaliada por meio de *habeas corpus* e de ser solto se a detenção não for legal. A seção 11 prevê que uma pessoa acusada tem o direito de ser informada da ofensa específica, à duração razoável do julgamento, a não ser obrigada a testemunhar contra si mesma, à presunção de inocência, a não ter negado seu direito e fiança sem justa causa, a ser julgada por um júri em casos em que a ofensa é a prisão com pena de cinco anos ou mais, exceto em casos de ofensa militar, a não ser julgada culpada em razão de omissão, a não ser que, quando do cometimento da omissão, a ofensa era considerada crime pela Leicanadense ou internacional de acordo com os princípios gerais da Leireconhecidos pela comunidade das nações, se considerada culpada, a não ser novamente julgada pela mesma ofensa, e, se considerada culpada, e a pena do crime variou no tempo, cumprir a pena menos severa. A seção 12 prevê o direito a não se sujeitar a tratamentos ou penas cruéis. A seção 13 prevê o direito da testemunha a não se auto incriminar, salvo em caso de perjúrio. A seção 14 prevê o direito de uma testemunha que não fala a língua na qual o processo está sendo conduzido ou que seja surda à assistência de um intérprete. Por fim, a seção 15 prevê que todos são iguais perante a Lei têm o direito de igual proteção sem discriminação baseada em raça, nacionalidade, etnia, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física, bem como que os direitos previstos nesta seção não precluem nenhuma Lei, programa ou atividade cujo objetivo seja a melhora das condições de grupos ou indivíduos desfavorecidos.

⁷²² Tradução livre do original:

Exception where express declaration

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Marginal note: Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Marginal note: Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Marginal note: Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

⁷²³ CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. [1998] 2 S.C.R. 712. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>. Acesso em 19 out. 2016.

No Brasil, a autoritária Constituição de 1937, no parágrafo único de seu artigo 96, tinha previsão que, em algum sentido, remonta à ideia da cláusula de não obstante. Rezava o dispositivo que:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - *No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.*⁷²⁴

Previa a Constituição de 1937, portanto, a possibilidade de, ante uma declaração de inconstitucionalidade, o Presidente da República submetê-la à análise do Congresso, e a sua revisão mediante aprovação de dois terços de votos em cada uma das casas legislativas. Na prática, como já foi referido na última seção do capítulo II, uma vez que o texto constitucional jamais foi submetido ao plebiscito previsto no artigo 174 e que o então Chefe do Poder Executivo fechou o Congresso Nacional, a revogação das declarações de inconstitucionalidade ocorriam por meio de decreto-lei.⁷²⁵ A despeito disto, há semelhanças entre a previsão da seção 33 da Carta canadense e o artigo 96 da Constituição de 1937, na medida em que ambas permitem aos poderes políticos, ante uma declaração de inconstitucionalidade, a reversão da decisão da Corte.

Isso também porque, da análise da seção da Carta canadense percebe-se que ela é dirigida a permitir que o Parlamento promulgue legislação, não obstante os direitos nela previstos. Isto é, em que pese tratar-se de instrumento que possibilite que o legislador reedite legislação, a despeito do entendimento lançado por uma Corte, a sua redação dá-se no sentido de que o ato declarado inconstitucional será reeditado, *não obstante o que a Carta diz*. O problema da redação do dispositivo dá-se na medida em que ele “requer que a legislatura diga que está dando efeito a sua legislação não obstante as provisões da Carta, quando o fato é que a legislatura não pensa que o seu ato normativo é inconsistente com a Carta propriamente compreendida”.⁷²⁶

⁷²⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Artigo 96. Grifo nosso.

⁷²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 104.

⁷²⁶ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 47.

Neste sentido, na busca pela implementação de um diálogo constitucional com enfoque deliberativo no sistema jurídico brasileiro, a cláusula de não obstante deve ser repensada, distanciando-se em alguma medida da previsão canadense. Isso porque aqui se está na busca não necessariamente de mecanismos que facultem que o Poder Legislativo tão somente reveja a leitura constitucional realizada pelo STF, mas sim de mecanismos que possibilitem a troca de argumentos e de considerações sobre o entendimento da Constituição, na esteira do conceito substancial de diálogo estabelecido na seção precedente.

