

SERGIO FERNANDO MORO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
COMO DEMOCRACIA**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, tendo por orientador o Prof. Dr. Marçal Justen Filho

CURITIBA

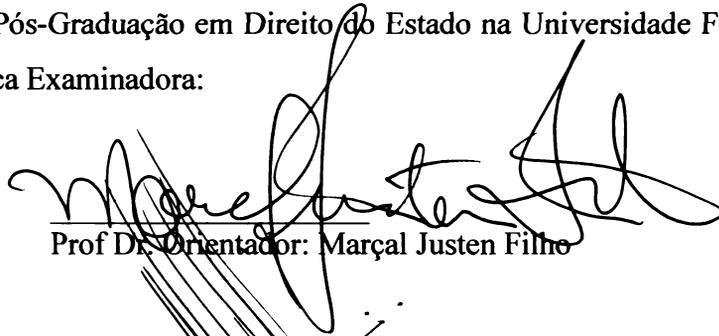
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO DEMOCRACIA

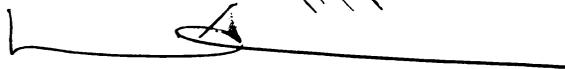
Sergio Fernando Moro

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção de grau em Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná pela seguinte Banca Examinadora:



Prof. Dr. Orientador: Marçal Justen Filho

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève



Prof. Dra. Flávia Piovesan



Prof. Dr. Jacinto de Miranda Coutinho



Prof. Dr. Sérgio Ferraz

Curitiba, _____

À pequena Júlia.

AGRADECIMENTOS

A origem deste trabalho remonta ao ano de 1996, quando ingressei nos quadros da magistratura federal. Desde então, fui diuturnamente perturbado por preocupações relativas a como deveria proceder, especialmente no que se refere aos limites do agir judicial. Todo o estudo de Direito Constitucional desenvolvido desde então e que culmina na presente tese teve em vista considerações desta ordem.

Felizmente, não estive sozinho em minha empreitada. Mesmo nos quadros da magistratura federal, contei com o auxílio de colegas de valor, alguns dos quais tenho hoje a honra de considerar amigos. Menção especial merece o amigo João Pedro Gebran Neto, que desenvolveu, em paralelo, trabalho de cunho semelhante e que culminou na publicação da instigante obra “Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais”.

Os estudos que levaram à presente tese foram também produto do curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. O apoio concedido pela instituição, por seus funcionários e, especialmente, por seus professores foi fundamental para conclusão da obra. Cabe referência especial ao Prof. Clèmerson Merlin Clève, por sua orientação na primeira fase do curso, bem como por seu exemplo de verdadeiro constitucionalista, comprometido que está com as garantias e promessas fundamentais da Constituição democrática de 1988. Papel equivalente teve o Prof. Marçal Justen Filho, que orientou especificamente a produção desta tese. Tive o privilégio de ter sido seu aluno no curso de pós-graduação. O

brilhantismo e o caráter provocador de seus ensinamentos antecipavam a sua participação neste trabalho.

É necessário também agradecer a Walter Pelegrini que auxiliou-me na revisão do texto.

Não poderia ainda deixar de agradecer aos meus pais pelo exemplo de suas vidas, bem como pelo seu apoio e presença constante nos maus e bons momentos.

Por fim, mas mais importante, cumpre dizer que este trabalho não seria possível sem o incentivo e o auxílio de minha esposa, Rosângela. Ela tem sido, mais do que uma companheira, minha melhor amiga desde nossa união, não havendo aqui espaço suficiente para expor meus sentimentos. Se é verdade que atrás de cada grande homem existe uma grande mulher, acrescentaria que às vezes isso ocorre mesmo quando se trata de um homem comum.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	xi
INTRODUÇÃO	1
PARTE 1 - O ARGUMENTO	6
CAPÍTULO 1 - A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA	6
1. A Experiência constitucional norte-americana	6
1.1. Considerações iniciais	6
1.2. Origens do controle judicial de constitucionalidade	6
1.3. O caso "Dred Scott"	10
1.4. A Era "Lochner"	14
1.5. A Corte Warren	21
1.5.1. Considerações iniciais	21
1.5.2. A composição da Corte	21
1.5.3. Combatendo a segregação racial	22
1.5.4. Reordenação de distritos eleitorais	26
1.5.5. Liberdade de expressão e outros direitos preferenciais.....	28
1.5.6. Direito de privacidade	32
1.5.7. Casos criminais	35
1.5.8. Considerações finais.....	39
1.6. A Suprema Corte e o aborto	41
2. A experiência constitucional brasileira	45
2.1. Considerações iniciais	45
2.2. Questões políticas.....	45

2.2.1. Considerações iniciais	45
2.2.2. Estado de sítio	48
2.2.3. O mandado de segurança n.º 3.557	53
2.2.4. Medidas provisórias	56
2.3. A doutrina brasileira do "habeas corpus"	61
2.4. Mandado de injunção	66
3. Avaliação comparativa entre a experiência da jurisprudência constitucional norte-americana e a brasileira	73
CAPÍTULO 2 - DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	80
1. Considerações iniciais	80
2. Democracia	81
3. Teorias legitimadoras da jurisdição constitucional.....	90
3.1. A opção não-democrática	90
3.2. A Constituição democrática	95
3.3. O argumento institucional	100
3.4. A teoria procedimental.....	106
3.5. A abordagem funcional.....	113
4. Interpretando a Constituição.....	120
4.1. Considerações iniciais	120
4.2. Interpretação da Constituição e interpretação do Direito.....	122
4.3. Os métodos tradicionais.....	125
4.4. Os novos métodos	128
4.5. O método "correto" de interpretação da Constituição	139
4.6. Critérios orientadores da interpretação da Constituição	141
4.7. Princípios e regras	144
4.8. O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	149
5. Interpretação e abordagem funcional	156
PARTE 2 - A APLICAÇÃO	159
CAPÍTULO 1 - AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	159

1. As virtudes passivas	159
2. Poder discricionário de revisão	163
3. Questões processuais	166
4. A abordagem minimalista	171
5. Reserva de consistência	174
6. Aplicabilidade das normas constitucionais	180
6.1. Considerações iniciais	180
6.2. A doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais	182
6.3. Os fundamentos da doutrina	183
6.4. O mito da vedação da atuação judicial como "legislador positivo"	188
6.5. O juiz como "legislador positivo"	196
6.6. Os limites da atuação judicial	201
6.7. Mandado de injunção	204
6.8. Considerações finais	206
CAPÍTULO 2 - ATIVISMO JUDICIAL	208
1. Considerações iniciais	208
2. Liberdade de expressão, direito à informação e direitos de participação	209
3. Direitos sociais, pobreza e liberdade	217
4. Resguardando o caráter deliberativo da democracia	233
CAPÍTULO 3 - A ESTRUTURA DE CONTROLE	243
1. Controle difuso/incidental e abstrato/concentrado	243
CONCLUSÃO	250
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	255

RESUMO

O século XX assiste o triunfo da democracia. Não deixa de ser paradoxal a expansão e o fortalecimento, também nesse século, da jurisdição constitucional. Entre democracia e jurisdição constitucional há uma complexa relação de complementação e de tensão. O objetivo deste trabalho é defender a jurisdição constitucional como instituição compatível com o regime democrático. Não se defende que ela é absolutamente compatível com a democracia. Nem se defende o contrário, ou seja, que é absolutamente incompatível. A jurisdição constitucional pode ou não mostrar-se compatível com a democracia, o que depende da forma de atuação do juiz constitucional. Pode ele agir como um obstáculo à democracia, mas pode também contribuir para o seu aprofundamento. Sem prescindir da experiência histórica e do exame das várias teorias acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, conclui-se que o juiz constitucional deverá, a fim de adequar sua atividade às exigências democráticas, alternar, não arbitrariamente, a autocontenção judicial com o ativismo judicial, o que implica a adoção de padrões de controle de constitucionalidade de intensidade diversa.

ABSTRACT

The Twentieth Century regards the triumph of democracy. It is paradoxical that the same century also regards the expansion and the solidification of the judicial review. Between democracy and judicial review exists a complex relation of integration and opposition. This work's objective is to defend the judicial review as a compatible institution with democracy. It does not defend that it is absolutely compatible with the democracy. Neither it defends the opposite, that it is absolutely incompatible. The judicial review can be or cannot be compatible with democracy. That depends on the constitutional judge's way of actuation. He can act as an obstacle for democracy; but he also can make it deeper. This work, without dispense of the historic experience and of the examination of the theories about judicial review's legitimacy, concludes that the constitutional judge, to adjust his activity in a democracy, should alternate, not in a arbitrary way, judicial self-restraint with judicial activism, what means the adoption of a judicial review of several intensities.

INTRODUÇÃO

O século XX assiste a progressiva proliferação dos regimes políticos democráticos em todo o globo.

Enquanto no início do século XX, outros regimes políticos, como os das monarquias centralizadas, ainda rivalizavam com a democracia, no final do mesmo século a persistência de regimes não-democráticos é vista como algo anacrônico.

Há, é certo, diversas concepções acerca do que é democracia, bem como há regimes políticos considerados mais democráticos e outros menos democráticos, comportando a democracia variados desenhos institucionais.

Não obstante, tais discussões acerca do que é a democracia e mesmo as críticas pertinentes aos seus sucessos e fracassos não diminuem o seu triunfo no século XX, em vista da falta de alternativa séria de regime político.

Não deixa de ser paradoxal, nesse contexto de proliferação de regimes democráticos, o fortalecimento, também no século XX, da jurisdição constitucional.

No século XIX, a jurisdição constitucional encontrava-se restrita quase que exclusivamente aos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte norte-americana, na pioneira decisão de 1803 “Marbury v. Madison”, auto-atribuiu-se a função de controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

O que poderia ser considerado uma extravagância norte-americana foi adotado por diversos outros países, alguns ainda durante o século XIX, como o Brasil, já na Constituição republicana de 1891, outros somente no século XX.

Com a adoção da jurisdição constitucional, com matizes próprios, por vários países europeus no período posterior à Segunda Guerra Mundial, ela veio a se firmar como uma instituição comum em países democráticos.

Existe, contudo, certa dificuldade para identificar a jurisdição constitucional como instituição própria de regimes democráticos.

Com efeito, a adoção da jurisdição constitucional importa, na prática, em

outorgar a corpo de profissionais do Direito – que não são elevados aos seus postos pela vontade popular, nem estão sujeitos à aprovação dela em sufrágios periódicos – o poder de formular políticas públicas e mesmo de obstaculizar a implantação de políticas públicas formuladas por outras instituições mais democráticas, como os parlamentos.

A não ser que os juízes constitucionais sejam reputados espécie de “guardiões platônicos” modernos, o grande desafio do debate constitucional consiste em demonstrar que a jurisdição constitucional constitui instituição compatível com o regime democrático.

Inúmeros argumentos têm sido apresentados pelos defensores da jurisdição constitucional, desde os que fundam a jurisdição constitucional em bases não-democráticas, ou os que apontam para as deficiências democráticas das demais instituições, até aqueles que defendem uma concepção puramente procedimental de tal jurisdição, cujo objetivo seria puramente o de reforçar as instituições democráticas.

Embora haja quem denuncie certo desgaste de tal debate, reputando inútil qualquer discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional¹, não há como escapar do referido desafio. A adoção acrítica de instituições, além de irracional, é antidemocrática, pois dentre os princípios da democracia encontra-se o de que nenhuma política pública ou instituição deve ser considerada imune à contestação.

Ademais, a resposta ao desafio é que deverá orientar a atividade da jurisdição constitucional, onde quer que ela tenha sido adotada.

A opção entre o ativismo e a autocontenção judicial passa por tal resposta.

A autocontenção judicial pode, por exemplo, ser amparada em argumentos pró-democráticos, ou seja, em atitude de deferência em relação às políticas públicas formuladas por instituições mais representativas. Por outro lado, o ativismo pode ser identificado com a postura oposta.

O esquema é excessivamente simplificador. O ativismo judicial, pelo menos

¹ TRIBE. Lawrence H. *Constitutional choices*, p. 3-8.

de certo tipo, também pode encontrar amparo em argumentos pró-democráticos, enquanto o passivismo pode ser reputado como excessivamente tributário do “status quo”, o que não é necessariamente compatível com a democracia.

Intimamente relacionadas com essa questão são as teorias a respeito da interpretação do Direito, especificamente do Direito Constitucional.

Com efeito, o papel adequado da jurisdição constitucional em uma democracia depende da capacidade desta para encontrar respostas corretas para os desafios interpretativos do texto constitucional. Postura cética em relação a essa capacidade pode recomendar postura de autocontenção. Já a crença de que podem ser encontradas respostas certas para estes desafios constitui argumento bastante robusto em prol de jurisdição constitucional mais ativa.

Quais argumentos podem ser legitimamente invocados no debate jurídico é questão prévia que deve ser respondida, o que liga a discussão sobre a interpretação do Direito a teorias acerca do que é o Direito. A separação estrita entre Direito e Moral, postulado do positivismo jurídico, limita substancialmente os argumentos que podem ser invocados no debate de questões constitucionais. Do lado oposto, encontra-se a admissão de que a solução de questões interpretativas constitucionais demandaria uma espécie de “leitura moral” das normas constitucionais, o que fragiliza a separação entre Direito e Moral.

A discussão a respeito da adequação ou do papel da jurisdição constitucional nas democracias modernas também não se faz sem o recurso à experiência histórica. Seria incompleta, senão vã, qualquer tentativa fulcrada apenas na discussão de teorias políticas ou jurídicas, ou mesmo no normativismo puro.

São os exemplos históricos sobre a produção da jurisdição constitucional, aqui e alhures, que fornecerão os mais valiosos elementos para se concluir não só acerca da adequação ou não da jurisdição constitucional nos regimes democráticos, mas também que papel ela deve exercer.

Uma abordagem histórica e funcional é, portanto, de todo recomendada.

Não é, porém, recomendável um estudo muito amplo dos exemplos

históricos, pois haveria inevitável prejuízo para a profundidade.

Neste trabalho, ter-se-á como base de investigação a experiência brasileira, por motivos óbvios, e também a experiência norte-americana.

Não passa desapercibido que, já há algum tempo, vários constitucionalistas brasileiros vêm se mostrando seduzidos por exemplos ou modelos europeus. Isso deve decorrer não só de nossa maior familiaridade com sistemas jurídicos do ramo romano-germânico, mas também da introdução, em nosso país, de modelo de controle abstrato/concentrado a partir da Emenda Constitucional n.º 16, de 26/11/65, à Constituição Federal de 1946, mais recentemente reforçada pela Emenda Constitucional n.º 03/93, que introduziu em nosso sistema a polêmica ação declaratória de constitucionalidade.

Não obstante, a opção pela experiência norte-americana é plenamente justificável.

Em primeiro lugar, a introdução da jurisdição constitucional, no Brasil e nos demais países, teve por base aquela experiência pioneira. A própria adoção, na Europa, de modelos de controle concentrados teve por base o receio, fundado ou não, de eventual “governo de juízes”, o que de certa forma encontra explicação na atuação criticável, conforme se verá, da Suprema Corte norte-americana na primeira metade do século XX.

Em segundo lugar, a experiência norte-americana não encontra paralelo no restante do mundo. Talvez por seu pioneirismo ou pela predisposição norte-americana em transformar toda questão política em uma questão jurídica², é naquela experiência que pode ser encontrada a jurisdição constitucional mais influente, para o bem e para o mal, no processo político democrático.

² Conforme estudo pioneiro de TOCQUEVILLE, segundo o qual “quase não há questão política nos Estados Unidos da América que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*, p. 317).

É oportuno reiterar: “para o bem e para o mal”, pois não se pretende aqui apenas tecer louvores a essa experiência. Nela, há exemplos do melhor e do pior que pode ser apresentado pela jurisdição constitucional. Comparem-se, por exemplo, “Brown v. Board of Education”, de 1954, no qual a Suprema Corte invalidou a política de segregação racial existente em boa parte das escolas públicas norte-americanas, com “Dred Scott v. Sandford”, de 1857, no qual ela invalidou lei federal que proibia a escravidão nos territórios federais por violação do “devido processo legal” e negou aos negros a condição de pessoas perante a Constituição Federal.

A primeira parte deste trabalho, sem prescindir de incursões em teorias políticas, em teorias do Direito e na experiência histórica, visa, portanto, apresentar uma resposta ao desafio anteriormente exposto: se a jurisdição constitucional pode ou não ser considerada instituição própria de um regime democrático. Adianta-se que, no entendimento do autor, não é possível uma resposta categórica para essa questão, pois a jurisdição constitucional pode ou não mostrar-se compatível com o regime democrático, dependendo de sua forma de atuação. Em outras palavras, mesmo se a resposta ao desafio for afirmativa, é necessário encontrar um papel adequado para a jurisdição constitucional nos regimes democráticos.

Na segunda parte do trabalho, aplicar-se-ão à prática constitucional brasileira as respostas dadas à questão exposta, sugerindo posturas a serem adotadas pelo juiz constitucional, e não um modelo abrangente.

PARTE 1 O ARGUMENTO

CAPÍTULO 1 A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA

1. A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não se pretende aqui exposição completa ou minuciosa da experiência constitucional norte-americana. Interessam, para o objetivo deste trabalho, breves exposições acerca de momentos marcantes de tal experiência, destacando-se cinco episódios: a) o surgimento da jurisdição constitucional; b) o caso “Dred Scot v. Sandford”, de 1857, talvez a mais criticada decisão já proferida pela Suprema Corte norte-americana; c) o período denominado como “Era Lochner”, pelo “leading case” “Lochner v. New York”, de 1905, na qual a Suprema Corte se destacou por seu ativismo judicial conservador; d) a “Corte Warren”, de 1953 a 1969, período mais criativo da produção da Suprema Corte, no qual ela se destacou por seu ativismo progressista; e) o caso “Roe v. Wade”, de 1973, talvez reflexo tardio da Corte Warren, que envolveu o polêmico direito à interrupção voluntária da gravidez.

1.2. ORIGENS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

“Marbury v. Madison”, célebre decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1803, sob a presidência de John Marshall, inaugura a jurisdição constitucional.

Não se trata, contudo, de ato isolado no tempo e no espaço.

Encontrava terreno fértil no país, que havia conquistado sua independência não muito tempo antes, o princípio, nela enunciado, de que caberia ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis.