Nesta senda, no intuito de fomentar-se o diálogo entre os três poderes na formulação de uma versão ideal da cláusula de não obstante direcionada à realidade brasileira, algumas formulações que estimulem a deliberação parecem fazer-se necessárias. Em primeiro lugar, e buscando evitar-se o estabelecimento de uma anarquia interpretativa, nem toda questão decidida pelo STF que desague em uma declaração de inconstitucionalidade deveria estar sujeita à revisão. Acredita-se que o instituto deveria limitar-se a questões relacionadas aos direitos previstos no Título II da Constituição Federal, destinado à previsão dos direitos e das garantias fundamentais, abrangendo, portanto, os direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), os direitos sociais (artigos 6º a 11), os direitos relativos à nacionalidade (artigos 12 a 13) e os direitos políticos (artigos 14 a 16). Isso porque, este Título da Constituição Federal é destinado à previsão das questões basilares do sistema político brasileiro e sobre as quais, portanto, há maiores possibilidades de dissidência e de interesse da sociedade no engajamento entre os poderes na construção de seu significado. Importante salientar, que em a decisão do STF versando sobre alguma destas questões, ela deve *poder* (não é dever, observe-se) ser submetida à revisão por meio da cláusula de não obstante, não sendo relevante se esta se operou no plano do controle abstrato ou concreto de constitucionalidade.

Também, na medida em que se busca o engajamento dos três poderes no que concerne à utilização da cláusula de não obstante, a iniciativa para ativá-la não deveria repousar somente no Congresso Nacional. Isto é, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo nacionais devem ter a faculdade de iniciar o procedimento de revisão de decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Outrossim, o quórum para a reversão da declaração de inconstitucionalidade não pode ser demasiadamente alto, sob pena de privilegiar-se o *status quo*. Tem-se que uma maioria absoluta se revela suficiente para permitir a reversão e, ao mesmo tempo, não ser sempre direcionada à deferência da resolução do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, um último apontamento diz a necessidade de fundamentação pelo Congresso Nacional da reversão do julgamento do STF. Esta necessidade aparece precisamente para

satisfazer os ideais de diálogo e de deliberação concebidos como ideais, uma vez que apenas insurgir-se contra a decisão do STF, sem fundamentar os motivos não se demonstra suficiente para a implementação de um diálogo constitucional substancial.

Isto posto, tem-se que uma redação *razoável* de uma cláusula de não obstante poderia dar-se da seguinte forma:

Art. 1º - Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado inconstitucional ato normativo cuja controvérsia verse sobre uma das matérias elencadas no Título II da Constituição Federal, poderá o Congresso Nacional, por iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou do Presidente da República, reeditar o ato normativo, de forma que este vigore não obstante o entendimento constitucional do Supremo Tribunal Federal, observadas as seguintes condições:

§1º O ato normativo será reeditado e entrará em vigor, revertendo a decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal mediante o voto de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão conjunta.

§2º O ato normativo que reeditar aquele declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal deverá:

I – Conter exposição de motivos, integrante do ato normativo, na qual deverão ser expostas as razões pelas quais o Congresso Nacional diverge do entendimento lançado pelo Supremo Tribunal Federal;

II – Conter exposição de motivos, integrante do ato normativo, na qual deverão ser expostas as razões pelas quais o Congresso Nacional compreende que o melhor entendimento dos direitos e das garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal é o contido no ato normativo objeto de reedição;

III - Conter exposição de motivos, integrante do ato normativo, na qual deverão ser expostas as razões pelas quais, no entendimento do Congresso Nacional, o ato normativo não vulnera os direitos e as garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal, não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º - O ato normativo reeditado objeto da cláusula de não obstante terá validade de até cinco (5) anos, após os quais, deverá ser submetido à consulta popular a qual terá por objetivo confirmar sua permanência em vigor ou retirar seus efeitos, dali para frente.

A partir dos requisitos de fundamentação e de exposição de razões e, especialmente, de análise e de rebatimento dos argumentos do Supremo Tribunal Federal na declaração de inconstitucionalidade, compreende-se que a cláusula não obstante pode ser compreendida como instrumento de diálogo, vez que permite aos membros dos poderes políticos a reflexão

sobre as razões da declaração de inconstitucionalidade, e, ao mesmo tempo, discordar delas, mantendo seu entendimento original. Compreende-se que esta formatação pode preencher os requisitos do conceito substancial de diálogo na medida em que é instrumento que auxilia na construção compartilhada do significado da Constituição, mitigando os efeitos da supremacia judicial e conferindo ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, maior importância na definição do significado do texto constitucional.