Na Inglaterra, em 1610, o “Chief Justice” Edward Coke, no conhecido “Dr. Bonham’s Case”, já havia admitido a possibilidade de controle judicial dos atos do parlamento. O caso envolvia a aplicação de multa ao Dr. Bonham pelo “Royal College of Physicians” e a sua condenação à prisão, pelo mesmo Conselho. Como a multa revertia em parte para o próprio Conselho, Coke entendeu que isso tornava esse órgão ao mesmo tempo juiz e parte no caso, o que era contrário à máxima da “common law” de que ninguém deve ser juiz em causa própria. A lei que conferia àquele órgão tal competência contrariava a “common law” e era, portanto, inválida³.

Coke já havia se envolvido em discussão com o rei James I, na qual teria afirmado que mesmo o monarca estaria submetido à lei⁴.

Saliente-se que a obra de Coke exerceu grande influência sobre os fundadores dos Estados Unidos da América, tendo um deles, John Adams, feito referência a ele como o seu oráculo⁵.

De 1780 a 1803, ou seja, em período anterior e posterior à Constituição Federal, foram proferidas por cortes estaduais várias decisões em que se insinuava o controle judicial sobre leis estaduais.

A defesa mais clara da jurisdição constitucional antes de “Marbury” é encontrada no “Federalista n.º 78”, escrito por Alexander HAMILTON⁶. Segundo ele, o controle da constitucionalidade dos atos legislativos deveria ser exercido pelo Judiciário. Seus principais argumentos são:

³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed, p. 18-20, e SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 4.

⁴ SCHWARTZ, B. Idem, p. 3-4.

⁵ SCHWARTZ, B., Idem, p. 5.

⁶ HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. 2. ed, p. 161-166.

- a Constituição estatui limitações à atividade legislativa, não sendo adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações;
- a interpretação das leis é função específica dos juizes, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição;
- o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso (“the least dangerous branch”) do poder para os direitos previstos na Constituição.

Em tal artigo já se encontravam argumentos para justificar a jurisdição constitucional. Faltava apenas o homem e a ocasião propícia para a afirmação de tal poder.

John Marshall foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana por John Adams em janeiro de 1801. O cargo até então carecia de qualquer prestígio, o que é ilustrado pelo fato de que Marshall não teria sido a primeira escolha de Adams, pois o inicialmente indicado recusou a nomeação. É que, até então, a Corte pouco havia produzido de relevante. Em 1836, quando Marshall faleceu, a imagem da Corte estava totalmente modificada, tendo ela sido transformada em uma das mais prestigiadas instituições norte-americanas.

“Marbury” mescla argumentos jurídicos com elevada engenhosidade política, revelando a genialidade de seu autor.

Thomas Jefferson, republicano e antifederalista, havia derrotado John Adams, federalista, na eleição presidencial de 1800 e iria tomar posse em 04 de março de 1801. Em fevereiro, o Congresso, então dominado pelos federalistas, aprovou o “Judiciary Act” de 1801, que dobrou o número de juizes federais e autorizou a nomeação de 42 juizes de paz para o Distrito de Columbia. John Adams, em final de mandato, indicou federalistas para os cargos, sendo as nomeações finalmente confirmadas pelo Senado Federal em 03 de março de 1801. Boa parte dos juizes de paz não chegou a ser empossada antes do início do mandato de Jefferson, tendo este ordenado a seu Secretário de Estado, James Madison, que deixasse de entregar os documentos necessários para tal.

No final de 1801, um dos indicados aos cargos de juiz de paz, William Marbury, ingressou com “writ of mandamus” na Suprema Corte, para que ela ordenasse a Madison que o empossasse, o que fez com base na seção 13 do “Judiciary Act” de 1789, que conferia à Corte competência originária em mandados contra autoridades federais.

Em 1802, ainda antes do julgamento, o Congresso, agora majoritariamente republicano, aprovou lei que revogava o “Judiciary Act” de 1801.

Se a Suprema Corte concedesse o mandado a Marbury, corria o grave risco de não ter sua decisão cumprida, em vista da oposição do Executivo.

MARSHALL, invertendo a boa técnica processual, mas amparado pelas circunstâncias do caso, estabeleceu no julgado que Marbury tinha o direito de ser empossado, pois a nomeação não seria revogável. Entretanto, negou que a Suprema Corte teria competência para julgar o caso, reputando inconstitucional a seção 13 do “Judiciary Act” de 1789, por ter indevidamente ampliado a competência da Suprema Corte.

Sem qualquer apoio em texto expresso da Constituição norte-americana, atribuiu ao Judiciário o poder de invalidar os atos legislativos contrários à Constituição, em termos que não poderiam ser recusados pelo Presidente Jefferson:

É enfaticamente a província e o dever do ramo judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar a regra. Se duas leis estão em conflito, as cortes devem decidir sobre a aplicação de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas, a lei e a constituição, forem aplicáveis ao caso particular, então a corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a constituição; ou conforme a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras em conflito governa o caso. Essa é a essência do dever judicial.

Se, então, as cortes devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não o ato ordinário, deve governar o caso ao qual ambas são aplicáveis.⁷

⁷ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 6.

Os argumentos ali empregados, apesar de sua eloquência, não diferem substancialmente dos de Hamilton, no “Federalista n.º 78”.

Foi Marshall, porém, quem teve o mérito de positivar o princípio latente no sistema de governo norte-americano. Segundo Charles WARREN,

“Marshall naturalmente sentiu que, em vista de recentes ataques contra o poder do Judiciário, era importante ter o grande princípio firmemente estabelecido, e indubitavelmente ele agradeceu a oportunidade de fixar o precedente em um caso no qual sua ação implicaria decisão favorável a seus adversários políticos.”⁸

O princípio consolidou-se no decorrer do período em que ele foi presidente da Corte, tendo esta a oportunidade de, em diversas ocasiões, sendo a primeira em 1810, no caso “Fletcher v. Peck”, reconhecer a inconstitucionalidade de leis estaduais contrárias à Constituição Federal.

Não foi antes de 1857 que a Suprema Corte novamente reconheceria a inconstitucionalidade de lei federal. De qualquer forma, até então o princípio já estava firmemente arraigado na consciência e prática jurídica norte-americana.

1.3. O CASO “DRED SCOTT”

A jurisprudência da Suprema Corte sob a presidência de Marshall (1801-1836) expandiu a competência da União Federal em detrimento da autonomia dos estados, como evidenciado nos casos “McCulloch v. Maryland”, de 1819, no qual foi estabelecida em favor da União a doutrina dos poderes implícitos⁹, e “Gibbons v. Ogden”, de 1824, no qual se ampliou o poder normativo da União sobre a atividade econômica, através de interpretação extensiva do termo “comércio”, constante na norma da Constituição norte-americana que atribui ao Congresso Nacional a

⁸ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 8.

⁹ O seguinte trecho sintetiza a doutrina então fundada: “Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution: and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.” (LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 63)

competência para regular o comércio com nações estrangeiras e entre os estados federados.

Nesse contexto de extensão da competência da União Federal, não causa estranheza o fato de que nenhuma lei federal, além da já mencionada no caso “Marbury”, tenha sido declarada inconstitucional durante a Corte Marshall.

A deferência à legislação federal foi mitigada durante a Corte seguinte, presidida por Roger Brooke Taney. A Corte Taney (1837-1867), embora não tenha revertido às construções da Corte Marshall em relação aos poderes federais, foi mais favorável à afirmação das autonomias estaduais.

A avaliação da Corte Taney é objeto de controvérsia. Enquanto alguns, como Felix Frankfurter, colocam Taney em segundo lugar na história da Suprema Corte, apenas após Marshall¹⁰, outros o têm como protótipo do juiz injusto¹¹.

A avaliação positiva do conjunto da produção da Corte Taney é dificultada pela decisão por ela proferida no caso “Dred Scott v. Sandford”, de 1857, talvez a pior da jurisdição constitucional.

No século XIX, a escravidão constituía questão central nos Estados Unidos, assim como no Brasil. Embora incompatível com os ideais proclamados na Declaração de Independência norte-americana, não foi ela proibida pela posteriormente promulgada Constituição Federal. Ao contrário, continha ela norma explícita que impedia o Congresso de proibir a importação de escravos antes do ano de 1808¹².

Por volta de 1850, a principal questão sobre a escravidão dizia respeito à competência do Congresso Nacional para proibi-la ou não nos novos territórios anexados aos Estados Unidos, uma nação em processo de expansão.

Segundo a lei denominada “Missouri Compromise”, de 1820, foi proibida a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados

¹⁰ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 104.

¹¹ SCHWARTZ, B. *Idem*, p. 105.

¹² Artigo 1, seção 9, cláusula 1. da Constituição norte-americana.

Unidos.

Em 1853, Dred Scott ingressou na Corte Federal com uma ação contra seu proprietário, alegando que tinha adquirido à liberdade por ter trabalhado em território no qual a escravidão havia sido proibida pelo “Missouri Compromise”, embora já houvesse voltado para o estado do Missouri, no qual a escravidão era permitida.

Após julgamento favorável ao demandado, o caso foi levado à Suprema Corte norte-americana.

Segundo SCHWARTZ, a Suprema Corte poderia ter decidido o caso de forma minimalista, resolvendo-o sem apreciar as questões constitucionais envolvidas, pois Dred Scott já tinha perdido ação semelhante interposta perante corte estadual.¹³

Entretanto, preferiu abordagem ampla, examinando duas questões centrais: se a União Federal possuía competência para dispor sobre a escravidão nos novos territórios e se os negros eram considerados cidadãos pela Constituição norte-americana.

A decisão, cujo voto vencedor foi proferido por Taney, estabelecia os seguintes pontos:

a) os negros, mesmo os livres ou libertos, não eram e não podiam tornar-se cidadãos dos Estados Unidos, segundo a Constituição;

b) Dred Scott não tinha se tornado um homem livre apenas por ter residido em território no qual a escravidão havia sido proibida pelo “Missouri Compromise”, uma vez que o Congresso não tinha competência para dispor dessa forma sobre a matéria;

c) Dred Scott não era um homem livre, pois o seu “status” era regulado pela lei do estado no qual se encontrava, o Missouri, no qual era permitida a escravidão.¹⁴

TANEY invocou pioneiramente a norma do devido processo legal, a fim de

¹³ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 113.

¹⁴ SCHWARTZ, B. *Idem*, p. 115.

conferir-lhe caráter substantivo, o que, de certa forma, ilustra o risco do emprego acrítico de tal doutrina:

“E um ato do Congresso que priva um cidadão dos Estados Unidos de sua liberdade ou propriedade meramente porque ele foi ou levou sua propriedade para um território específico dos Estados Unidos, e que não cometeu nenhuma ofensa contra as leis, dificilmente poderia ser dignificado como devido processo legal.”¹⁵

Por outro lado, defendeu que a Constituição, originariamente, não teria pretendido conferir cidadania aos negros e que “toda pessoa e toda classe e descrição de pessoas que, ao tempo da adoção da Constituição, eram consideradas como cidadãs nos diversos estados tornaram-se também cidadãs do novo corpo político; mas não outras além destes”¹⁶.

Negando aos negros a cidadania, a decisão também os impedia de serem parte autora em processos judiciais.

A decisão não foi aceita pelos abolicionistas, que esperavam ao menos limitar a escravidão aos estados federados que a tinham por válida, de forma a extirpá-la no futuro. Se, como pretendia a Corte, leis federais que proibissem a escravidão representavam violação do “devido processo legal”, para eliminar ou restringir a escravidão seriam necessárias emendas constitucionais, cuja aprovação demandava assentimento de ampla maioria política e que eram de improvável obtenção em nação dividida, o que veio a precipitar a própria Guerra Civil norte-americana¹⁷.

O próprio Abraham Lincoln criticou severamente a Corte, questionando inclusive o alcance vinculante de sua decisão. Em debates parlamentares da época, afirmou que era contra a decisão e que ela deveria ser entendida em termos restritos, no sentido de que Dred Scott não era livre, mas que todos deveriam se opor ao princípio, estabelecido na decisão, de que o Congresso não poderia proibir a

¹⁵ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 116.

¹⁶ SCHWARTZ, B. *Idem*, p. 119.

¹⁷ SCHWARTZ, B. *Idem*, p. 125.

escravidão e de que o negro não era considerado cidadão pela Constituição, até que a Corte, em outro caso, revertesse o princípio¹⁸.

O grande erro da Suprema Corte, além do condenável conteúdo da decisão, foi superestimar seu prestígio, pretendendo resolver a controvérsia política que então dividia a nação e só veio a ser solucionada pela guerra civil.

O prestígio da Corte foi severamente afetado, tendo sido recuperado somente após longo tempo¹⁹. “Dred Scott” permanece como um fantasma para os defensores da jurisdição constitucional e também especificamente da doutrina do devido processo legal em sentido substantivo, sendo comumente invocado pelos defensores da postura de autocontenção judicial.

As lições não foram de todo assimiladas, pois a Suprema Corte norte-americana, em período posterior, fez novamente largo e criticável uso da norma do devido processo legal em sentido substantivo.

1.4. A “ERA LOCHNER”

Salvo “Dred Scott”, até o final do século XIX a Suprema Corte limitou ao âmbito processual o princípio do devido processo legal.

Nos denominados “Slaughter Houses Cases”, de 1873, destacaram-se, porém, os votos da minoria dissidente, que admitia a utilização da referida norma para controlar a razoabilidade de leis de caráter substantivo. Os casos envolviam a criação, por lei do Estado de Louisiana, de regime de monopólio da atividade de abate de animais em detrimento dos açougueiros. Segundo os dissidentes, “uma lei que proibia uma larga classe de cidadãos de adotarem uma ocupação lícita, ou de prosseguirem em

¹⁸ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed., p. 68 e 259 -261.

¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. *A book of legal lists: the best and worst in American law*, p. 71, e CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 156-157.

ocupação lícita previamente exercida, privava-os da liberdade, assim como da propriedade, sem o devido processo legal”²⁰.

Foi no caso “*Allgeyer v. Louisiana*”, de 1897, que foi admitida pela primeira vez a utilização da norma do devido processo legal para controle do conteúdo dos atos legislativos. Segundo o voto vencedor, do juiz Peckman, a expressão “liberdade”, constante na Décima Quarta Emenda e que, segundo esta, só poderia ser afetada pelo devido processo legal, devia ser interpretada em termos latos, abrangendo inclusive a faculdade de celebrar contratos.

A Suprema Corte, dominada pela doutrina do liberalismo econômico, que predominava no pensamento político-econômico ao final do século XIX, passou a invalidar sistematicamente qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, o que atendia aos interesses das corporações comerciais e industriais em franca ascensão.

Essa fase histórica do constitucionalismo norte-americano ficou conhecida como a “Era Lochner”, devido ao caso “*Lochner v. New York*”, de 1905.

Neste, a Corte invalidou lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, entendendo que o ato normativo interferia desarrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregados e empregadores.

Toda a legislação de intervenção no domínio econômico deveria, no entender da Corte, ser submetida ao crivo do devido processo legal:

Em todo caso que vier perante esta corte, quando legislação deste teor estiver em questão, e quando a proteção da Constituição Federal é invocada, surge necessariamente a questão: É este um justo, razoável e apropriado exercício do poder de polícia do estado, ou é esta uma desarrazoada, desnecessária e arbitrária intervenção no direito do indivíduo à sua liberdade pessoal, ou a intromissão nesses contratos de trabalho é apropriada ou necessária para o suporte do indivíduo e de sua família? Por certo, a liberdade de contrato de trabalho inclui o direito de ambas as partes a ela. Um tem tanto direito de comprar como o outro de vender o seu trabalho.²¹

²⁰ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 161.

²¹ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 326.

Ainda segundo a Corte, leis daquela espécie não visavam à proteção de qualquer interesse público, como a saúde ou o bem estar, constituindo apenas uma interferência indevida em contratos celebrados entre pessoas iguais em inteligência e capacidade.

Destaca-se no caso a posição dissidente do juiz Oliver WENDELL HOMELLS:

O caso foi decidido com base em teoria econômica que não é compartilhada por larga parte da nação. Se fosse apenas uma questão de eu concordar ou não com a teoria, eu desejaria estudá-la mais e por longo tempo antes de formar minha opinião. Mas eu não considero este o meu dever, porque acredito firmemente que minha concordância ou discordância não tem nada a ver com o direito da maioria de incorporar suas opiniões à lei. Está estabelecido por várias decisões desta Corte que constituições e leis estaduais podem regular a vida de diversas maneiras que nós, como legisladores, poderíamos considerar injustas ou, se se preferir, tirânicas, se interferirem na liberdade de contrato. (...) A Décima Quarta Emenda não pretendeu veicular a obra “Social Statics”, de Herbert Spencer. Uma Constituição não tem a intenção de adotar uma teoria econômica em particular, quer de paternalismo ou de relação orgânica do cidadão com o Estado, quer de “laissez faire”. Ela é feita para pessoas com visões fundamentalmente diversas, e, no acaso de encontrarmos opiniões que nos pareçam naturais e familiares, e outras novas e mesmo chocantes, isto não deve ser conclusivo em nossos julgamentos acerca da constitucionalidade de leis que as adotem.²²

Apesar do prestígio de Holmes, o posicionamento majoritário foi amplamente adotado em outros casos, gerando julgados como “Adkins v. Children’s Hospital”, de 1923, no qual foram invalidadas leis que estabeleciam salários mínimos para mulheres e crianças.

Na década de 1930, a doutrina estabelecida em “Lochner” gerou grave crise institucional, pois a Corte invalidou medidas centrais do “New Deal”, do Presidente Franklin Roosevelt.

A resposta de Roosevelt, que chegou a declarar que era hora de salvar a Constituição da Corte²³, foi o envio de projeto de lei que lhe permitiria nomear um juiz adicional em todos os tribunais federais (sem exceção, incluindo, portanto, a Suprema

²² LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 328.

²³ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 233.

Corte) em que magistrados com mais de 70 anos declinassem de pedir aposentadoria. Tendo a Suprema Corte seis juizes com mais de 70 anos, era patente o desejo de interferir em sua composição.

O Senado rejeitou o projeto. Roosevelt não saiu, contudo, derrotado, pois a Corte reviu seu posicionamento em 1937:

“Uma notável revisão da atitude da Suprema Corte em relação ao New Deal ocorreu em 1937. De 1934 a 1936, a Corte proferiu doze decisões nas quais declarou inválidas medidas do ‘New Deal’; a partir de abril de 1937, o tribunal manteve toda lei do ‘New Deal’ perante ele questionada, incluindo algumas que eram similares a leis anteriormente invalidadas.”²⁴

A mudança de entendimento não refletia apenas a pressão presidencial, mas também a evolução do pensamento jurídico desde a adoção da doutrina “Lochner”, bem como a crise do liberalismo econômico decorrente da depressão mundial que se seguiu à quebra da bolsa norte-americana em 1929.

“*Nebbia v. New York*”, de 1934, proferida muito antes da apresentação do projeto de Roosevelt, e “*West Coast Hotel Co. v. Parrish*”, de 1937, na qual a Corte reverteu o entendimento adotado em “*Adkins*”, refletem o novo posicionamento da Corte.

“Lochner” é o maior exemplo histórico do ativismo judicial conservador.

Segundo análise de Cass SUNSTEIN²⁵, o erro da Corte não foi sobrepor-se ao juízo das assembléias democráticas. Essa seria característica própria do “judicial review”.

O erro teria sido pressupor a existência de ordem natural inerentemente justa e independente da ação estatal. Segundo tal concepção, a distribuição de riqueza existente é tida como algo natural. Qualquer intervenção governamental nessa ordem natural deve ser justificada. Exige-se que o Estado trate de forma imparcial os

²⁴ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 234.

²⁵ SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. 3. ed., p. 45-62.

cidadãos, mesmo o rico e o pobre. Transferências de riqueza entre eles são tidas como desvios da neutralidade exigida do Estado. Tal concepção favorece a inércia governamental, que não precisa justificar-se, uma vez que propicia a manutenção do “status quo”, em detrimento da ação governamental, algo sempre excepcional. Assim, a ação do Estado em favor de determinado grupo social representaria uma violação do dever de imparcialidade imposto ao Estado, e como tal mereceria censura pela jurisdição constitucional.

O “New Deal” representou, nos Estados Unidos, a mudança de tal concepção, uma verdadeira revolução constitucional, a partir da qual a intervenção do Estado no domínio econômico passa a ser vista não mais como excepcional, e o respeito à distribuição das riquezas passa a depender das razões que poderiam ser levantadas a seu favor. É a partir do “New Deal” que a propriedade privada e o mercado, antes vistos como algo natural e agora como produtos da lei²⁶, passam a ser submetidos ao controle democrático.

Com o abandono da doutrina estabelecida em “Lochner”, a Corte passou a presumir a constitucionalidade de toda legislação de intervenção no domínio econômico, adotando, para o controle judicial de constitucionalidade, o que se convencionou denominar de “rational basis test”. Para que a lei passasse neste teste bastava-lhe ser razoavelmente relacionada a um objetivo político válido, o que não se afigurava difícil. Na prática, ela passou a presumir a constitucionalidade de toda a legislação da espécie.

Em caso que se insere nessa nova linha, “Carolene Products Co. v. USA”, de 1938, o juiz Harlan FISK STONE formulou, na célebre nota de rodapé n.º 4, a tese de que, em determinadas hipóteses, tal presunção de constitucionalidade da lei poderia ser afastada:

Pode existir um âmbito mais estreito para a utilização da presunção de

²⁶ Bentham já havia escrito: “A propriedade e a lei nascem e morrem juntas. Antes das leis, não havia propriedade; eliminem-se as leis, toda a propriedade cessa.” (SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. 3. ed., p. 51)

constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas, as quais são consideradas da mesma forma quando usadas dentro do contexto da Décima-Quarta.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe estes processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve submeter-se a um escrutínio judicial mais rigoroso, sob as proibições gerais da Décima-Quarta Emenda, do que os outros tipos de legislação.

Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas, nacionais ou raciais, ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora.²⁷

A doutrina então aventada significava que a Corte passaria a adotar um duplo padrão no exame de constitucionalidade das leis.

Usualmente, ela presumiria a constitucionalidade da lei, principalmente se de intervenção no domínio econômico, pela lembrança negativa da “Era Lochner”. Se a lei, entretanto, afetasse um direito considerado fundamental, como aqueles previstos nas emendas da Constituição norte-americana, ou se afetasse processos políticos de formação da lei, ou ainda certas minorias, a Corte se serviria de um teste de constitucionalidade mais rigoroso, que se convencionou denominar de “strict scrutiny”²⁸, no qual a lei, ainda que relacionada a um objetivo político legítimo, seria considerada inválida se esse objetivo pudesse ser alcançado por meio menos gravoso e não fosse qualificado como de especial magnitude (“compelling public interest”).

²⁷ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 18.

²⁸ Em “*Korematsu v. USA*”, de 1944, a Suprema Corte americana entendeu que se defrontava com situação dessa espécie. Julgava a constitucionalidade das medidas restritivas impostas aos nipo-americanos durante a Segunda Guerra Mundial. Apesar da decisão ser absolutamente criticável, seja por seu conteúdo, seja porque medidas equivalentes não foram tomadas contra os descendentes de alemães ou italianos, o que reforça seu teor racista, é oportuna a transcrição de trecho do raciocínio então adotado: “Todas as restrições legais que limitam os direitos civis de um particular grupo racial são imediatamente suspeitas. Isso não quer dizer que todas essas restrições são inconstitucionais. Quer dizer que as cortes devem submetê-las ao mais rígido escrutínio judicial. Prementes necessidades públicas podem, algumas vezes, justificar a existência dessas restrições; antagonismo racial nunca pode.” (LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 1164)

Posteriormente, foi também formulado teste de nível intermediário, denominado de “intermediate scrutiny”, segundo o qual a lei deve ser justificada por um interesse público de especial relevância. Esse teste foi aplicado, por exemplo, em “Sugarman v. Dougall”, de 1973, no qual a Suprema Corte admitiu que o Estado poderia estabelecer restrições ao acesso de estrangeiros a cargos públicos estratégicos.

Assim, agindo com base em presunções acerca do funcionamento do processo político democrático, a Corte determina que espécie de padrão de controle é apropriada para o caso em suas mãos.

O duplo padrão de controle possibilita à Corte a adoção de ativismo judicial localizado, evitando tensões excessivas com os demais poderes. Dependendo da matéria em debate, a Corte assume um papel mais passivo e deferente em relação à atividade dos demais poderes públicos, ou assume um papel incisivo, tomando para si a responsabilidade, com todas as suas conseqüências, de proferir a última palavra, sem qualquer espécie de deferência em relação aos demais poderes.

A teoria formulada incidentalmente em “Carolene” fornece também base valiosa para a legitimidade da jurisdição constitucional. Seus críticos recorrem normalmente ao argumento de que é necessário resguardar a autonomia popular exercida pelos representantes eleitos do povo contra interferências excessivas de juizes que não foram escolhidos nem podem ser destituídos através de voto. A objeção, que adiante será examinada com maior vagar, perde força quando a atividade da jurisdição constitucional é justificada em vista do mau funcionamento da democracia e é orientada a eliminar obstáculos ao seu ótimo funcionamento.

“Carolene”, da mesma forma que “Lochner” ao seu tempo, estabeleceu bases para nova fase de ativismo judicial. Tratava-se, contudo, de ativismo de natureza diversa.

1.5. A CORTE WARREN

1.5.1. Considerações iniciais

A produção da Suprema Corte norte-americana durante a Corte Warren (1953-1969) é considerada a mais criativa de toda a sua história.

Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos.

1.5.2. A composição da Corte

Em 1953, Earl Warren foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana pelo Presidente Eisenhower. Nela atuou até 1969, sendo sucedido por Warren Burger, indicado pelo Presidente Nixon.

Quando assumiu o posto, a Suprema Corte era composta por Hugo Black, William Douglas, Felix Frankfurter, Tom Clark, Stanley Reed, Harold Burton, Robert Jackson e Sherman Minton. Ocorreram as seguintes substituições: de Jackson por John Harlan, em 1955; de Minton por William Brennan, em 1956; de Reed por Charles Whittaker, em 1957; de Burton por Potter Stewart, em 1958; de Frankfurter por Arthur Goldberg, em 1962; de Whittaker por Byron White, também em 1962; de Goldberg por Abe Fortas, em 1965; de Clark por Thurgood Marshall, em 1967.

Historiadores norte-americanos destacam que a Presidência de Warren pode ser dividida em dois períodos, pois a partir de 1962 – com a substituição do relativamente conservador Whittaker por Byron White e com a substituição de Felix Frankfurter, principal defensor da autocontenção judicial, pelo liberal Arthur Goldberg – logrou-se formar uma sólida maioria liberal (liberal no sentido próprio da política

norte-americana). A maioria liberal, também composta por Black, Douglas, e Brennan, e pelo próprio Warren, foi reforçada em 1967 com a nomeação de Thurgood Marshall, o primeiro negro a compor a Suprema Corte norte-americana.

Dentre todos eles, merecem especial destaque, além do próprio “Chief Justice”: a) Hugo Black, principal defensor da interpretação estrita do texto constitucional, especialmente da Primeira Emenda; b) William Douglas, considerado juiz brilhante; c) William Brennan, considerado por alguns como o principal juiz do período, por sua liderança intelectual, não devendo também ser desconsiderado que, após a saída de Warren, foi ele quem assumiu a liderança da ala liberal.

Todavia, a figura principal do período foi o próprio “Chief Justice”. O próprio juiz William BRENNAN, que, conforme visto, era considerado por muitos como líder intelectual da Corte de Warren, reconhecia a importância de Warren, denominando-o, ilustrativamente, de “Super Chief”²⁹.

Segundo Bernard SCHWARTZ, Warren não era um “scholar”, como muitos de seus pares na Suprema Corte. No entanto, segundo esse mesmo autor, a história da Suprema Corte revelaria que nem sempre os seus grandes juizes foram também grandes juristas e que nem sempre os seus grandes juristas foram também grandes juizes³⁰. Warren destacava-se por sua visão do papel da Corte na vida norte-americana, que, graças à sua liderança, logrou tornar realidade. Não era um defensor da postura de autocontenção judicial; ao contrário, apregoava explicitamente o ativismo judicial, conforme se pode verificar na produção da Corte sob a sua liderança.

1.5.3. Combatendo a segregação racial

“Brown v. Board of Education”, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial então predominante nas escolas públicas no Sul

²⁹ BRENNAN JR., William J. A personal remembrance. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 8-11.

³⁰ SCHWARTZ, Bernard. Earl Warren. In: _____ (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 258.

dos Estados Unidos, talvez seja a mais importante decisão da Corte de Warren. Ademais, ilustra a liderança de Warren.

O caso foi ouvido na Suprema Corte, inicialmente sob a liderança do “Chief Justice” Fred Vinson, que defendia a manutenção do regime de segregação. Segundo memorando confidencial do juiz William Douglas, a Corte, por maioria de cinco votos contra quatro, inclinava-se a favor da segregação. A decisão foi, entretanto, adiada para o ano seguinte. Nesse interregno, Vinson faleceu, sendo substituído por Warren, que logrou obter unanimidade dos juizes para condenar a segregação, reputando-a incompatível com o princípio da igualdade.

Saliente-se que o princípio da igualdade, “equal protection of the law”, havia sido inserido na Constituição norte-americana pela Décima-Quarta Emenda, de 1868, e que os então componentes do Congresso, que também editava leis para o Distrito de Columbia, no qual ficava a sede do Governo Federal, haviam, na mesma legislatura, adotado regime de escolas segregadas no referido distrito. Portanto, de acordo com a concepção dos autores da emenda, a segregação não era inconstitucional.

A Corte também teve que enfrentar o precedente “Plessy v. Ferguson”, de 1896, no qual a segregação nos transportes ferroviários havia sido reputada compatível com o princípio da igualdade, fazendo-o nos seguintes termos do voto de WARREN:

Na abordagem deste problema, nós não podemos voltar nossos relógios para 1868, quando a Emenda foi adotada, ou, ainda, para 1896, quando “Plessy” foi decidido. Nós devemos considerar a educação pública à luz de seu completo desenvolvimento e de seu lugar presente no modo de vida americano por toda a Nação. Só por este caminho pode ser determinado se a segregação nas escolas públicas priva os reclamantes da igual proteção da lei.³¹

WARREN, servindo-se de estudos psicológicos, todos citados na nota n.º 11 do julgado, defendeu que a doutrina “separados, mas iguais”, estabelecida em “Plessy”, não tinha lugar em matéria educacional, pois a simples segregação comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado:

³¹ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1173.

Separá-las [as crianças negras] de outras de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seu “status” na comunidade, que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito. (...) Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de “Plessy”, essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas.³²

Concluiu então que a segregação na educação era inerentemente desigual.

É oportuno destacar que a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes de ingressarem em escolas reservadas a brancos. Tinham eles direito a escolas em regimes integrados, o que implicava a adoção de larga política pública de dessegregação, afetando, portanto, escolas e alunos não envolvidos diretamente no caso.

Por razões estratégicas³³, na decisão proferida em 1954 a Corte não estabeleceu como deveria ser implementada tal política de dessegregação. No ano seguinte, após reargumentação, a Corte decidiu que ela deveria ser implementada pelas autoridades escolares, com a supervisão das instâncias federais inferiores, com toda a rapidez deliberada (“with all deliberate speed”). A fórmula de compromisso possibilitava, conforme as circunstâncias, alguma flexibilização quanto ao cumprimento do princípio, o que a Corte então reputou oportuno por temer reação maciça nos estados do Sul contra “Brown”³⁴.

³² LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 1173.

³³ Aparentemente, o objetivo de Earl Warren era obter decisão unânime quanto ao princípio, evitando que discussões quanto à sua implementação viessem a prejudicar a unanimidade.

³⁴ Como de fato houve, incluindo manifesto de noventa e seis congressistas dos estados do Sul contra a decisão da Corte, isso em 12/03/1956 (cf. MARTIN JR., Waldo E. (Ed.) *Brown v. Board of Education: a brief history with documents*, p. 220-223). A implementação de “Brown” em larga escala tornou-se viável apenas após a adesão dos demais ramos políticos ao princípio dessegacionista, o que ocorreu somente na década seguinte, por exemplo com a Lei dos Direitos Civis, de 1964. Mesmo assim, foi “Brown” que forneceu o ímpeto para tais mudanças. Segundo o jornalista Anthony Lewis, do New York Post, “Brown” foi o “catalisador” da “revolução nas relações interraciais norte-americanas”, criando “um clima que encorajou o negro a protestar contra a separação de ônibus, a exigir ser servido em lanchonetes...” (CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 92). Para uma abordagem completa e crítica, recomenda-se MARTIN JR., Waldo E. (Ed.) *Brown v. Board of Education: a brief history with documents*, e CHAMBERS, Julius L. *Race and equality: the still unfinished business of the Warren Court*. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 21-67.

Tão interessante quanto “Brown” é a implementação do resultado do julgado, o que provocou inúmeras controvérsias, bem como intervenções nos distritos escolares pelas instâncias inferiores e pela própria Suprema Corte³⁵. Se “Marbury” é a decisão mais célebre da Suprema Corte no século XIX, “Brown” é a mais importante do século XX, inaugurando novo modelo de decisão judicial.

A decisão da Corte envolveu: a) a proteção de grupo social e politicamente vulnerável, evocando a referida nota n.º 4 de “Carolene”; b) a interpretação evolutiva da Constituição, colocando em dificuldades doutrinas como o “originalismo”, então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores; c) a utilização de recursos fornecidos por ciências não-jurídicas, conforme estudos psicológicos mencionados na decisão; d) a ordenação de postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição.

Quanto ao primeiro tema, vale lembrar que do exíguo texto da Décima-Quarta Emenda à Constituição não se extrai condenação incisiva da política segregacionista, pelo menos se se partir do pressuposto de que os serviços educacionais oferecidos aos segregados eram iguais, o que, se não era fato, era, pelo menos, prometido pelos demandados.

Tratando-se de caso difícil, política de deferência ou de autocontenção judicial importaria na remessa da questão ao Legislativo. Cumpriria ao Congresso norte-americano ou às legislaturas estaduais regular a matéria segundo o seu discernimento.

³⁵ Como exemplo, é oportuna a referência a: a) “Cooper v. Aaron, de 1958, no qual o Governo Federal teve que enviar tropas federais para garantir o ingresso de estudantes negros na “Little Rock School”, no Estado do Arkansas; b) “Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education”, de 1971, no qual a Suprema Corte manteve decisão de juiz federal que, dada a recalcitrância das autoridades administrativas em cumprir “Brown”, ordenou a implementação de plano de dessegregação elaborado por perito judicial e que envolvia inclusive a modificação do sistema de transporte escolar. A implementação de “Brown” ilustra a possibilidade de adoção de política pública de certa complexidade através do Judiciário, sempre que necessário para remediar situação incompatível com a Constituição.

Ocorre que, principalmente em relação às legislaturas estaduais, o sistema político dos estados do Sul implicava a exclusão sistemática dos negros na formulação das políticas públicas. A política de deferência apenas perpetuaria o “status quo”, legitimando as restrições impostas à minoria negra. Mesmo com relação ao Legislativo Federal, a minoria parlamentar sulista havia logrado até então obstaculizar a aprovação de leis que modificassem o “status quo”. As últimas leis relativas à expansão dos direitos civis haviam sido aprovadas em 1866, o que era reflexo da atividade de obstrução de seus componentes sulistas.

As deficiências do processo político democrático colocavam as autoridades judiciais em melhor posição do que as eleitas para decidir de forma imparcial o caso, não sendo recomendável, nessas circunstâncias, a postura de deferência.

A partir de “Brown”, a segregação racial existente em boa parte dos Estados Unidos foi progressivamente erosionada, contribuindo para o movimento dos “direitos civis” norte-americano. Aliás, decisões da própria Corte culminaram por concluir pela inconstitucionalidade da segregação em estabelecimentos públicos ou abertos ao público, bem como de leis estaduais racistas, como a que proibia o casamento inter-racial³⁶.

1.5.4. Reordenação de distritos eleitorais

Em 1962, a Corte Warren decidiu “Baker v. Carr”, em que se discutiu a má ordenação de distritos eleitorais no Estado do Tennessee.

Segundo HORWITZ³⁷, nesse tempo o problema da má ordenação de distritos

³⁶ “Loving v. Virginia”, de 1967, no qual a Corte reputou incompatível com o princípio da igualdade leis de dezesseis estados que proibiam o casamento inter-racial sob o pretexto de preservar a integridade racial de seus cidadãos. Nela, faz-se referência à doutrina esboçada em “Carolene”: “... o princípio da igualdade exige que classificações raciais, especialmente suspeitas em leis criminais, sejam submetidas ao mais rígido escrutínio e, se alguma vez tiverem que ser mantidas, deve ser demonstrado que são necessárias para o cumprimento de um objetivo estatal legítimo, independente da discriminação racial que a Décima-Quarta Emenda teve por objetivo eliminar.” (LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1181)

³⁷ HORWITZ, Morton F. *The Warren Court and the pursuit of Justice*, p. 82.

eleitorais assumia ares de acentuada gravidade nos Estados Unidos, pela recusa dos legisladores em redesenhar os distritos mesmo após sensível alteração da distribuição da população no território nacional, decorrente principalmente do crescimento dos centros urbanos. No Tennessee, os distritos eleitorais estavam configurados de tal forma que menos de 40% da população podia eleger a maioria dos representantes nas assembléias legislativas estaduais. Em onze estados, incluindo a Califórnia, a maioria dos senadores estaduais podia ser eleita por menos de 20% da população³⁸. No que se refere aos deputados estaduais, existiam quatro estados em que a maioria podia ser eleita por menos de 20% dos votantes.