Isto posto, por meio da formulação acima sugerida de uma cláusula de não obstante, busca-se não somente motivar o estabelecimento de um diálogo sobre o significado da Constituição entre o Supremo Tribunal Federal e os Poderes Executivo e Legislativo, como também empoderar a cidadania na medida em que a decisão final sobre se o ato normativo declarado inconstitucional pelo STF e reeditado pelo Congresso Nacional deve permanecer em vigor fundamentalmente lhe pertence. Compreende-se, neste diapasão, que a reformulação proposta dos institutos da audiência pública, e do *amicus curiae*, bem como a introdução no sistema jurídico brasileiro do mecanismo de veto popular e da cláusula de não obstante vem na esteira das formulações da união das teorias de parceria e de equilíbrio, uma vez que ao mesmo tempo em que tem o escopo de alterar a relação institucional entre os três poderes, também busca uma inclusão e uma participação cidadã no processo de definição do significado da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por escopo demonstrar, por meio de um estudo comparado entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos, da Colômbia, da Costa Rica e do Brasil, como ocorreu a construção e solidificação da supremacia judicial nestes ordenamentos jurídicos, ao mesmo tempo em que realizou uma crítica, na medida em que se observou uma perda em termos de qualidade democrática e de governança popular que acarreta o traslado das decisões políticas dos poderes classicamente compreendidos como representativos (Executivo e Legislativo) para o Poder Judiciário, e, mais precisamente, para o seu mais alto Tribunal. Neste ponto, apresentou-se a teoria dos diálogos constitucionais como possível mitigadora desta supremacia judicial, na medida em que esta se propõe a edificar uma revisão judicial que seja fruto de uma construção compartilhada do significado da Constituição, de forma que a voz que prevaleça seja diluída entre as instituições e a sociedade.

Mais do que simplesmente propor uma explanação de como a teoria dos diálogos constitucionais pode revelar-se frutífera para a democratização da tarefa de interpretação da Constituição, o estudo propôs-se a enfrentar o problema da supremacia judicial por meio da concepção de um conceito material de diálogo, que ultrapassasse uma visão formal de como a relação entre os poderes e a sociedade civil deve ocorrer quando da realização do controle de constitucionalidade. Com este norte, o conceito de diálogo substancial enfrentou a importância da vertente deliberativa de democracia, na medida em que se observou que ela possui o condão de elevar o potencial epistêmico do debate sobre o significado da Constituição. No mesmo sentido, o conceito de diálogo elaborado fez necessário compreender que este deve implicar na real e efetiva troca de argumentos, ultrapassando a mera formalidade de que cada esfera nele participante tenha voz. Isto é, compreendeu-se como indispensável para o enquadramento da interação na interpretação constitucional como sendo um diálogo constitucional, que as partes nele envolvidas efetivamente troquem argumentos, escutem-se, e estejam dispostas a mudar de posicionamento em face de melhores pressupostos e fundamentos.

O trabalho deslindou, fundamentalmente, na tentativa de realizar proposições, por meio de alterações legislativas, ou de ressignificação de institutos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que efetivassem o diálogo constitucional substancial proposto. A reflexão realizada ao largo do trabalho acarretou na proposta de um redesenho da forma pela qual atualmente ocorrem as audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, bem como da maneira como são analisadas as petições de *amicus curiae* que chegam

perante a mais alta Corte brasileira. Estas medidas buscaram proporcionar um empoderamento daqueles que falaram perante o STF, de forma que a relação ocorrida entre aqueles que buscam a jurisdição ou que nela intervêm dê-se de maneira mais horizontal, e menos vertical, como ocorre atualmente.