Em “Baker v. Carr”, de 1962, a Corte reviu o precedente “Colegrove v. Green”, de 1949, passando a admitir que a ordenação dos distritos eleitorais era matéria sujeita a revisão judicial, e não mais uma “questão política”.

Admitida a possibilidade do controle judicial, a Corte, em “Reynolds v. Simms”, de 1964, formulou o princípio “um homem, um voto”. No voto de WARREN consta:

O conceito da igual proteção tem sido tradicionalmente visto como a exigência de tratamento uniforme de pessoas que se encontram na mesma situação em relação à ação governamental questionada ou desafiada. No que se refere à alocação da representação legislativa, todos os votantes, como cidadãos de um Estado, encontram-se na mesma situação, independentemente de onde moram. Nenhum critério sugerido para a diferenciação entre cidadãos é suficiente para justificar qualquer discriminação em relação ao peso de seus votos, a menos que relevante para os propósitos permissíveis da distribuição eleitoral. Como atingir a justa e efetiva representação para todos os cidadãos é o alvo admitido da ordenação eleitoral, nós concluímos que o princípio da igualdade garante a oportunidade de igual participação para todos os votantes nas eleições dos legisladores estaduais. Diluir o peso dos votos em virtude do local de residência viola direitos constitucionais básicos protegidos pela Décima-Quarta Emenda, assim como discriminações odiosas baseadas em fatores como raça ou *status* econômico.³⁹

Trata-se de mais um caso exemplar da doutrina esboçada em “Carolene”. Não se podia confiar no processo democrático para reparar violação da Constituição, uma vez que ela também afetava o seu adequado funcionamento. O legislador, cuja

³⁸ Alguns estados federados possuíam “senados” estaduais.

³⁹ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1330.

permanência no cargo dependia da continuidade da má ordenação, não era confiável para repará-la, estando a autoridade judicial em melhores condições para atuar com a necessária imparcialidade.

Tal entendimento é bem explicitado por WARREN em “Kramer v. Union Free School District”, de 1969, outro caso que envolvia o direito ao voto, mas sobre outra perspectiva:

Leis que distribuem o sufrágio constituem a fundação de nossa sociedade representativa. Qualquer discriminação injustificada na determinação de quem pode participar de assuntos políticos ou da seleção de agentes públicos mina a legitimidade do governo representativo. Portanto, se uma lei garante o direito de voto a alguns residentes e cidadãos de certa idade e nega a outros, a Corte deve determinar se a exclusão é necessária para promover um interesse estatal sobrepujante.

A presunção de constitucionalidade e a aprovação concedida a classificações “racionalis” em outros tipos de atos legislativos têm por base a suposição de que as instituições governamentais estão estruturadas de forma a representar equitativamente todo o povo. Todavia, quando a objeção à lei é de fato objeção dessa suposição básica, a suposição não pode mais servir como base para a presunção da constitucionalidade. E a suposição não é menos questionável pelo fato de a legislatura que decide quem deve participar dos vários níveis de escolhas políticas ser eleita de forma equitativa.⁴⁰

Os casos que envolveram a reordenação de distritos eleitorais foram tidos pelo próprio Earl Warren como os mais importantes de seu período na Corte⁴¹. Acreditava ele que a falta de reordenação seria responsável pelo predomínio de mentalidade excessivamente conservadora nos órgãos legislativos estaduais, situação que seria alterada com a reordenação. Embora não existam elementos conclusivos quanto a essa possível mudança, estudos revelam que a decisão da Corte foi acatada, pois, já por volta de 1968, trinta e sete estados tinham reordenado seus distritos eleitorais⁴².

1.5.5. Liberdade de expressão e outros direitos preferenciais

⁴⁰ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1326.

⁴¹ SCHWARTZ, Bernard. *A book of legal lists: the best and worst in American law*, p. 62-63.

⁴² LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 1335.

Oliver Wendell Holmes, que serviu na Suprema Corte no período de 1902-1932, foi um de seus juizes mais influentes.

Merecem destaque, em particular, suas teorias acerca da liberdade de expressão. Segundo HOLMES, ela não pode ser restringida nem mesmo quando envolve incitação ou apologia a ações ilegais: há também a necessidade de que discurso da espécie possa efetivamente resultar em ação ilegal. Trata-se do teste denominado “clear and present danger”, formulado inicialmente em “Schenk v. United States”, de 1919:

“A pergunta em cada caso é se as palavras são usadas em circunstâncias tais e se tem certo caráter que criam um perigo claro e imediato de produzir os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É um problema de proximidade e grau.”⁴³

Foi, porém, apenas em seu voto dissidente em “Abrams v. United States”, de 1919, que o teste foi realmente aplicado, tendo HOLMES se posicionado contra a condenação de seis trabalhadores que haviam proposto greve geral para protestar contra a intervenção dos Estados Unidos na Revolução Russa:

A luta pela liberdade de expressão parece-me perfeitamente lógica. Se não se têm dúvidas acerca das próprias premissas ou poder e se deseja de todo coração certo resultado, naturalmente serão expressos os desejos segundo a lei e eliminada toda a oposição. Permitir uma oposição por meio da expressão parece indicar que se acredita que a expressão é impotente, como quando um homem diz que enquadrou o círculo, ou que não importa em absoluto o resultado, ou que se duvida de seu poder ou de suas premissas. Mas quando o homem se convence de que o tempo tem destruído muitas crenças em conflito, poderá chegar a acreditar ainda mais nos fundamentos de sua conduta e que o bem definitivo e desejado é melhor alcançado através de um livre intercâmbio de idéias – que o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento em ser por si só aceito na competição do mercado de idéias e que a verdade é única base sobre a qual seus desejos podem ser seguramente atendidos.⁴⁴

Aliás, Holmes, juntamente com outro grande juiz do período, Louis Brandeis, é conhecido como grande “dissenter”. Com efeito, sua posição acerca da

⁴³ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 616.

⁴⁴ LOCKHART, W. B. et. al. *Idem.*, p. 624.

proteção constitucional à liberdade de expressão era vencida durante seu período na Corte. Somente as cortes futuras, em especial a de Warren, lograram tornar sua posição prevalente.

Duas decisões da Corte de Warren acerca da liberdade de expressão merecem destaque: “New York Times v. Sullivan”, de 1964, e “Brandenburg v. Ohio”, de 1969.

Na primeira, policiais do Estado do Alabama processaram por danos contra a honra o jornal “The New York Times”, por publicar anúncio pago, que solicitava auxílio financeiro para a defesa de Martin Luther King e que continha diversas declarações errôneas quanto à conduta de policiais em relação àquele ativista.

A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. Diz o voto condutor do juiz William BRENNAN:

“... o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais”⁴⁵

No outro caso, “Brandenburg v. Ohio”, de 1969, a Corte reverteu a condenação de líder da Klu Klux Klan, que havia sido processado por defender a alteração da ordem por meio da violência. Aqui foi adotada, mesmo em relação a discurso absolutamente condenável sob o aspecto moral, a doutrina estabelecida por Holmes. A Corte estabeleceu que

“... as garantias constitucionais de liberdade de expressão e imprensa não permitem que um estado proíba ou proscruva a defesa do uso da força ou a violação da lei exceto quando tal defesa é dirigida a incitar ou produzir iminentes ações ilegais e é apta a incitar ou produzir tais ações”⁴⁶.

⁴⁵ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 666.

⁴⁶ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 657.

Os direitos e liberdades fundamentais não podem ser de todo “funcionalizados”, ou seja, subordinados a determinados fins. Não é difícil defender o exercício de direitos fundamentais que contam com amplo apoio popular. Os casos difíceis surgem quando os direitos fundamentais entram em colisão com legítimos interesses comunitários. Nesses casos é que as cortes podem mostrar seu valor, optando fundamentadamente por um ou por outro. Se é certo que os direitos fundamentais não são absolutos, também é correto que não podem ser sacrificados sempre que colidirem com interesses comunitários, senão restaria descaracterizada a idéia central do Estado de Direito, ou seja, o mandamento kantiano de que o indivíduo é um fim em si mesmo⁴⁷, o que gera a obrigação de que seus direitos sejam levados a sério.

Especificamente no que se refere à liberdade de expressão, é necessário preservá-la inclusive quando o discurso é desagradável ou ofensivo à maioria da comunidade. E isso, em primeiro lugar, porque nada tolhe em grau mais significativo o desenvolvimento da personalidade humana do que a imposição do silêncio; em segundo lugar, porque a liberdade de expressão é essencial ao adequado funcionamento da democracia, por permitir amplo debate de idéias.

Pressupostos políticos dessa espécie foram acolhidos pela Suprema Corte, elevando a liberdade de expressão a uma posição preferencial em relação a outros interesses.

Tal posição preferencial foi estendida, com peculiaridades, a outros direitos e liberdades, sempre que estes foram reputados fundamentais. Sob a Corte de Warren, foram considerados fundamentais, entre outros, o direito ao voto, o que levou a decisões como as já mencionadas, e a liberdade de locomoção, esta no caso “Shapiro v. Thompson”⁴⁸, de 1969, que bem ilustra a técnica de decisão adotada pela Corte quando envolvido direito reputado fundamental.

⁴⁷ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 67-69.

⁴⁸ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1369-1373.

Em “Shapiro”, foram invalidadas diversas leis estaduais que negavam prestações estatais de caráter social àqueles que não comprovassem que residiam nas respectivas localidades por pelo menos um ano. Segundo a Corte, a medida restringia a liberdade de locomoção das pessoas pobres e, nessas condições, deveria ser justificada por um interesse público de especial magnitude, não bastando relacioná-la a um objetivo político válido.

O direito à privacidade também foi elevado pela Corte à posição preferencial. No entanto, tal tema merece tópico à parte, pois, ao contrário dos direitos já citados, o direito à privacidade não encontra previsão expressa na Constituição norte-americana.

1.5.6. Direito à privacidade

Conforme visto, o direito à privacidade não encontra previsão expressa na Constituição norte-americana.

Não obstante, em “Roe v. Wade”, de 1973, a Corte Burger reconheceu, com base em tal direito, que a interrupção da gravidez não poderia ser indistintamente criminalizada. Como foi isso possível?

A origem de “Roe” e de várias outras decisões que envolvem o direito à privacidade encontra-se na jurisprudência da Corte Warren.

Essa Corte admitiu a possibilidade de reconhecimento de direitos não-enumerados na Constituição norte-americana, seja com base na Nona Emenda da Constituição⁴⁹, seja com base nas normas do “due process of law” e da “equal protection of law”, ou, ainda, com base em interpretação construtiva de prescrições constitucionais específicas.

Em “Griswold v. Connecticut”⁵⁰, de 1965, ela invalidou lei estadual que

⁴⁹ A Nona Emenda dispõe expressamente: “A enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo.” Tal norma encontra equivalente no artigo 5.º, § 2.º, da Constituição brasileira.

⁵⁰ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 393-402.

proibia a comercialização ou utilização de anticoncepcionais, reconhecendo a existência de um “right of privacy” (direito à privacidade) não previsto expressamente da Carta de Direitos. O juiz William DOUGLAS argumentou que várias normas constitucionais – como a que proíbe invasão de domicílio sem ordem judicial ou a que garante o direito à não-auto-incriminação – criariam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive as relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais. Em suas memoráveis palavras:

Os casos antecedentes [em que a Suprema Corte reconheceu as mencionadas “zonas de privacidade”] sugerem que garantias específicas da Carta de Direitos contêm penumbras, formadas por emanações dessas garantias que lhes conferem vida e substância. Várias garantias criam zonas de privacidade. A liberdade de associação contida na penumbra da Primeira Emenda é uma, como vimos. A Terceira Emenda, em sua proibição contra a obrigatoriedade de aquartelamento de soldados “em qualquer casa” em tempos de paz sem o consentimento do dono, é outra faceta desta privacidade. A Quarta Emenda é outra. A Quinta Emenda, em sua cláusula de não-auto-incriminação, habilita o cidadão a criar zona de privacidade que o governo não pode obrigá-lo a dispensar em seu detrimento. A Nona Emenda prevê: “A enumeração nesta Constituição de certos direitos não deve ser interpretada para denegar ou depreciar outros retidos pelo povo.”⁵¹

No mesmo sentido, encontra-se o voto concorrente do juiz Arthur GOLDBERG:

Minha conclusão de que ela [a Carta de Direitos] abrange o direito à privacidade na relação matrimonial, embora este não seja mencionado explicitamente na Constituição, tem suporte tanto nas numerosas decisões como na linguagem e história da Nona Emenda, as quais revelam que os autores da Constituição acreditavam que existiam direitos fundamentais adicionais, protegidos da violação governamental. A Nona Emenda foi professada para silenciar receios expressos de que uma carta de direitos especialmente enumerados poderia não ser suficientemente ampla para abranger todos os direitos essenciais e de que uma menção específica de certos direitos seria interpretada como uma negação de que outros estariam também protegidos.⁵²

A Corte foi severamente criticada por essa decisão. Mesmo o liberal Hugo BLACK dela dissentiu, unindo-se ao voto dissidente do juiz Stewart, que expressamente declarou que não podia “encontrar nenhum direito geral à privacidade

⁵¹ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 395.

⁵² LOCKHART, W. B. et al. *Idem*. p. 396.

na Carta de Direitos, em qualquer outra parte da Constituição ou em qualquer caso anteriormente decidido pela Corte⁵³.

Hugo BLACK, aliás, era o maior defensor de interpretação literal ou apegada ao texto da Constituição norte-americana. Tal entendimento o elevou à posição de principal defensor da liberdade de expressão, em vista dos termos empregados pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana: “Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press”. Ele defendia uma interpretação absolutista de tal dispositivo, argumentando que a referida liberdade não poderia sofrer qualquer espécie de restrição, mesmo à vista de outras normas constitucionais ou de princípios como o da razoabilidade. Segundo ele, o constituinte já teria realizado toda a ponderação entre os interesses em jogo. A sua interpretação sobre a primeira emenda, conquanto não adotada na íntegra pela Suprema Corte, foi um dos fatores que contribuíram para que a liberdade de expressão fosse guindada a uma posição privilegiada⁵⁴.

Todavia, o entendimento de Black o impedia de unir-se à Corte no reconhecimento de direitos não-enumerados. É interessante notar que o método de interpretação por ele defendido e que lhe servia em suas posições majoritariamente liberais é atualmente defendido pelas correntes conservadoras da Suprema Corte que defendem um apego estrito ao texto constitucional⁵⁵.

O fato é que não é viável a interpretação da Constituição sem o recurso a elementos que se encontram fora do texto, o que autoriza atividade criativa por parte do juiz constitucional. Com efeito, normas de elevada abstração, como a que garante a liberdade de expressão ou o princípio da igualdade, presentes tanto na Constituição norte-americana como na brasileira, não podem ser interpretadas sem o recurso à

⁵³ LOCKHART, W. B. et. al. *Idem*, p. 402.

⁵⁴ Sobre o papel de Black na jurisprudência da Suprema Corte, vide FREYER, Tony. Hugo L. Black and the Warren Court in retrospect. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective.*, p. 86-105.

⁵⁵ Por todos, SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law.*

doutrina política subjacente ao texto constitucional. Para a atribuição de sentido determinado a esses dispositivos é inevitável o recurso a alguma espécie de argumentação moral, como é reconhecido por boa parte da doutrina e da jurisprudência norte-americanas. DWORKIN, entre outros, defende, conforme adiante se verá, a leitura moral (“moral reading”) de tais dispositivos⁵⁶. Obviamente, tal entendimento tem implicações sérias no que se refere ao postulado positivista de separação estrita entre moral e direito. Ademais, propicia questionamentos à legitimidade da atividade judicial, que, pretensamente, deve ser neutra em relação a valores. Tais questões intrincadas, que tocam fundo a teoria do Direito e da natureza da atividade judicial, serão adiante abordadas.

Todavia, as decisões da Corte Warren sobre o direito à privacidade não foram tão criticadas quanto suas decisões em casos criminais, estas, sim, amplamente impopulares, sendo inclusive tema das campanhas presidenciais da época, o que se verá a seguir.

1.5.7. Casos criminais

Yale KAMISAR entende que os casos criminais decididos pela Corte Warren devem ser compreendidos à luz do princípio da igualdade e dos movimentos civis norte-americanos⁵⁷. Segundo ele, a lei criminal dos Estados Unidos era frequentemente utilizada com propósitos discriminatórios, principalmente nos estados do Sul. As decisões da Corte visariam proteger especialmente os direitos dos acusados socialmente vulneráveis.

⁵⁶ “A leitura moral propõe que nós todos – juizes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos essas normas abstratas segundo o entendimento de que elas invocam princípios morais acerca da decência política e justiça.” (DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 2)

⁵⁷ KAMISAR, Yale. The Warren Court and criminal justice. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 116-158.

Exemplo óbvio é “Gideon v. Wainright”⁵⁸, de 1963, que reconheceu aos acusados perante tribunais estaduais o direito a assistência judiciária provida pelo Estado se eles não tivessem condições de contratar um advogado. Tal direito era reconhecido pela Sexta Emenda à Constituição aos acusados perante cortes federais. Questão que se colocava era se tal direito era extensível às cortes estaduais.

É oportuno esclarecer que os direitos previstos nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana destinavam-se originariamente a proteger o cidadão não contra os estados, mas contra possível opressão da então criada União Federal. Alguns juízes, como Hugo Black, defendiam a teoria da incorporação total, segundo a qual a Décima-Quarta Emenda, adotada logo após a Guerra de Secessão e dirigida contra os estados, tinha entre seus propósitos, através de suas normas abstratas da “equal protection of law” e do “due process of law”, tornar oponíveis aos estados os direitos previstos nas dez primeiras emendas. Tal teoria jamais foi acolhida expressamente pela Suprema Corte. Entretanto, a Suprema Corte, notadamente a Corte Warren, passou a realizar uma incorporação seletiva destes direitos, sempre que os reputava fundamentais e, como tais, inerentes ao “due process of law”.

Em “Gideon”, o direito reconhecido pela Sexta Emenda foi reputado pela Corte Warren como essencial para assegurar um julgamento justo e, como tal, também oponível aos estados, sendo, aliás, revertido precedente da própria Suprema Corte (“Bretts v. Brady”, de 1942).

“Mapp v. Ohio”⁵⁹, de 1961, foi outra decisão tomada na esteira desse entendimento, pois estendeu aos estados a “exclusionary rule” (vedação de provas ilícitas em processo) que a Suprema Corte havia imposto às autoridades federais em “Weeks v. United States”, de 1914. Também nesse caso a Corte reverteu precedente (“Wolf v. Colorado”, de 1949). Do voto condutor do juiz CLARK, extrai-se o seguinte trecho, no qual ele faz referência a célebre voto vencido do juiz Brandeis em

⁵⁸ WEINREB, Lloyd L. (Ed.) *Leading constitutional cases on criminal justice*, p. 514-517.

⁵⁹ WEINREB, L. L. (Ed.) *Idem*, p. 321-334.

“Olmstead v. United States”, de 1928:

Há aqueles que dizem, como o juiz Cardoso, que, em virtude de nossa “constitutional exclusionary doctrine”, “os criminosos podem sair livres porque o policial se atrapalhou”. “People v. Defore”, 241 N. Y., at 21, 150 N. E., at 587. Em alguns casos, esse será indubitavelmente o resultado. Mas, como foi dito em “Elkins”, “há outra consideração – o imperativo da integridade da justiça”. 364 U. S., at 222. O criminoso sai livre, se assim deve ser, mas é o Direito que o deixa livre. Nada pode destruir um governo mais rapidamente do que o seu insucesso em observar suas próprias leis, ou pior, sua desconsideração da garantia de sua existência. Como o Sr. Juiz Brandeis, divergindo, disse em “Olmstead v. United States”, 277 U. S. 438, 485 (1928): “Nosso Governo é o mestre poderoso e onipresente. Para o bem ou para o mal, ele ensina todo o povo pelo seu exemplo. (...) Se o Governo se torna infrator da lei, cria ele próprio o desrespeito a ela, incita cada um a tornar-se sua própria lei e, portanto, à anarquia.”⁶⁰

“Mapp” foi severamente criticada sob a alegação de ter favorecido indevidamente os criminosos. Entretanto, nenhuma decisão criminal da Corte Warren foi tão criticada quanto “Miranda v. Arizona”, de 1966.

Em “Miranda”, a decisão da Corte visou garantir o real exercício pelo acusado da proteção contra a auto-incriminação prevista na Quinta Emenda à Constituição, bem como coibir a extração forçada, por meios físicos ou psicológicos, de confissões em casos criminais. Outra preocupação da Corte foi estabelecer regras claras para os interrogatórios policiais, evitando que as cortes inferiores tivessem que examinar as circunstâncias de caso a caso para verificar se as declarações do acusado tinham sido prestadas voluntariamente:

Nós concluímos que, sem salvaguardas próprias, o processo de interrogatório sob custódia de pessoas suspeitas ou acusadas de crime contém pressões coercivas inerentes que operam para minar a vontade individual de resistir e para compeli-lo a falar quando ele não o faria livremente em outras circunstâncias. Para combater essas pressões e para permitir uma oportunidade ampla de exercício do privilégio contra a auto-incriminação, o acusado deve ser adequadamente e efetivamente informado de seus direitos, e o exercício desses direitos deve ser completamente honrado.⁶¹

A preocupação em garantir principalmente o direito dos acusados indigentes, pouco conscientes de seus direitos, relaciona “Miranda” com o princípio da “equal

⁶⁰ WEINREB, Lloyd L. (Ed.) *Leading constitutional cases on criminal justice*, p. 328.

⁶¹ WEINREB, L. L. *Idem*, p. 632.

protection of law”:

O privilégio contra a auto-incriminação assegurado pela Constituição aplica-se a todos os indivíduos. A necessidade de advogado para proteger o privilégio existe para o indigente assim como para o rico.

(...)

A advertência do direito a um advogado seria vazia se não colocada em termos que transmitam ao indigente – a pessoa mais freqüentemente submetida a interrogatórios – a informação de que ele também tem o direito à presença de um advogado.⁶²

Assim, declarações incriminatórias obtidas em interrogatório policial só poderiam ser admitidas como prova se o acusado fosse previamente informado de seu direito de permanecer calado, de que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele, de que teria o direito à presença de um advogado, e de que, se não pudesse pagar o advogado, teria direito a um fornecido pelo Estado.

O que surpreende em “Miranda” é o grau de criatividade da interpretação desenvolvida pela Suprema Corte. Afinal, tendo por base dispositivo que estabelece simplesmente que ninguém poderá ser obrigado a depor contra si mesmo, ela elaborou uma série de regras para garantir o exercício do direito à não-auto-incriminação, assumindo função praticamente legislativa.

Por coincidir com uma época de escalada de crimes, “Miranda” foi uma das menos populares decisões da Corte, servindo de tema para a campanha presidencial de Nixon, que se serviu do *slogan* “lei e ordem” e propôs a revisão das decisões criminais da Corte Warren.

Atualmente, a hostilidade a “Miranda” dissipou-se, não havendo maiores questionamentos acerca da decisão. Aliás, estudo de comitê especial da “American Bar Association” concluiu que a maioria dos envolvidos em casos criminais – juízes, promotores e oficiais da polícia – concordavam que “Miranda” não oferecia dificuldades para a aplicação da lei penal.⁶³

⁶² WEINREB, Lloyd L. (Ed.) *Leading constitutional cases on criminal justice*, p. 535.

⁶³ KAMISAR, Yale. *The Warren Court and criminal justice* In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 129.

Há até mesmo quem, nos dias atuais, critique “Miranda” por não ter ido além, exigindo maiores garantias para os acusados em casos criminais, como a gravação do interrogatório policial⁶⁴.

A posterior aceitação de Miranda contribuiu para que a decisão jamais fosse revertida. Aliás, não foi revertida a maioria das conquistas da Corte de Warren, apesar da ameaça de cortes sucessivamente mais conservadoras. É certo, contudo, que tais cortes não contribuíram para expansão, em larga medida, de tais conquistas.

1.5.8. Considerações finais

A reação à Corte de Warren não tardou.

Sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon, Reagan e Bush) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren.

É interessante, porém, notar que a maioria das decisões da Corte não foi revertida, fazendo ainda parte do Direito norte-americano.

Para tanto, contribuiu a permanência na Corte, mesmo após a retirada de Warren, de vários juízes liberais, bem como a popularidade de algumas de suas decisões e a progressiva dissipação da hostilidade contra outras menos populares.

Assim, apesar das indicações de juízes conservadores, destinadas à reversão da jurisprudência da Corte Warren, as conquistas desta permanecem em vigor. Todavia, tais indicações não propiciaram a extensão de algumas dessas conquistas, nem evolução significativa da linha jurisprudencial daquela corte.

De qualquer forma, está assegurado à Corte Warren, por suas decisões e sua influência na jurisprudência e na doutrina norte-americanas, e mesmo mundial, um lugar no panteão das grandes cortes judiciais.

⁶⁴ KAMISAR, Yale. The Warren Court and criminal justice In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 123.

O seu grande mérito foi ter a ousadia necessária para enfrentar os problemas constitucionais norte-americanos de seu tempo.

É certo que o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático.

A Corte Warren prova, todavia, que algum ativismo judicial pode ser benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento.

É viável a defesa da jurisdição constitucional e de parte de suas decisões com base em argumentos que apelam para o próprio regime democrático.

Earl WARREN se opunha à autocontenção judicial, que, aliás, predominava na Suprema Corte antes de sua nomeação. Quando de entrevista em sua aposentadoria, teve oportunidade de defender expressamente seu posicionamento: “Eu acredito que esta Corte ou qualquer corte deve exercitar as funções do ofício até o limite de suas responsabilidades.” Segundo ele, a autocontenção significava que “por longa data, estávamos [os membros da Suprema Corte] varrendo para debaixo do tapete uma grande parte de problemas básicos para a sociedade norte-americana. Nós falhamos em encará-los, eles se amontoaram sobre nós, e agora estão provocando desacordos e controvérsias de todos os tipos”⁶⁵. A história da Corte Warren mostra que seu chefe se comportou segundo as suas declarações do que reputava apropriado.

O legado não foi esquecido. Nas cortes seguintes, notadamente na Corte Burger, encontram-se decisões que poderiam ter sido proferidas pela Corte Warren, sendo as mais rumorosas as tomadas em relação ao direito à interrupção voluntária da gravidez.

⁶⁵ SCHWARTZ, Bernard. Earl Warren. In: _____ (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*, p. 262.

1.6. A Suprema Corte norte-americana e o aborto

Durante a Corte Burger (1969-1986), a Suprema Corte norte-americana, em “Roe v. Wade”, de 1973, entendeu que o direito à privacidade reconhecido em “Griswold” abrangia a decisão quanto à interrupção da gravidez, e que os estados não poderiam criminalizar indistintamente a prática do aborto. No voto condutor, o juiz Harry BLACKMUN reconheceu a existência de direitos não-enumerados na Constituição, reportando-se à Nona e à Décima-Quarta Emendas, preferindo, entretanto, esta última como sua fonte:

A Constituição não menciona explicitamente qualquer direito à privacidade. Mas a Corte reconheceu que um direito à privacidade pessoal, ou uma garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, pairam abaixo da Constituição. (...) Este direito à privacidade, quer fundado na concepção de liberdade pessoal da Décima-Quarta Emenda, como nós acreditamos, ou na Nona Emenda, é aberto o suficiente para incluir a decisão da mulher de interromper ou não sua gravidez.⁶⁶

Tal direito não era absoluto, podendo ser limitado por objetivos políticos válidos e preponderantes:

Tendo por base elementos como esses, os apelantes e alguns informantes da Corte alegaram que o direito da mulher é absoluto e que ela está autorizada a interromper sua gravidez em qualquer tempo, por qualquer meio ou por qualquer razão que ela sozinha escolha. Com isso nós não concordamos. As decisões das cortes que reconheceram o direito à privacidade também estabeleceram que era apropriada alguma regulação estatal em áreas protegidas por esse direito. Algum estado pode, de forma apropriada, reivindicar interesses importantes em resguardar a saúde, em manter procedimentos médicos padrões, e em proteger a vida em potencial. Em algum ponto da gravidez, esses interesses tornam-se preponderantes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão acerca do aborto.⁶⁷

Fixados os interesses que poderiam sustentar leis restritivas ao aborto, BLACKMUN recorre a diversos dados empíricos para demonstrar quando eles se tornavam preponderantes em relação ao direito à privacidade.

⁶⁶ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 410.

⁶⁷ LOCKHART, W. B. et al., p. 410.

O interesse estatal pela proteção da saúde da mulher tornava-se preponderante apenas ao final do terceiro trimestre de gravidez. Antes deste período, as estatísticas demonstravam que a mortalidade presente na prática abortiva era inferior à mortalidade decorrente de partos normais. Portanto, só a partir do primeiro trimestre o Estado poderia estabelecer exigências médicas especiais para a prática do aborto, mas apenas com o fim de proteção à saúde da mulher, exigindo, por exemplo, qualificações especiais para o profissional responsável pela operação médica.

No que se refere ao interesse pela proteção à vida em potencial, o “compelling point” ocorreria somente a partir de sua “viabilidade”, ou seja, após vinte e oito semanas, quando a vida do feto fora do útero torna-se viável. A partir deste ponto, seria lícita, inclusive, a proibição total da prática do aborto, salvo quando ele fosse necessário para preservar a vida e a saúde da mãe.

A decisão foi severamente criticada. Cartas de protesto foram enviadas à Suprema Corte em quantidade sem precedente, não devendo também ser olvidados os piquetes de grupos norte-americanos “pro life”⁶⁸.

As críticas acadêmicas não foram menores, iniciando-se pelo voto vencido do juiz Rehnquist, que sucedeu Warren Burger na Presidência da Corte. Nesse voto, ele invoca o fantasma de “Lochner” e o mau uso da cláusula do devido processo legal.

A crítica principal reporta-se à falta de qualquer menção, na Constituição norte-americana, a um direito à interrupção voluntária da gravidez. Em última análise, trata-se de crítica à possibilidade, admitida em “Griswold”, do reconhecimento de direitos não-enumerados. Repetindo-se a crítica do juiz Antonin SCALIA, atual componente da Suprema Corte, “uma vez que nós nos afastemos do texto da Constituição, onde nós ... iremos parar?”⁶⁹

Apesar dessas críticas, o fato é que a própria Constituição norte-americana, em sua Nona Emenda, que tem equivalente no § 2.º do artigo 5.º da Constituição

⁶⁸ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 337.

⁶⁹ SCHWARTZ, B. *Idem*, p. 357.

brasileira, autoriza, segundo argumentação adotada em “Griswold”, o reconhecimento de direitos não-enumerados.

“Roe” tem também os seus defensores.

DWORKIN, entre outros, tece interessante argumentação a favor da decisão⁷⁰. Seus principais argumentos são:

a) na tradição constitucional e legislativa norte-americana, o feto não seria considerado pessoa, o que seria ilustrado pelo fato de que nem mesmo as leis anti-aborto penalizariam os seus autores tão duramente quanto se penaliza aos homicidas;

b) o direito à privacidade abrangeria decisões cruciais a respeito da condução da vida, como as relativas a casamento e procriação, que devem ser tomadas pelos próprios indivíduos, e não pela maioria política;

c) o papel dos juízes é identificar princípios latentes na Constituição e em precedentes constitucionais, aplicando-os em novas áreas, de forma a tornar o Direito mais coerente.

Contudo, DWORKIN critica a Corte, por ela deixar de fornecer explicação mais coerente sobre o que constituiria o “interesse estatal na proteção do feto” que poderia justificar a proibição do aborto após vinte e oito semanas de gestação. Segundo o referido autor, embora o feto não possa, segundo a Constituição, ser considerado pessoa, ele constituiria uma entidade de significado moral e emocional na comunidade. O Estado poderia temer o impacto da realização desmesurada de abortos no respeito dos cidadãos à vida humana. Uma comunidade na qual o aborto se tornasse comum e uma questão indiferente seria uma comunidade mais insensível e, possivelmente, mais perigosa. Entendendo-se dessa forma a questão, estaria inclusive justificada a proteção crescente ao feto conforme a progressão da gravidez, pois o respeito da comunidade pela vida seria menos afetado por abortos no início da gravidez do que no seu final.

Apesar das críticas ao julgado e mesmo pressionada com a sucessiva

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, p. 44-59.

indicação de juizes mais conservadores, a Suprema Corte não revisou o princípio estabelecido em “Roe”, embora tenha tomado decisões que, de certa forma, limitaram o alcance do direito ali reconhecido⁷¹.

Não é objetivo deste trabalho crítica aprofundada sobre a decisão, embora diga-se em seu favor que ela, de certa forma, representa uma solução intermediária para a questão do aborto, satisfazendo em parte as duas correntes absolutamente opostas sobre o tema, o que não deixa de ser razoável em vista de um improvável consenso sobre ele ⁷².

Tal decisão, talvez mais que qualquer outra, ilustra o papel ativo da Suprema Corte. Esta, mesmo diante de tema absolutamente controvertido, tomou para si a responsabilidade, para o bem ou para o mal, de decidir a questão.

⁷¹ Em “Maher v. Roe”, 1977, decidiu-se que o Estado poderia providenciar assistência médica para o custeio de partos ou de abortos necessários por motivos médicos e negar-se a custear abortos voluntários. Em “Webster v. Missouri Reproduction Services”, de 1989, reputou-se constitucional lei estadual que proibia a prática do aborto em instituições públicas.

⁷² Em sentido semelhante, RAWLS defende que o equilíbrio razoável entre os valores políticos mais importantes envolvidos na questão do aborto, o devido respeito pela vida humana, a reprodução ordenada da sociedade política ao longo do tempo e a igualdade das mulheres enquanto cidadãs iguais, confere à mulher o direito de decidir se deve ou não interromper a gravidez durante o primeiro trimestre, sem prejuízo de direito similar em período posterior em certas circunstâncias (RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed., p. 294, nota 32). Retomando a terminologia de RAWLS, em um mundo onde coexistem diversas doutrinas razoáveis abrangentes, na discussão de questões públicas não se pode apelar para convicções religiosas ou filosóficas abrangentes, sendo necessário o recurso a razões que possam ser compartilhadas, o que pode envolver o equilíbrio razoável entre os valores políticos envolvidos.

2. A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Também não é objetivo deste trabalho ampla exposição da história da jurisdição constitucional brasileira. Objetivo da espécie demandaria trabalho exaustivo e à parte. Aliás, a bibliografia carece de história completa e minuciosa do Supremo Tribunal Federal (STF), o que dificulta a avaliação de sua produção⁷³.

De qualquer modo, para o fim deste trabalho, basta abordar, como se fez em relação à Suprema Corte norte-americana, apenas momentos marcantes da experiência brasileira. Assim, foram destacados três temas: a) as questões políticas na jurisprudência do STF; b) a doutrina brasileira do “habeas corpus”; e c) a jurisprudência do STF atual em relação ao mandado de injunção.

2.2. QUESTÕES POLÍTICAS

2.2.1. Considerações iniciais

A não-judiciabilidade das questões políticas é tema recorrente na jurisdição constitucional, inclusive brasileira.

⁷³ No entendimento do autor deste trabalho, as obras mais completas sobre o tema são de autoria de Leda Boechat Rodrigues. Todavia, elas abrangem a história da Corte apenas até 1963. Sobre a Corte pós-1988, vide VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed., e LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de casos: abordagem interdisciplinar*.

Apesar de existir algum consenso quanto a algumas matérias que se enquadrariam como tais (por exemplo, as relativas às relações internacionais ou à declaração de guerra), não se trata de questão resolvida, carecendo a expressão de maior precisão.

Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, questões que eram consideradas políticas e, portanto, não juridicamente controláveis, passaram a ser consideradas controláveis. Exemplo já citado é a má distribuição de distritos eleitorais, cuja judiciabilidade foi negada em “*Colegrove v. Green*”, de 1949, e afirmada em “*Baker v. Carr*”, de 1962. Segundo essa última decisão, são consideradas questões políticas aquelas cuja resolução é delegada constitucionalmente a outro ramo do governo ou para quais faltam parâmetros judiciais de controle.