De outra banda, também se estruturam duas proposições de alterações legislativas, foram elas a proposição de introdução no ordenamento jurídico brasileiro de uma cláusula de não obstante e do veto popular. Estas medidas objetivaram incluir, em especial, a cidadania no debate sobre o significado da Constituição, buscando-se, destarte, mitigar a supremacia judicial, e, na mesma esteira, democratizar o instituto do controle judicial de constitucionalidade. Na mesma esteira, foram formuladas no sentido de fazer preencher os requisitos do conceito substancial de diálogo formulado, ou seja, de forma a fomentar um real e efetivo debate em igualdade de condições entre as esferas de poder governamentais e a sociedade como um todo sobre as implicações que a interpretação do texto constitucional podem desvelar para todo o espectro social.

Daí que tanto a cláusula de não obstante, quanto o mecanismo de veto popular propostos culminam fundamentalmente em um tentativa de empoderamento da cidadania nos ditames sobre o significado da Constituição. A primeira porque, passado o período de validade durante qual o Congresso Nacional fez viger o ato normativo reeditado declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, necessita passar pelo filtro da consulta popular sobre a manutenção ou não dos efeitos da Lei. Com isto, o objetivo foi deixar que a “palavra final” sobre o que significa a Constituição, ainda que esta possa ser temporária, fosse conferida à população, efetivamente dando vida ao princípio da soberania popular inscrito no texto constitucional.

A formulação do veto popular, por sua vez, deu-se no sentido de promover uma real interação entre a população e o Supremo Tribunal Federal. Isso porque, por meio do instrumento proposto busca-se proporcionar à cidadania a possibilidade de revogação de uma decisão proferida pela Corte com qual ela esteja em desacordo, mediante a instauração de um amplo debate, por meio de audiências públicas, nas quais todos os poderes e a sociedade civil estejam convocados a participar e a interagir em igualdade de condições. A possibilidade de submissão de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade ao escrutínio popular tem por escopo mitigar a supremacia judicial de forma a não mais conferir ao Tribunal o poder de controlar a agenda política do país e de tomar toda e qualquer decisão relevante, democratizando a sua atividade.

Destarte, a dissertação partiu da premissa de que a supremacia judicial, como se manifesta no sistema constitucional brasileiro, é fruto de inúmeras variáveis, como a alteração de panorama político, social e econômico após a promulgação da Constituição de 1988, e revela-se algo que vem em desfavor do exercício da soberania popular e da compreensão pela cidadania de que o texto constitucional lhe pertence e é o documento que contém o seu pacto político e as suas promessas enquanto sociedade. Neste contexto, compreendeu-se que a supremacia judicial é também filha da formação da matriz institucional do texto constitucional de 1988, o qual impossibilita um real acesso cidadão aos ditames constitucionais, elevando o papel do Poder Judiciário. Daí que se percebeu a necessidade da busca de uma teoria que pudesse alterar este panorama, de forma a democratizar a discussão constitucional. No ponto, o embasamento conferido pela teoria dos diálogos constitucionais demonstrou-se substancialmente rico na tarefa proposta de mitigação da supremacia judicial.

Isto posto, o trabalho viu-se sempre norteado pela tentativa de empoderamento dos demais poderes e da cidadania em geral no debate sobre o significado da Constituição. Isso porque, compreende-se que a Constituição deve ser mais do que um apanhado de promessas irrealizáveis ou acessíveis somente àqueles que possuem o conhecimento necessário para compreendê-las, mas sim algo real e efetivo, deve ser um documento sobre o qual o cidadão possa, de fato, enxergar como algo que contém os seus compromissos políticos e sobre o qual ele possui ingerência.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Vol 1. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993.

_____. **We the People: Transformations**. Vol 2. The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad. Trad. David García Pazos e Alberto Oehling de los Reyes. *In*: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos Sociais e Justiça de Transição: Contribuições ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. v. 19, n. 2, p. 627-661, mai-ago 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2, n. 21, jun. 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Constitutional Dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**. Nova Iorque, v. 5, n. 24, nov. 2005.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia**. Trad. Jorge Urdániz Ganuza; Santiago Gallego Aldaz. Madri: Marcial Pons, 2010.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. João Ferreira. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale. Vol. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. In: PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (Org.). **Law and Development of Middle-income Countries**. Nova Iorque: Cambridge University Press. Disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/chapter.jsf?bid=CBO9781139235730&cid=CBO9781139235730A022>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSHNELL, David. Política y Partidos en el Siglo XIX: Algunos antecedentes historicos. In: SÁNCHEZ, Gonzalo; PEÑARADA, Ricardo, (Org.). **Pasado y Presente de la Violencia en Colombia**. 2 ed. Fondo Editorial CEREC: Bogotá, 1995.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis. In: ____; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

____; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

CEPEDA, Manuel José. Democracy, Sate and Society in the 1991 Constitution: The role of the Constitutional Court. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998.