BICKEL considera a doutrina das questões políticas como uma das “virtudes passivas” dos Tribunais Constitucionais, as quais, juntamente com outros instrumentos, permitiriam aos juízes definir se, quando e como deveriam decidir casos constitucionais. Existiriam funções governamentais que não seriam reguladas por princípios ou que seriam melhor decididas sem a sua submissão a princípios, o que recomendaria o afastamento das cortes, pouco flexíveis a soluções de compromisso. A doutrina das questões políticas seria fundada: a) na impossibilidade da resolução do caso como uma questão de princípio; b) na grandeza do caso, o que tende a dificultar o julgamento, em vista de argumentos consequencialistas; c) no receio de que a decisão judicial não seria cumprida; d) na vulnerabilidade ou na autodesconfiança de instituição eleitoralmente irresponsável.⁷⁴

No contexto brasileiro, sobressai a esse respeito a opinião de Rui BARBOSA:

Certo, dos casos “meramente” políticos não julgam os tribunais. Mas o caso cessa de ser “meramente político” desde que nele se envolvam direitos legais de uma pessoa, de caráter privado ou público, judicialmente articulado contra a outra. Porque “meramente”

⁷⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed., p. 184.

político é o caso em que um dos poderes do Estado exerce uma função de todo o ponto discricionária; e não se pode ter como discricionária uma função que encontra limites expressos num direito legalmente definido.⁷⁵

E ainda:

“Não há nada, realmente, mais artificial”, diz um respeitável autor moderno, “do que a distinção entre questões políticas e jurídicas. Questões políticas há (acabamos de o ver, falando na interpretação dos tratados) que são questões jurídicas.” Político fora da presença da justiça, um litígio pode assumir o caráter de judiciário, assumindo a forma regular de uma ação.

O efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão “em transformar”, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão “política” em questão “judicial”.

Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais. Quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com interesses políticos da mais elevada monta.

(...)

Cem vezes já se tem dito que “casos políticos”, no sentido em que se utiliza esta qualificação, para excluir a ingerência da justiça, vêm a ser os que o são “exclusivamente”, e têm o caráter de absolutamente discricionários.⁷⁶

Entendida a doutrina dessa forma, a sua utilidade fica reduzida, o que não é necessariamente negativo, pois os casos em que questões políticas fossem ventiladas se confundiriam, na prática, com aqueles em que o juiz constitucional rejeitasse a argüição de inconstitucionalidade pela falta de demonstração da inconstitucionalidade.

Voltar-se-á adiante ao tema. Importa agora examinar a jurisprudência do STF sobre o tema, destacando, para esse fim: a) os julgados acerca da controlabilidade da decretação do estado de sítio ou dos atos praticados durante a sua vigência; b) o Mandado de Segurança n.º 3.557/DF, impetrado por Café Filho, impedido de reassumir suas atribuições de Presidente da República; c) a jurisprudência da Corte, após 1988, acerca da judiciabilidade dos requisitos para a edição das medidas provisórias.

⁷⁵ Apud LACERDA, Virgínia Cortes de. (Org.) *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*, 530-531.

⁷⁶ Apud LACERDA, V. C. de. (Org.) *Idem*, p. 570-571

2.2.2. Estado de sítio

Na República Velha, foram frequentes os períodos de anormalidade institucional, com sucessivas decretações de estados de sítio ou intervenções federais nos estados⁷⁷.

O STF, em várias ocasiões, teve oportunidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade de tais medidas de exceção.

A primeira delas data de 1892, no “Habeas Corpus” n.º 300. O então Vice-Presidente Floriano Peixoto, após agitações populares, decretou estado de sítio, determinando a realização, antes e depois do decreto, de numerosas prisões, tendo figurado entre os detidos marechais, gerais e parlamentares.

Rui Barbosa impetrou no STF “habeas corpus” em benefício do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros. Entre as teses ventiladas na inicial, encontrava-se a de que a decretação do estado de sítio não teria observado as “condições essenciais de constitucionalidade”.

Segundo RODRIGUES e COSTA⁷⁸, o julgamento suscitou grande ansiedade. O Supremo corria o risco de ver sua decisão desobedecida caso a decisão fosse favorável aos pacientes. Foi em relação a esse julgamento que Floriano teria dito: “Se os juízes do Tribunal concederem ‘habeas corpus’ aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o ‘habeas corpus’ de que, por sua vez, necessitarão.”

O Supremo denegou a ordem, sob o fundamento, em síntese, de que, segundo o artigo 80, § 3.º, e o artigo 34, n.º 21, da Constituição de 1891, competiria privativamente ao Congresso Nacional aprovar ou reprovar o estado de sítio, assim

⁷⁷ Segundo COMPARATO, “os primeiros governos presidenciais não passaram de ditaduras militares. sob a justificativa teórica da ideologia positivista” (COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos direitos humanos. In: *Boletim dos Procuradores da República*. Associação Nacional dos Procuradores da República e Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo Silva, ano IV, n. 40, ago. 2001, p. 6.)

⁷⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed., 1991. v. 1, p. 15-28, e COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, p. 22-24.

como as medidas excepcionais nele tomadas, não podendo o Judiciário envolver-se em tais questões políticas, ainda que estivessem envolvidos direitos individuais, “visto ser impossível isolar esses direitos da questão política”.

Entendeu também o Supremo que a cessação do estado de sítio não importava automaticamente na cessação das medidas adotadas durante ele.

Destaca-se no julgado o voto vencido do Ministro Pisa e Almeida, que, discordando deste último ponto, defendeu o entendimento de que, cessado o estado de sítio, cessavam as medidas de caráter excepcional, motivo pelo qual concedia o “habeas corpus”. Destaca-se de seu voto:

Durante o estado de sítio, tem o Governo a faculdade de efetuar as prisões que a segurança do Estado exigir. Mas se, levantado o estado de sítio, os cidadãos continuam presos ou desterrados, sem serem sujeitos a processo, havendo assim para eles uma suspensão de garantias por tempo indeterminado, contra a expressa disposição do artigo 80 da Constituição, a lei os provê de remédio para resguardarem-se de semelhante violência, e esse remédio é o “habeas corpus”.⁷⁹

O voto vencido prenunciava a mudança de posição que o Supremo iria adotar em 1898, o que foi propiciado por eventos do ano anterior.

No final de 1897, quando tropas federais retornavam da campanha em Canudos, o Presidente Prudente de Moraes foi alvo de atentado em que acabou falecendo o Ministro da Guerra. Seguiu-se ao incidente a decretação de estado de sítio, com a prisão de várias pessoas, entre elas parlamentares.

Um primeiro “habeas corpus”, de n.º 1.036, foi negado em 13/11/97.

Um segundo, de n.º 1.063, impetrado por Rui Barbosa em benefício do Senador João Cordeiro e outros, teve a mesma sorte, sendo julgado em 26/03/1898, com quatro votos vencidos. Os fundamentos são os mesmos invocados no “habeas corpus” n.º 300.

Novo “habeas corpus”, de n.º 1.073, foi impetrado em seguida, sendo julgado em 16/04/1898. Desta feita, oito ministros se pronunciaram pela soltura dos pacientes,

⁷⁹ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

tendo o Ministro Bernardino Ferreira modificado o voto que havia proferido no “habeas corpus” anterior.

Embora não conste na opinião majoritária pronunciamento sobre a própria constitucionalidade do estado de sítio, o Supremo adotou o já referido entendimento do Ministro Pisa e Almeida, segundo o qual “com a cessação do estado de sítio cessam todas as medidas de repressão durante eles tomadas pelo Poder Executivo”:

Considerando mais que a esta interpretação do ponto constitucional não obsta a atribuição privativamente conferida ao Congresso Nacional, no artigo 34, n.º 21, da Constituição, para aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, na ausência dele, e, no artigo 80, § 3.º, para conhecer das medidas de exceção que houverem sido tomadas e que o Presidente da República lhe relatará, pois tal atribuição, para o único efeito de decretar-se, ou não, a responsabilidade dos agentes do Poder Executivo (lei de 8 de janeiro de 1892, artigo 33), não exclui a competência do Judiciário senão para esse julgamento político, que não para o diverso efeito de amparar e restabelecer os direitos individuais que tais medidas hajam violado, quando delas venha regularmente a conhecer por via de pedido de “habeas corpus”.

Considerando que a ação judiciária, suspensa durante o estado de sítio para o “habeas corpus”, em relação aos atingidos pelos efeitos do mesmo sítio, como suspensas estão, ou podem estar, todas as garantias individuais, com elas se restabelece e revigora pela cessação daquele estado excepcional e transitório (...) ⁸⁰

O acórdão também teve por fundamento o relevante entendimento de que as imunidades parlamentares não se suspendiam durante o estado de sítio.

O voto do Ministro Macedo Soares foi além, admitindo o controle pelo Judiciário dos pressupostos da decretação do estado de sítio. Procurou também justificar a alteração do entendimento do Supremo em tão pequeno lapso de tempo.

No entender de RODRIGUES, uma das razões para tal mudança teria sido a soltura de dois dos pacientes do “habeas corpus” anterior, mesmo após a denegação deste; outra das razões teria sido artigo publicado, logo após o julgamento do “Habeas Corpus” n.º 1.063, no jornal governista “O Debate”, segundo o qual o Presidente teria cumprido a decisão se ela tivesse sido favorável aos pacientes.

Em que pese esse último fato, o posicionamento da Corte foi severamente criticado pelo Governo, tendo o Presidente, inclusive, em 03/05/1898, enviado ao

⁸⁰ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

Congresso Nacional mensagem segundo a qual a decisão teria abalado “a harmonia indispensável entre os Poderes”. Foi também apresentado projeto para a criação de cinco cargos de juizes substitutos no Supremo, em nítida tentativa de interferência, tendo ele sido rejeitado.

De qualquer modo, o acórdão contou também com defensores, entre eles Rui Barbosa, que, embora não fosse o impetrante do último “habeas corpus”, considerava a decisão nele tomada como o “fruto de seis anos de campanha liberal”.

A possibilidade do controle judicial da decretação do estado de sítio voltou a ser debatida outras vezes durante a República Velha, rejeitando o Supremo, em todas as ocasiões, a tese de que teria competência para tanto.

Em um desses casos, foi impetrado “habeas corpus”, que recebeu o n.º 3.527, em benefício do diretor do Jornal “O Imparcial”, José Eduardo de Macedo Soares, que havia sido preso durante estado de sítio decretado em 1922 pelo Presidente Epitácio Pessoa.

Mais uma vez, a opinião majoritária, com base nos mesmos fundamentos invocados nas ocasiões anteriores, denegou o “habeas corpus”, sob o fundamento de que a inconstitucionalidade da decretação do estado de sítio seria matéria estranha ao Judiciário.

Destaca-se no julgado o voto vencido do Ministro Pedro LESSA, que admitia a judiciabilidade da questão. O prestígio do referido juiz e a importância de sua opinião justificam a transcrição de trecho relativamente longo de seu voto:

Essa atribuição do Supremo Tribunal Federal [de controlar a constitucionalidade] abrange todas as leis elaboradas pelo poder legislativo e todos os atos e decisões do poder executivo. Na Constituição, nenhuma exceção, nenhuma restrição se nos depara a esse princípio de direito público federal. Nunca se entendeu que esse princípio seja contrário à independência dos outros dois poderes. Estes podem fazer tudo, menos o legislativo leis inconstitucionais, e o executivo decretar medidas inconstitucionais, ou ilegais. Este é que é o nosso sistema, tal como foi engendrado na América do Norte, e transplantado para o Brasil e outros países. Quando se trata de um decreto do executivo, como é a presente hipótese, há algum motivo de ordem constitucional que obste a que o STF exerça essa função máxima? O fato de nesse decreto se declarar em estado de sítio uma parte do território nacional, ou todo este, impede que o Tribunal exercite a sua faculdade constitucional, que é também uma obrigação, imposta pela lei fundamental, de julgar inconstitucional o ato do executivo, e garantir os direitos individuais ofendidos por esse

ato? Absolutamente não. Na Constituição nenhuma norma se lê que restrinja a competência do Tribunal nesta espécie.

Da atribuição do Congresso de aprovar ou suspender o sítio declarado pelo executivo (artigo 34, n.º 21, da Constituição), não se pode inferir ou deduzir que nesta hipótese seja vedado ao Tribunal declarar inconstitucional o ato do executivo. Mesmo depois de aprovado o sítio pelo Congresso, nada pode embaraçar uma decisão em que o Tribunal garanta direitos individuais, lesados pelo ato do executivo, aprovados pelo legislativo. Como, pois, se há de abster o Tribunal de amparar direitos individuais, feridos pelo decreto do sítio, porque este ainda não foi examinado pelo Congresso?⁸¹

O Ministro, em seguida – invocando como precedente em favor do controle judicial de medidas de exceção o caso “Ex Parte Milligan”, decidido em 1866 pela Suprema Corte norte-americana e no qual, logo após a Guerra de Secessão, ela reputou inválida a suspensão do “habeas corpus” ou a submissão de civil a tribunais militares em estados que não teriam se rebelado contra a União – , tece interessante comparação entre as instituições pátrias e as norte-americanas:

Já se observou que o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Milligan, em vez de ser adotado como um modelo, deve ser antes repellido pelas perigosas conseqüências que pode produzir. Só o executivo, pela sua especial posição, está em condições de bem conhecer os segredos de um dado momento político, só ele pode estar de tal modo informado de certos fatos de natureza criminosa, ou de ordem internacional, que sempre lhe seja dado decretar o sítio oportuna e eficazmente, no instante precisamente conveniente. Muitas vezes o poder judiciário não possui, nem deve possuir, os indispensáveis esclarecimentos para saber qual o momento exatamente apropriado para a aplicação de tão heróico remédio. Tolerar que o poder judiciário garanta a liberdade num estado de sítio inconstitucionalmente decretado (e a isto se reduz toda a ação do poder judiciário no caso figurado) é tolher a atividade própria de governo, ou, como já se disse, instituir a ditadura judiciária.

Essa observação revela simultaneamente duas grandes verdades: o abismo que nos separa da grande república norte-americana em matéria de idéias e de costumes políticos, e na aplicação das instituições por nós apenas macaqueadas, e a grande miséria moral deste ambiente, incompatível com tão aperfeiçoado e nobre aparelho constitucional. Nos Estados Unidos, uma só vez foi autorizado o sítio pelo Congresso num longo período de muito mais de um século. Lá, apesar de ser tremenda a conjuntura, não consta que o executivo tenha sido fértil em abuso.⁸²

E, com misto de ironia e indignação, acrescenta:

No país onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte

⁸¹ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

⁸² <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

Suprema é que esta mais deve ceder e abdicar suas atribuições em favor dos abusos do poder executivo!... Onde mais indispensável é o remédio, mais se deve respeitar a propinação do veneno! Em tudo isso só há um perigo imaginário, e é o do poder judiciário embarçar o executivo nos momentos em que este precise seriamente suspender as garantias constitucionais, por estarmos ameaçados de uma guerra internacional ou de uma grave comoção intestina. Este perigo nunca se realizou. Não consta absolutamente que nos países sujeitos ao direito público federal se tenha alguma vez prejudicado a defesa da sociedade, das instituições, ou da ordem pública, pelo fato de haver a Suprema Corte amparado com seus arestos a liberdade individual. O que sabemos perfeitamente, por experiência própria e pelo que das repúblicas da América Latina referem os seus escritos, é que os abusos perpetrados pelo executivo à sombra do sítio são grandes e muitos.⁸³

Todavia, a eloquência não foi suficiente para o convencimento de seus pares ou para a modificação da jurisprudência do Supremo, permanecendo o decreto do estado de sítio imune ao controle jurisdicional, como típica questão política. Em todos esses casos, o argumento central foi que a Constituição atribui ao Congresso Nacional, em caráter privativo, a competência para aprová-lo ou desaprová-lo.

2.2.3. O Mandado de Segurança n.º 3.557

Em outro caso rumoroso, o STF teve oportunidade de discutir amplamente a doutrina das questões políticas.

João Café Filho, tendo-se afastado, alegadamente por motivo de saúde, da Presidência da República, foi impedido de reassumir o cargo por ato do Congresso Nacional e pela oposição do Exército, liderado pelo então Ministro da Guerra, General Lott. O impedimento decorreu de alegado envolvimento de Café Filho em movimento golpista que pretendia evitar a posse do presidente recém-eleito, Juscelino Kubitschek⁸⁴. O Congresso também decretou estado de sítio, com a suspensão das garantias constitucionais do “habeas corpus” e do mandado de segurança.

Café Filho impetrou o Mandado de Segurança de n.º 3.557, visando a ordem que lhe assegurasse o exercício de suas funções na Presidência da República.

⁸³ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

⁸⁴ Para um relato minucioso dos fatos históricos, vide BOJUNGA, Claudio. *JK: O artista do impossível*, p. 301-322.

O STF, por maioria, suspendeu o julgamento até que fosse suspenso o estado de sítio, o que adiou o julgamento para 1956, ano seguinte ao da propositura do mandado de segurança, tendo a ação perdido o seu objeto pela posse de Juscelino Kubitschek.

Destacam-se os posicionamentos dos Ministros que reconheciam a irregularidade da deposição de Café Filho, mas que, qualificando-a como situação de fato gerada por insurreição armada, negavam possibilidade de seu controle por parte do Judiciário.

Destaca-se do voto do Ministro Nelson HUNGRIA:

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Senhor Café Filho de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos “tanks” e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas, como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais especioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida *de jure* por esta Corte.

(...)

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição.⁸⁵

E do voto do Ministro Mário GUIMARÃES se destaca:

Qual a atitude da Magistratura em face dos governos de fato?

De absoluto respeito. De acatamento às suas deliberações. A Magistratura, no Brasil ou alhures, não entra na apreciação da origem do Governo. Do contrário, teríamos o Poder Judiciário a ordenar a contra-revolução, o que jamais se viu em qualquer país do mundo. Ainda agora, advogados competentíssimos, de um e de outro lado, entraram a esmiuçar o que seja questão política e nenhum pode apresentar, como exemplo, qualquer decisão judiciária pela qual os tribunais ordenassem, a um Chefe de Nação, entregasse o poder a seu rival vencido. Citaram-se arestos concernentes a governos locais, mas não se consideram, nesses casos, revoluções vitoriosas, porque acima do poder dos revolucionários subsiste o Governo Central. Quando, em 1930, as forças do Sr. Getúlio Vargas venceram o Sr. Washington Luís, ninguém se lembrou de recorrer ao Judiciário a fim de que fossem restituídos os 15 dias que faltavam para o término do quadriênio. E quem se lembraria de, por intermédio da Justiça, tomar contas ao glorioso Marechal

⁸⁵ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

Deodoro quando, em 1889, derrubou de seu trono o venerando D. Pedro II, imperador vitalício do Brasil? O próprio Governo do Marechal Floriano, o ínclito Marechal de Ferro, não resistiria a uma análise constitucional, pois que a Carta de 91 prescrevia novas eleições quando a vaga de Presidente ocorresse no primeiro biênio. E, se mergulharmos mais para o passado, veremos que até o reinado de D. Pedro II se instalou com infringência da Constituição do Império, que estatuiu a maioria aos 18 anos.⁸⁶

Esses entendimentos não são de todo equivocados.

Não pode o Judiciário, a pretexto de exercer o controle judicial de constitucionalidade, opor-se a decisões políticas fundamentais tomadas pelo povo, as quais têm força inclusive para instituir nova ordem jurídica ou modificar a existente, ainda que não se revistam de regularidade formal⁸⁷.

Não poderia, por exemplo, o Judiciário insurgir-se contra a Constituição de 1988, sob o fundamento de que a emenda constitucional que instituiu a Assembléia Constituinte representaria burla do sistema de reforma previsto Constituição de 1967. A Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma decisão política fundamental, decorrente da renovação democrática e de mobilização da cidadania, especialmente evidenciada no movimento denominado “Diretas Já”, não sendo possíveis questionamentos com base em eventual irregularidade formal em relação à ordem jurídica anterior.

Não obstante, há grande diferença entre uma decisão política fundamental, cuja identificação é problemática, e um golpe institucional, como o que ocorreu em 1955, qualquer que seja o seu mérito, o que está a cargo do julgamento da história.

Razões estratégicas, como as relativas à possibilidade de descumprimento de decisão judicial, não podem e não devem ser ignoradas pelos juízes. Entretanto, mesmo um agir estratégico pode recomendar à jurisdição constitucional um apego a suas funções de defesa da Constituição, o que pode mostrar-se valioso a longo prazo, ainda que com o risco de eventual desprestígio momentâneo, pela falta de

⁸⁶ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

⁸⁷ Sobre o tema ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*.

cumprimento da decisão judicial⁸⁸.

Cumprir admitir que o caso em análise era difícil, sendo igualmente difícil avaliar o mérito do julgado. Recomendava cautela a situação política delicada, com o risco de reposição de possível golpista na Presidência da República.

Discorda-se, de qualquer modo, dos fundamentos da decisão, especialmente do contido no voto dos Ministros Nelson Hungria e Mário Guimarães.

Da forma como julgado, o Mandado de Segurança n.º 3.557 estabeleceu precedente perigoso, constituindo indicativo de que o Supremo não se oporia a golpes institucionais, o que pode ter contribuído para o ocaso democrático de 1964.

Apesar dessa crítica, o episódio ilustra outro componente da doutrina das questões políticas: a necessidade de o juiz constitucional considerar o risco de sua decisão ser descumprida pelos demais poderes públicos.

2.2.4. Medidas provisórias

A Constituição Federal de 1988 pretendeu interromper a tradição brasileira de atribuir ao chefe do Poder Executivo largo poder normativo, o que foi exacerbado no período militar através da figura do decreto-lei. Para isso, estabeleceu que a competência normativa do Executivo se limitaria, nos termos de seu artigo 62, à edição, nos casos de relevância e urgência, de medidas provisórias sujeitas a controle parlamentar⁸⁹.

Esse sistema se mostra adequado no plano abstrato, apesar de algumas críticas pontuais em relação à competência então atribuída ao Executivo, a principal

⁸⁸ Relembre-se a célebre advertência de Rui Barbosa: “A autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior quanto mais atrevida fora a insolência oficial que lhes desobedeceu, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela.” (Apud RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed., 1991. v. 1, epígrafe do livro).

⁸⁹ Para aprofundada exposição sobre a matéria, vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed.

delas talvez relacionada à possível inadequação das medidas provisórias em regimes presidencialistas, sendo de se observar que foi tomada por modelo a Itália, onde é adotado o parlamentarismo. De fato, diante da atual gama de atribuições do Estado, é oportuna a concessão de algum poder de cunho normativo ao Executivo, normalmente mais ágil que o Legislativo. Como a atribuição de tal competência é feita em caráter excepcional e está sujeita a controle parlamentar, não há esvaziamento do poder do órgão legislativo, o que seria danoso para a democracia, visto que é ele o mais representativo da sociedade.

Na prática, porém, assistiu-se ao exercício desmesurado da nova competência.

Segundo dados oficiais⁹⁰, desde a promulgação da Constituição até setembro de 2001 o Executivo teria editado 619 medidas provisórias originárias, o que descaracteriza o seu desejado caráter excepcional.

Ademais – o que é pior –, burlando-se o período de eficácia previsto na Constituição, que era originariamente de 30 dias, o Executivo passou a reeditar medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional. O total de reedições, no período acima mencionado, foi de 5.491, sendo que várias delas foram reeditadas mais de uma dezena de vezes⁹¹.

As críticas ao uso desmesurado de tal instrumento são inúmeras, chamando a atenção inclusive de constitucionalistas estrangeiros⁹². Restou frustrado o intento da

⁹⁰ Dados extraídos de <http://www.planalto.gov.br>.

⁹¹ Como a Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24/08/2001, que, inclusive, veicula normas processuais casuísticas favoráveis ao poder público.

⁹² MÜLLER faz interessante comparação entre as medidas provisórias e os decretos emergenciais da República de Weimar, que foram utilizados inclusive pelo regime nazista para a subversão da ordem constitucional (MÜLLER, Friedrich. *As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 337-355). ACKERMAN, além de reiterar a crítica óbvia de que o provisório não poderia tornar-se permanente, vê certa “fraqueza” dos tribunais brasileiros no tratamento do tema (ACKERMAN, Bruce. *O novo constitucionalismo mundial*. In: CAMARGO, Margarida Maria (Org.) *1988-1998: uma década de Constituição*, p. 30-31). Registre-se ainda que, na Itália, a Corte Constitucional tem exercido um controle mais estreito sobre o equivalente “decreto-legge”, admitindo, por exemplo, a reedição somente fundada em motivos

Constituição de 1988 de reduzir a força do presidencialismo, pois o Executivo tornou-se senhor não só da agenda legislativa, mas também do próprio poder normativo originário, que deveria exercer em caráter apenas excepcional.

O Executivo nada mais fez do que confirmar a célebre advertência de MONTESQUIEU de que “... a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”⁹³. Ele, contudo, não poderia agir assim se não contasse com a aquiescência dos demais poderes públicos.

O STF teve oportunidade para frear o abuso, tendo-se pronunciado sobre a validade da reedição de medidas provisórias, bem como sobre a possibilidade de controle da presença de seus requisitos de edição.

No que se refere ao primeiro aspecto, o STF, na ADInMC n.º 293-7⁹⁴, reputou inválida apenas a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional. Em outros julgados (ADInMC n.º 295-3/DF⁹⁵ e ADInMC n.º 1.516-8/DF⁹⁶), ele admitiu a validade da reedição de medidas provisórias não rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional.

Quanto ao tema ora em discussão, ou seja, questões políticas na jurisprudência do STF, interessa o entendimento desse órgão em relação à sindicabilidade dos requisitos necessários para edição de medida provisória, isto é, urgência e relevância.

Na ADIn n.º 162-0/DF⁹⁷, julgada em 14/12/89, o Supremo fixou as bases para o controle judicial de tais requisitos.

Examinando a Medida Provisória n.º 111/89, que instituiu nova modalidade

novos e autônomos dos que levaram à edição do anterior (cf. CLÈVE. Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed., p. 123-124).

⁹³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Livro XI, p. 156.

⁹⁴ ADInMC n.º 293-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, un., DJU de 16/04/93.

⁹⁵ ADInMC n.º 295-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, por maioria, DJU de 22/08/97.

⁹⁶ ADInMC n.º 1.516-8/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, por maioria, DJU de 13/08/99.

⁹⁷ ADInMC n.º 162-0/DF, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, DJU de 19/09/97.

de prisão cautelar na ordem jurídica brasileira (prisão provisória), o Supremo, no voto condutor do Ministro Moreira ALVES, admitiu, animadoramente, a sindicabilidade, embora em caráter excepcional, de tais requisitos. Da ementa, transcreve-se:

“Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.”

Contudo, em um indicativo da futura jurisprudência, o Supremo, como revela a última parte da ementa, apesar dos votos vencidos dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, não pronunciou a invalidade da medida provisória em questão, pela falta de evidência da ausência dos requisitos.

Reiteradamente, o STF, em que pesem os votos vencidos de alguns dos ministros, deixou de pronunciar a invalidade de medidas provisórias editadas sem a presença dos requisitos necessários, sob o pretexto da excepcionalidade do controle judicial.

A excepcionalidade, na prática, transmudou-se em ausência de controle.

Apenas no julgamento da medida cautelar que deu origem à ADIn n.º 1.753-2/DF⁹⁸, ocorrido em 16/04/98, é que o Supremo, reiterando o caráter excepcional da censura, reputou provavelmente inválida norma específica veiculada na Medida Provisória n.º 1.577-6/97, que elastecia o prazo para a propositura de ação rescisória pelo Poder Público e instituía nova hipótese de cabimento de rescisória, o que levou à concessão de liminar suspensiva da eficácia da referida norma.

No voto condutor, o Ministro Sepúlveda PERTENCE relembra a postura de autocontenção do Supremo em relação à censura de medidas provisórias, admitindo em seguida que, no caso, se estava diante daquelas hipóteses excepcionais em que não se encontravam evidentemente presentes os requisitos da urgência e relevância.

⁹⁸ ADInMC n.º 1.753-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, un., DJU de 12/06/98.

Os Ministros Mauricio CORRÊA, Marco AURÉLIO e Carlos VELLOSO clamam, em seus votos concorrentes, pela necessidade de controle da presença dos requisitos. No voto do último, é feita correlação entre a questão da sindicabilidade judicial dos requisitos de edição das medidas provisórias e a doutrina das questões políticas:

Registro que, no que toca aos requisitos de relevância e urgência, o Supremo Tribunal Federal admite, em princípio, o seu exame: (...). O que precisa ficar acertado é que, porque esses requisitos – urgência e relevância – constituem questões políticas, o seu exame corre por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, em princípio. Todavia, se a urgência ou relevância evidenciar-se improcedente, o Tribunal deve dar pela legitimidade constitucional da medida provisória.

Em que pese tal precedente, o Supremo persistiu em exercer controle excessivamente tênue da presença dos requisitos de edição das medidas provisórias, o que é questionável, em virtude da anormalidade do seu emprego, reconhecida por vários dos próprios Ministros.

A justificativa apresentada pelo Supremo para tal controle tênue, ou seja, de que a presença delas dependeria de juízo discricionário do Poder Executivo, está vinculada à doutrina das questões políticas.

Se essa justificativa deve ser compreendida na linha dessa doutrina, a postura do Supremo não deixa ser coerente com os já examinados precedentes relativos à doutrina das questões políticas.

A história do STF revela, mediante recurso à doutrina das questões políticas, excessiva deferência em relação à atividade dos outros Poderes, notadamente do Executivo, máxime em situações em que este pode invocar alguma espécie de situação emergencial, seja ela real ou não.

A coerência não imuniza o Supremo atual contra críticas.

Após a Constituição de 1988, que ampliou o poder judicial e pretendeu reforçar o poder parlamentar, era de se esperar alguma espécie de rompimento com a doutrina das questões políticas ou a minimização de seu emprego.

Mesmo antes dela, não faltavam, conforme visto, bons exemplos de julgados

do Supremo que recomendavam, com base em argumentos favoráveis à democracia e ao Estado de Direito, o arrefecimento da doutrina das questões políticas.

Teria feito melhor o Supremo se, após 1988, inspirado pela história, fizesse prevalecer o melhor de sua jurisprudência, como o já citado “Habeas Corpus” n.º 1.073, no qual entendeu que não exclui a possibilidade de controle judicial o fato de a Constituição atribuir a outro poder competência especial ou privativa sobre determinada matéria, ou mesmo o voto vencido do Ministro Pedro Lessa no “Habeas Corpus” n.º 3.527, em relação à doutrina das questões políticas⁹⁹.

2.3. A DOCTRINA BRASILEIRA DO “HABEAS CORPUS”

A Constituição de 1891, em seu artigo 72, § 2.º, estabelecia que “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”.

Essa redação, de termos amplos, e a falta de outras ações constitucionais aptas a amparar com presteza e efetividade ameaça ou lesão a direito levaram o STF a admitir – em construção que pode, em princípio, parecer estranha – a utilização do “habeas corpus” para proteção de outros direitos que não a liberdade de locomoção.

Trata-se, nas palavras de RODRIGUES, da “maior criação jurisprudencial brasileira”¹⁰⁰.

⁹⁹ Mais recentemente, com a edição da Emenda Constitucional n.º 32, de 11/09/01, renovaram-se as esperanças de redução dos abusos do Executivos quanto às medidas provisórias, uma vez que, em princípio, foram estabelecidas para elas algumas restrições de cunho temporal e material. É cedo, ainda, para qualquer avaliação a esse respeito, mas é de se notar que, desde a promulgação da referida emenda até março/2002, já foram editadas 35 novas medidas provisórias (fonte: www.planalto.gov.br), o que ultrapassa a média mensal de medidas originárias do ano anterior à promulgação da emenda.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus*. 2. ed., 1991. v. 3, p. 17. Segundo o ex-Ministro Evandro Lins e Silva, a doutrina “é uma construção feliz, talvez arrojada, em certos casos, mas que foi necessária para suprir a falta de outros instrumentos capazes de amparar direitos assegurados na Constituição, como, por exemplo, a imunidade parlamentar durante o estado de sítio.” (Apud RODRIGUES, Leda Boechat. *Idem*, p. 14).

Assim, até a reforma constitucional de 1926 – que, por iniciativa do Presidente Arthur Bernardes, restringiu tal instituto à violação da liberdade de locomoção –, o “habeas corpus” foi utilizado para os mais diversos fins, como garantir a posse de parlamentares, a liberdade de imprensa e a liberdade de reunião.

O “leading case” é o caso do Conselho Municipal do Rio de Janeiro.

Após a eleição dos intendentess do Conselho Municipal, em 31/10/1909, eles se separaram em dois grupos antagônicos de oito membros cada um, cada qual se reunindo à parte. O Presidente da República, reputando não regularmente constituído o Conselho, pois a abertura dos trabalhos exigiria a presença de onze membros, declarou extinto o Conselho, impediu o acesso dos intendentess ao prédio pertinente, comunicou o fato ao Congresso e determinou que o Prefeito administrasse o Distrito Federal.

Um primeiro “habeas corpus”, impetrado em favor de um dos grupos, foi denegado pela instância ordinária. No RHC n.º 2.793, o Supremo confirmou a denegação.

Um segundo “habeas corpus”, de n.º 2.794, impetrado em favor do outro grupo, foi julgado procedente em 11/12/1909, conforme a seguinte ementa:

“Concede-se ‘habeas corpus’ a indivíduos munidos de diplomas de intendentess eleitos, para que lhes seja permitido ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem sem detença, estorvos ou danos os direitos decorrentes de seus diplomas.”¹⁰¹

O Ministro Pedro LESSA expõe, no caso, sua concepção do “habeas corpus”. Segundo ele, o instituto se limitaria ao resguardo da liberdade de locomoção. Admite, porém, que a liberdade “é uma *conditio sine qua non* do exercício de uma infinidade de direitos”. Sendo a liberdade de locomoção um meio para o exercício de outros direitos, seria viável a utilização do “habeas corpus” para tutela da liberdade-meio e, por conseguinte, do direito-fim, desde que sobre este não pairasse controvérsia.

Os parlamentares beneficiados pela decisão do Supremo continuaram a

¹⁰¹ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

reunir-se, exercendo normalmente suas funções.

Apesar daquela decisão, o Presidente da República, em 1911, decretou a realização de novas eleições.

Novo “habeas corpus”, de n.º 2.990, foi impetrado no STF pelos beneficiados pelo “habeas corpus” anterior, pretendendo que lhes fosse assegurado o exercício de suas funções até o final do mandato. Na esteira do julgamento anterior, o Tribunal, nos termos do voto do Ministro Pedro Lessa, concedeu a ordem.

Não obstante, o Poder Executivo deixou de cumprir a decisão do Supremo, sob o pretexto de que o Tribunal exorbitara de suas atribuições¹⁰².

Em outro caso rumoroso, no “habeas corpus” de n.º 3.137, o STF teve nova oportunidade para consolidar sua posição quanto ao elastecimento do “habeas corpus”

Segundo relato de VIOTTI¹⁰³, as eleições de 1911 para o governo da Bahia resultaram na costumeira dualidade de assembléias legislativas, com o enfrentamento de duas facções. O governador em exercício convocou extraordinariamente assembléia geral, designando a cidade de Jequié como capital temporária do estado, em virtude da impossibilidade de reunião em Salvador. Uma das facções obteve “habeas corpus” de juiz federal para reunir-se em local próprio, no que foi impedida pelo governador, o que levou o juiz a solicitar ao Exército que garantisse o cumprimento da decisão judicial. A persistência da recusa do governador levou ao bombardeio do palácio.

Rui Barbosa impetrou três “habeas corpus”, de n.ºs 3.137, 3.145 e 3.148, em favor do governador e de parlamentares, a fim de lhes assegurar o exercício das funções.

Apesar de o Supremo ter considerado prejudicados os “habeas corpus”, sob o pretexto de que não persistia a coação, admitiu mais uma vez a utilização do instrumento para tutela de direitos que não a liberdade de locomoção, ainda que com

¹⁰² RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus*. 2. ed., 1991. v. 3, p. 59.

¹⁰³ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, p. 47.

ela relacionados.

Já no “habeas corpus” n.º 3.536, o Supremo admitiu a utilização do instrumento para garantir a liberdade de expressão. A ação foi impetrada por Rui Barbosa, então senador, contra a proibição de que fosse publicado na imprensa discurso que ele havia proferido no Senado criticando a decretação de estado de sítio.

A ordem foi concedida em 05/06/1914, assegurando, em sentido amplo, o direito do senador de “publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier”, algo bem distante da mera proteção da liberdade de locomoção.

Em 16/12/1914, o STF, em “habeas corpus” impetrado em favor de Nilo Peçanha para que este pudesse tomar posse como Presidente do Estado do Rio de Janeiro, teria oportunidade, em acórdão lavrado pelo Ministro Enéas GALVÃO, de estabelecer, em bases sólidas e de forma ampla, a doutrina brasileira do “habeas corpus”.