____. Judicial Activism in a Violent Context: The origins, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington University Global Studies Law Review**. n. 4, v. 3, Janeiro, p. 529-700, 2004.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas Constituíntes e Novo Constitucionalismo en América Latina. **Tempo Exterior**. n. 17, jul-dez, 2008.

DE LA CALLE, Humberto. Instrumentos de la democracia directa: El caso de Colombia. In: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). **Democracia Directa en Latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

DOR, Gal. Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective. **Indiana International and Comparative Law Review**. v. 11, p. 1-

36, 2000. Disponível em: < <https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol11p1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ESTLUND, David M. **Democratic Authority**: A philosophical framework. Princeton: Princeton University Press, 2008.

FERRERES, Victor. Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers**. n. 40, 2004.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Poder de Agenda na Democracia Brasileira: Desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário. *In*: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Org.). **Reforma Política**: Lições da histórica recente. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FOURNIER, Constantino Urucuyo. La Sala Constitucional: Necesarios límites al poder. **Revista Parlamentaria**. n. 3. vol. 3. dez, p. 37-48, 1995.

FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**, 6, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230>>. Acesso em: 26 Out. 2016.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**. v. 91. n. 4. p. 577-682, fev 1993.

_____. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FRIEDRICH, Carl. J. **Teoría y realidad de la Organización Constitucional Democrática** (En Europa y America). Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1946.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito**: Governar por standards e indicadores. Trad. Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una Justicia Dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

_____. Apuntes Sobre el Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XIX: Una mirada histórica. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. v. 25, p. 30-48, 2010.

_____. **Crisis de la Representación Política**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

_____. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

_____.; COURTIS, Christian. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e interrogantes. **CEPAL – Serie Políticas Sociales**. Santiago. n. 153, nov. 2009.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A Ditadura Escancarada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GIL, Pedro Pablo Vanegas. La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. **Revista Derecho del Estado**. n. 27, p. 261-290, 2011.

GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Nova Iorque: Frank Cass, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIEBERT, Janet. **Charter Conflicts**: What is Parliament's role? Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

_____. Enriching Constitutional Dialogue: Viewing Parliament's role as both proactive and reactive. Canadá. **Strategic Issues Series**. (Online), rp02-7e. Department of Justice. Research and Statistics Division. Disponível em <http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-4-02-7E.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**. v. 35. n 1. p. 75-124, 1997.

HONNETH, Axel. **Freedom's Right**: The social foundations of democratic life. Trad. Joseph Ganahl. Nova Iorque: Columbia University Press. 2014.

HORWITZ, Morton. The History of the Public/Private Distinction. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 130, n. 6. p. 1423-1428. 1982.

IANINI, Octavio. **A Formação do Estado Populista na América Latina**. 2. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1991.

JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Adrás (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

JEFFERSON, Thomas. **Writings**. Nova Iorque: The Library of America, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D. The Origins and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**. v. 92, n. 5, p. 1441-1478, out, 2014.

KORNBLITH, Miriam. Democracia Directa y Revocatoria de Mandato en Venezuela. *In*: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). **Democracia Directa en Latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**. Nova Iorque: Oxford University Press. 2004.

LEWIS, William Draper. A New Method of Constitutional Amendment by Popular Vote. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 43. P. 311-325. Set. 1912.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2016.

LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). **Democracia Directa en Latinoamérica**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.

LOPES JR., Aury. Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 Jurídico. **Consultor Jurídico**. 4 de mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em 7 de mai. 2016.

LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. *In*: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una Justicia Dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**: Racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da Saúde: Analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 561-568, Dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 Out. 2016.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de Injunção como Instrumento de um Constitucionalismo Dialógico**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

MARKUN, Paulo; HAMILTON, Duda. **1961: O Brasil entre a ditadura e a guerra civil**. São Paulo: Benvirá, 2011.

MARTÍN, Gloria Echeverría. La Consulta Facultativa de Constituiconalidad como Instrumento de Control Político. **Revista Parlamentaria**. n. 8. v. 3. Dezembro. p. 213- 223, 2000.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MEJÍA, Alvaro Tirado. Violence and the State in Colombia. In: POSADA-CARBÓ, Eduardo. **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press, INC., 1998.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

_____. Desempenho Deliberativo de Cortes Constitucionais e o STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: Racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Onze Ilhas**. Os Constitucionalistas. 18 set 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/dialogo-de-surdos>>. Acesso em: 26 dez 2016.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Middletown: McAllister Editions, 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEGRETTO, Gabriel L. Los Procesos Constituyentes en América Latina: Una visión comparada. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. v. 16, n. 1. dez. 2015.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

PACTET, Pierre. **Institutions Politiques: Droit constitutionnel**. 19. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2000.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A Tecocracia Jurídica: A comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **¿Se Puede Hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como Corriente Doctrinal Sistematizada?** Universidad de Valencia. 2010

_____. Los Procesos Constituyentes y el Nuevo Paradigma Constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. v. 25, p. 8-29, 2010.

PAULSEN, Michael Sotkes; PAULSEN, Luke. **The Constitution: An introduction**. Nova Iorque: Basic Books, 2015.

PEERENBOOM, Randall; GINSBURG, Tom (Org.). **Law and Development of Middle-income Countries**. Nova Iorque: Cambridge University Press. Disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/chapter.jsf?bid=CBO9781139235730&cid=CBO9781139235730A022>. Acesso em 14 mai. 2016.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: O autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

POSADA-CARBÓ, Eduardo (Ed.). **Colombia: The politics of reforming the state**. Nova Iorque: St. Martin's Press INC., 1998.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Trd. Leonardo García Jaramillo, Laura Saldiva e Gustavo Beade. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. v. 42. p. 373-433, 2007.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones Sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REBORIO, Francisco Javier Díaz; SÁNCHEZ, María Martín; MARTÍN-SALAS, María Pilar Molero. **Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal (1930-1963)**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal: Defesa das Liberdades Civis (1891 – 1898).** Vol 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal: Defesa do Federalismo (1899-1910).** Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de l'Etat-providence.** Paris: Éditions du Seuil, 1981.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Adrás (Ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

SÁNCHEZ, Gonzalo; PEÑARADA, Ricardo, (Org). **Pasado y Presente de la Violencia en Colombia.** 2 ed. Fondo Editorial CEREC: Bogotá, 1995.

SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. *In:* GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary: The accountability function of Courts in new democracies.** Nova Iorque: Frank Cass, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org). **Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa.** Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.

_____. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.** 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A História não Contada do Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional.** 2015. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

SHAPIRO, Martin. The United States. *In:* TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995.

SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005.

_____. Introduction. *In:* _____.; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos Institucionais e ativismo.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**. v. 11. n. 3, p. 557-584, 2013. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557.full.pdf+html>>. Acesso em 27 ago. 2016.

_____. O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, ago. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 27 Ago. 2016.

_____. De Quem Divergem os Divergentes: Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito Estado e Sociedade**. n. 47, p. 205-225, jul-dez 2015.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Org). **Reforma Política: Lições da histórica recente**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOLANO, Victor Orozco. Aproximación al Principio de Supremacía Constitucional y sus Implicaciones en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: Estudio comparado. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ano XXI, Bogotá, p. 191-207, 2015.

_____. El Control de Constitucionalidad en la Constitución de 1949: Algunos antecedentes históricos. *In*: REVORIO, Francisco Javier Díaz; SÁNCHEZ, María Martín; MARTÍN-SALAS, María Pilar Molero. **Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Janot Cria um Novo Método Jurídico – a estatística e... não conta tudo! **Consultor Jurídico**. 26 de abr. 2016. Disponível em : <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-conta-tudo>. Acesso em 7 de mai. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **I-CON**. v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

_____. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. n. 6, v. 4, 2007.

_____. **Las Transformaciones Constitucionales Recientes en America Latina: Tendencias y desafíos**. Disponível em : <https://ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimny_constitucionalismo_latinoamerica_no.pdf> Acesso em 13 de jul. 2016.

_____. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. *In*: GLOPEEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Nova Iorque: Frank Cass, 2004.

_____; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza, (Org.). **Democratizar a Democracia**: Os caminhos da democracia participativa. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; *et al.* **Audiências Públicas e Ativismo**: Diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. *In*: TATE, C. Neal; _____(Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul/dez. 2008.

VIGIL, Francisco de Paula. **"Yo debo acusar. ¡Yo acuso!** Disponível em: <http://constitucionweb.blogspot.com.br/2012/04/yo-debo-acusar-yo-acuso-discurso-de.html>. Acesso em 8 de mai. 2016.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. **Supreme Court Law Review**. n. 23, p. 7-47, 2004.

WALZER, Michael. **Politics and Passion**: Towards a more egalitarian liberalism. New Haven: Yale University Press, 2005.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1944.

WHITTINGTON, Keith, E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History. Princeton: Princeton University Press, 2007.

_____. **Constitutional Construction**: Divided powers and constitutional meaning. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

WILSON, Bruce *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2011.

_____. Changing Dynamics: The political impact of Costa Rica's Constitutional Court. *In*: SIEDER, Rachael; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The Judicialization of Politics in Latin America**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2005.

_____. **Costa Rica**: Politics, Economics and Democracy. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1998.

_____; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. **Comparative Political Studies**. v. 39. n. 3. abr, p. 525-551, 2006.

_____; CORDERO, Juan Carlos Rodríguez; HANDBERG, Roger. The Best Laid Schemes Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica. **Journal of Latin American Studies**. Reino Unido. n. 36. 507-531, 2004.

WOLF, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: From constitutional interpretation to judge-made-law. Londres: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: O pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. **Crítica Jurídica**, n. 35, p. 23-44, 2013.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 223/DF. Tribunal Pleno, Relator: CORRÊA, Maurício. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1496619>>. Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI-AgR 748/RS. Tribunal Pleno, Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ em 18-11-1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 4.309-DF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf>.

Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 29/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 30/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4070308>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4578/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4054902>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5081/DF. Relator: BARROSO, Roberto. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4513055>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADP 186/DF. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>.

Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187/DF. Relator: MELLO, Celso de. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691505>>. Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292-SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ em 17-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 29.763/DF. Relator: CASTRO, Nunes. Publicado no DJ em 08-08-1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20194/DF. Relator: GUERRA, Cordeiro. Publicado no DJ em 14-11-1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4.335/AC. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 9 out. 2016.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. [1998] 2 S.C.R. 712. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>. Acesso em 19 out. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-133 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-221 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-239 de 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-647 de 2001. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-647-01.htm>> . Acesso em: 23 jul. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-004 de 1992. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1992/C-004-92.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-133/94. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>>. Acesso em 20 out. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-179 de 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1994/C-179-94.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-239/97. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-025 de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justiça. Sala Constitucional. Expediente 90-001401-0007-CO. Disponível em: <http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=81938&strTipM=T>. Acesso em: 16 ago. 2016.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justiça. Sala Constitucional. Resolução 2003-02771. Disponível em: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=236027&strTipM=T&strDirSel=directo&__ncforminfo=8bYzaEVR_wTop2FDGvzc2w4IQ0fo222JOUNHdTvCec6Xpw1SsMYfCKxSpx_2d8Ma0YfZvkUhyB3_DTZuGZj0tsIbxvahjqKRMQSKvW1GTjZon9LnPZBGxQ==. Acesso em: 27 out 2016.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justiça. Sala Constitucional. Sentença 11515-02. Disponível em: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=280505&strTipM=T&lResultado=4&__ncforminfo=Z4WPS1RQ8G7s3qWEsRmy0OCYt3dU2KkCJp6YkBhUle7p4D4YrjhpMMmhUOhElX6XtjNsYN6d03JHNEsKN_Z1T0Lp2xD2mbQZSgTjVart41bG8PLS1tt6n5PfEtv08p2RXXRrPbYR3wx6VnunnDdgsjXIO2gxHo7hGAOWTdmwUws=. Acesso em 16 ago. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *A.L.A Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S., 495 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Bush v. Gore*. 531 U.S. 98 (2000). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Dread Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Hammer v. Dagenhart. 247 U.S. 251 (1918). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/247/251/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Lochner v. New York. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Plessy v. Ferguson. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.