Inicialmente, é considerada a amplitude do texto do artigo 72, § 22, da Constituição de 1981:

Considerando:

que, nos termos da Constituição Federal, “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” (artigo 72, parágrafo 22);

que a circunstância de não se achar o paciente ameaçado de prisão ou de ser obstado de locomover-se livremente, mas de se lhe vedar a entrada no edifício destinado à residência do presidente do Estado para exercer as funções desse cargo, não pode ser alegada sob o fundamento de impropriedade do recurso intentado, porque as expressões do texto constitucional, mais amplas que as empregadas na lei ordinária para definir a garantia da liberdade individual, compreendem quaisquer coações, e não somente a violência do encarceramento ou do só estorvo à faculdade de ir e vir;

(...)¹⁰⁴

Fundamental no voto de Enéas GALVÃO para o elastecimento do “habeas corpus” é a constatação de ausência de outra ação apta à tutela de outros aspectos da

¹⁰⁴ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

liberdade que não apenas a de locomoção:

“Nenhum outro meio existe em nosso direito processual capaz de amparar eficazmente o exercício livre dos direitos, a liberdade de ação, de fazer tudo o que a lei não proíbe, de proteger o indivíduo para não ser ele obrigado a fazer o que a lei lhe não impõe, uma grande porção de atos, enfim, de natureza pública ou privada, e cuja execução pode ser embaraçada não somente privando-se alguém de locomover-se.”¹⁰⁵

Rejeita ainda qualquer vinculação necessária da ação constitucional com o histórico decorrente da expressão latina:

Se se distingue, porém, nesses casos, limitando-se os efeitos do “habeas corpus” na primeira hipótese e ampliando-se nas demais figuradas, naquela para segurança da liberdade física, e nas outras para o exercício, ainda, das funções do emprego ou do mandato, visto é que o “habeas corpus” não deve ser conceituado com as restrições da antiga legislação, outra concepção dele resulta em face dos dizeres do citado parágrafo 22, não conserva mais o seu primitivo aspecto, como o revela uma farta jurisprudência nesse sentido, não preocupado nela o Tribunal com a sobrevivência daquela locução latina em nossas leis, vocábulos de uma língua morta guardando a essência de um direito novo, mas com o espírito deste a dominar os fenômenos de ordem jurídica, a evoluir com as necessidades do meio social e político.¹⁰⁶

Em voto vencido, o Ministro Pedro Lessa insistiu em seu entendimento, aliás um tanto complexo, quanto à distinção entre direito-fim e liberdade-meio.

Apesar do embate entre as duas concepções da ação constitucional¹⁰⁷, estava estabelecida a doutrina brasileira do “habeas corpus”.

No que se refere a esse tema, o Supremo foi sensível às necessidades da época e interpretou o texto constitucional desenvolvendo todas as potencialidades da ação constitucional. Não se conteve – o que é importante destacar – diante da origem do instrumento ou do passado invocado pela expressão “habeas corpus”.

Isso não significa caracterizar a Corte da República Velha como liberal ou

¹⁰⁵ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

¹⁰⁶ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>

¹⁰⁷ Sobre a discussão entre o Ministro Enéas Galvão e o Ministro Pedro Lessa, vide relato em RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus*. 2. ed., 1991. v. 3, p. 117-136. RODRIGUES, aliás, reputa o posicionamento do primeiro como fundamental para o estabelecimento da doutrina brasileira do “habeas corpus”.

progressista. Mesmo o “habeas corpus”, devido à exigência de liquidez e certeza do direito invocado, encontrava limites, principalmente quando invocado pelas camadas sociais mais modestas¹⁰⁸. A própria doutrina brasileira do “habeas corpus”, conforme os exemplos citados, foi mais utilizada como instrumento de questionamento judicial em litígios que envolviam elites políticas do que em demandas populares.

Criticada por uns, aplaudida por outros¹⁰⁹, é forçoso reconhecer que a doutrina brasileira do “habeas corpus” constitui um dos momentos mais altos da jurisprudência constitucional brasileira.

É interessante fazer um paralelo entre ela e a jurisprudência do STF, especificamente da Corte posterior a 1988, em relação ao mandado de injunção.

2.4. MANDADO DE INJUNÇÃO

Seguindo o modelo da Constituição da República de Weimar, de 1919, as constituições contemporâneas não se limitam, como as liberais do século XIX, a garantir aos particulares posições jurídicas contra agressões dos poderes públicos. Fugindo ao modelo “garantista”, tributário do “status quo”, elas pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja por meio da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja por meio da constitucionalização de direitos para cuja efetivação é exigida postura ativa do Estado.

Trata-se do modelo de Constituição dirigente, do qual não fugiu a Constituição brasileira de 1988.

Por esse modelo, o cumprimento da Constituição demanda não só a não-agressão do Estado contra as conquistas constitucionalmente asseguradas, mas também a atuação estatal para a realização das promessas constitucionais.

¹⁰⁸ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, p. 35-36.

¹⁰⁹ Entre estes, Rui Barbosa, conforme discurso proferido no Senado Federal em 22/01/15 (Apud RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus*. 2. ed., 1991. v. 3, p.140-143).

Ciente da histórica inércia do poder político no Brasil em relação às exigências constitucionais (por exemplo, o direito do trabalhador à participação nos lucros da empresa, assegurado na Constituição de 1946, nunca foi regulamentado sob a vigência da referida Carta), o constituinte pretendeu instituir mecanismos judiciais que possibilitassem alguma espécie de controle judicial sobre prováveis omissões constitucionais.

Os instrumentos adotados pela Constituição de 1988 foram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

O primeiro – instrumento típico do controle abstrato de constitucionalidade – está previsto no artigo 103, § 2.º, da Constituição Federal, segundo o qual a eficácia da decisão nele proferida consiste em notificar o poder faltante quanto à sua omissão no cumprimento da Constituição.

O outro instrumento é ação que tem em vista casos concretos e que cabe ao titular de direito fundamental cujo exercício esteja obstaculizado pela falta de norma regulamentar, conforme o artigo 5.º, LXXI, da Constituição.

A origem remota de tal instrumento talvez seja o artigo 10 do Anteprojeto Afonso Arinos, que previa expressamente a possibilidade de o juiz suprir vazio legislativo para viabilizar, em casos concretos, a aplicação imediata dos direitos e garantias constitucionais.

Nos Projetos A e B da Comissão de Sistematização surgiu a figura do mandado de injunção, cujo julgamento, ao final do processo constituinte, culminou por ser concentrado no STF nos casos mais relevantes, como quando a omissão fosse imputável ao Congresso Nacional¹¹⁰.

Deixou a Constituição de regular expressamente a eficácia da decisão proferida no mandado de injunção, ao contrário do que fez em relação à ação direta de

¹¹⁰ Para o relato acerca do trâmite no Congresso, vide MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Mandado de segurança e de injunção: Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*, p. 367-375.

inconstitucionalidade por omissão.

Três correntes doutrinárias e jurisprudenciais formaram-se então: a) a primeira, segundo a qual a eficácia da decisão seria idêntica àquela proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; b) a segunda, segundo a qual a decisão supriria o vazio normativo para o caso concreto, devendo o titular do direito pleitear em seguida, em ação específica, a aplicação da regra criada; c) a terceira, segundo a qual a decisão desde logo garantiria o exercício ou a fruição do direito constitucional reclamado no caso concreto¹¹¹.

Em 23/11/89, no julgamento de questão de ordem suscitada no Mandado de Injunção n.º 107-3¹¹², o STF definiu em termos bastante restritos a eficácia da decisão proferida no mandado de injunção, equiparando-a à eficácia atribuída pelo texto constitucional à ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5.º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2.º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

O argumento central é singelo. Se à ação de inconstitucionalidade, que a todos interessa, foi atribuída eficácia restrita, não seria razoável atribuir eficácia mais ampla à ação individual, que, em princípio, visa atender interesse igualmente individual. Do voto condutor do Ministro Moreira ALVES destaca-se:

Ademais, se o próprio Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, não pode, como decorre de texto constitucional expresso, suprir, ainda que provisoriamente, a omissão constitucional de qualquer Poder, órgão, entidade ou

¹¹¹ Para um relato, vide PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 129-150.

¹¹² MIQO n.º 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, un., DJU 21/09/90.

autoridade a que incumbe elaborar norma regulamentadora, direta ou indiretamente, de texto constitucional que verse direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5.º, LXXI, da Constituição – o que, como já se viu, era expressamente admitido no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização, e foi, afinal, substituído pela “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” –, resulta daí, logicamente, que não poderá ele, em mandado de injunção em que o autor – ao contrário do que sucede na ação direta de inconstitucionalidade – não defende interesse público, mas interesse individual, regulamentar texto constitucional genericamente (para os que entendem que sua decisão tem eficácia *erga omnes*), ou até para o caso concreto, pois, ainda nessa hipótese, haverá uma regulamentação que – admitido o mandado de injunção coletivo – poderá abarcar todos os destinatários da norma, ou boa parte deles. Aliás, a admitir-se essa regulamentação, ter-se-á este absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Órgão Judiciário inferior a ele – assim, os Tribunais Superiores ou os Tribunais Regionais – poderá fazê-lo, em mandado de injunção.

Posteriormente, nos Mandados de Injunção n.ºs 283¹¹³ e 232¹¹⁴, o STF avançou relativamente a essa posição.

No primeiro – mandado de injunção impetrado por cidadão que pleiteava, com base no artigo 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais transitórias, que ainda dependia de regulação, a reparação econômica nele prevista para quem tivesse ficado impedido de exercer atividade profissional em decorrência de portaria do Ministério da Aeronáutica –, o Supremo, em julgado de 20/03/91, não só declarou o Congresso em mora, mas também assinou o prazo de 60 dias para ultimação do processo legislativo da lei reclamada e reconheceu ao impetrante o direito de, em ação ordinária e segundo a lei civil, pleitear indenização da União caso a inércia legislativa persistisse após o prazo concedido.

No segundo caso – mandado de injunção impetrado por entidade beneficente para a fruição da imunidade ou isenção prevista no artigo 195, § 7.º, da Constituição Federal –, o Supremo, em julgado de 03/08/91, além de reconhecer a mora legislativa, fixou o prazo de seis meses para o Congresso regulamentasse a norma constitucional, “sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

¹¹³ MI n.º 283-5/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, DJU 14/11/91.

¹¹⁴ MI n.º 232-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, DJU 27/03/92.

Segundo voto concorrente do Ministro Sepúlveda PERTENCE, a idéia seria, “sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador”.

Em que pese a perspectiva inovadora, estes julgados mantêm-se isolados, não abandonando o Supremo, apesar de posições vencidas de ministros como Carlos Velloso e Marco Aurélio, sua posição usualmente restritiva, segundo a qual o mandado de injunção “nem autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse”¹¹⁵.

Com julgados dessa espécie, o Supremo esvaziou a utilidade do mandado de injunção. Assim, não foi por acaso que o número de mandados de injunção impetrados no Supremo, que chegou a 132 em 1989, reduziu-se à média anual de duas dezenas no período de 1996 a 1999¹¹⁶.

O motivo principal daquele entendimento é o apego do Supremo ao dogma segundo o qual o juiz constitucional atuaria apenas como “legislador negativo”, ou seja, invalidando normas inconstitucionais, sendo-lhe vedado atuar como “legislador positivo”, ou seja, suprindo omissões inconstitucionais.

Ora, não é exclusivamente brasileiro o problema relativo ao controle e à reparabilidade judicial da inconstitucionalidade por omissão. Constituições de outros países, como a de 1974 da Iugoslávia e a de 1976 de Portugal, trataram expressamente do tema¹¹⁷.

¹¹⁵ MI n.º 168-5/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, un., DJU de 20/04/90.

¹¹⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de casos: abordagem interdisciplinar*, p. 299.

¹¹⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Mandado de segurança e de injunção: Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*, p. 373.

Em outros países, como os Estados Unidos da América, o tema é pouco tratado. De qualquer modo, a Suprema Corte norte-americana, como ilustra o já referido caso “Brown”, não se limita a invalidar atos inconstitucionais dos poderes públicos, admitindo que tem poderes para ordenar a implementação de políticas públicas.

Já outros tribunais constitucionais, como o italiano e o francês, têm logrado reparar adequadamente inconstitucionalidades por omissão, através de técnicas especiais de decisões, como as sentenças “manipulativas”.

Apesar de tais exemplos do Direito Comparado, tem sido adotada acriticamente pelo STF a distinção entre a atuação do juiz como “legislador negativo” ou como “legislador positivo”.

Não existe no texto constitucional qualquer autorização ou vedação para a atuação judicial em um ou outro sentido.

A posição do Supremo decorre do apego ao histórico do controle judicial da constitucionalidade.

Com efeito, em Constituições meramente garantistas – como as que predominavam no século XIX e mesmo no início do século XX, nas quais os direitos fundamentais destinavam-se a proteger o cidadão contra determinadas intervenções do Poder Público –, fazia sentido assimilar a atividade do juiz constitucional à atividade de espécie de “legislador negativo”.

A partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias já asseguradas, mas também promessas a serem implementadas, é necessário, para efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais.

Não se quer aqui defender o ponto de vista de que o problema da inconstitucionalidade por omissão pode ser resolvido facilmente, ou que o Judiciário possa apresentar respostas adequadas para todos os desafios do texto constitucional,

em espécie de “fundamentalismo jurídico”¹¹⁸. Entretanto, também não é aceitável o posicionamento acrítico de que o juiz constitucional nada pode fazer em tal área. Aliás, podem ser invocados exemplos da jurisprudência constitucional comparada e mesmo casos isolados da jurisprudência brasileira nos quais o Judiciário supriu omissões inconstitucionais, sem, porém, reconhecer explicitamente, nesse último caso, que assim agia.

De qualquer modo, sem embargo dessas considerações, que serão desenvolvidas de forma mais ampla em outra parte deste trabalho, a Constituição de 1988 deliberadamente criou instrumento destinado a viabilizar a fruição ou o exercício de direitos constitucionais prejudicados pela falta de regulação.

Construções doutrinárias como o dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo” não deveriam ser opostas à vontade da Constituição de rompimento da inércia do poder político em relação ao cumprimento de suas normas.

Poderia o Supremo, com fundamentação sólida, ter conferido melhor sorte ao mandado de injunção.

Agindo como procedeu, além de esvaziar o instrumento, frustrando os propósitos da Constituição a ele pertinentes e esvaziando a possibilidade de efetivo controle judicial de constitucionalidade sobre parte substancial da Constituição, rompeu com sua própria tradição de extrair das ações constitucionais todo o seu potencial, o que foi ilustrado pela doutrina brasileira do “habeas corpus”. Conforme visto, o STF potencializou a eficácia dessa ação constitucional, estendendo sua abrangência sem maiores preocupações com a história, quer nacional, quer internacional, do instituto.

Já no caso do mandado de injunção, o Supremo, apegando-se acriticamente a construções doutrinárias extemporâneas, esvaziou a utilidade do instituto, quando teria bons argumentos para proceder de maneira contrária.

¹¹⁸ A expressão “legal foundationalism” foi extraída de MORTON, Peter. *An institutional theory of law: keeping Law in its place*, p. 361-388.

Não deixa de ser paradoxal o fato de que a primeira postura foi adotada em período histórico pontilhado por violências institucionais, enquanto a segunda foi adotada em ambiente de renovação democrática e de estabilidade institucional.

3. AVALIAÇÃO COMPARATIVA ENTRE A EXPERIÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA E A BRASILEIRA

Segundo famosa frase de João MANGABEIRA, o STF teria sido o poder que mais falhou na República do Brasil¹¹⁹.

A crítica é cruel e provavelmente está longe de verdadeira.

Não se pode deixar de levar em conta que a atuação do Supremo foi prejudicada por constantes rompimentos institucionais na história brasileira. Deve ser lembrado, inclusive, que a Corte sofreu intervenções diretas de Getúlio Vargas em 1931, com a redução do número de seus membros e com a aposentadoria compulsória de alguns de seus integrantes, o mesmo ocorrendo durante o regime militar, com o Ato Institucional n.º 2, de 27/10/65, e com o Ato Institucional n.º 6, de 01/02/69.

É interessante notar que, embora exista certa tensão entre democracia e jurisdição constitucional, esta só pode desenvolver-se plenamente em regime democrático, por não ser bem tolerada por regimes de exceção.

Apesar de seus altos e baixos, o Supremo deu mostras suficientes de sua independência em relação ao Executivo e ao Legislativo, como ilustram algumas das decisões já citadas. Mesmo a Corte atual já demonstrou suficientemente sua

¹¹⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed., 1991. v. 1, p. 5.

independência em face dos demais Poderes, tendo contribuído, em que pesem os maus momentos, para o fortalecimento da Constituição.

Entretanto, é necessário reconhecer que o STF, inclusive a Corte atual, frustrou várias expectativas daqueles que esperavam uma defesa mais robusta dos direitos fundamentais e da Constituição Federal, especialmente após o fim da ditadura militar.

Assim, diferentemente do que ocorreu entre outros países, notadamente no Estados Unidos durante a Corte Warren, o STF e mesmo o restante do Judiciário brasileiro nunca promoveram uma “revolução judicial de direitos fundamentais”¹²⁰.

Quais seriam os motivos?

A maioria das análises detém-se na forma de composição do STF. No Brasil, o candidato é indicado pelo Presidente da República, sendo a escolha submetida ao Senado Federal, que, na prática, não vem exercendo controle de fato. Como a questão também não suscita maior interesse da sociedade civil, o Presidente da República tem logrado a aprovação de todos os indicados.

Segundo tais análises, bastaria, para a reforma da jurisdição constitucional brasileira e quiçá a obtenção de desejada “revolução de direitos”, a modificação de tal sistemática, com o que poderiam ser nomeados para o Supremo juízes mais receptivos a demandas relativas aos direitos fundamentais.

Tais análises, contudo, são simplificadoras e estão comprometidas com visão inadequada e elitista da jurisdição constitucional, excessivamente centrada na figura do juiz constitucional.

É válida a preocupação com as preferências políticas dos juízes e com a sua formação jurídica, mas a existência de juízes liberais ou progressistas não é suficiente para promoção de revolução de direitos.

Repetindo Charles EPP, “direitos não são presentes” concedidos por elite

¹²⁰ Revolução de direitos no sentido de reformulação e afirmação judicial de direitos fundamentais através da jurisprudência.

judicial. Revoluções de direito “originam-se da pressão de baixo da sociedade civil, e não de liderança de cima”¹²¹.

Abandonando o modelo centrado na figura dos juízes, propõe EPP uma abordagem institucional, que leve em consideração o contexto de produção da jurisdição constitucional. Comparando países como os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha, a Índia e o Canadá, ele se pergunta, em interessante estudo, por que a revolução de direitos floresceu em alguns países e não em outros.

Abordagens convencionais considerariam apenas os seguintes fatores: a) a existência de uma Carta de Direitos constitucional e a independência judicial; b) a liderança judicial, ou seja, a presença de juízes favoráveis à revolução de direitos; c) a existência de cultura favorável à revolução de direitos.

Para o referido autor, entretanto, o ponto central seria a existência de suporte organizado para litigância em prol da proteção ou da implementação de direitos constitucionais. A existência de organizações destinadas à litigância de cunho público ou social, com amplo suporte, quer público, quer privado, seria elemento essencial para promoção de tal revolução.

Revoluções de direitos demandariam, portanto, contínuo e organizado esforço da sociedade civil, de forma a modificar a agenda judicial, pressionando-a, com estratégias de longo prazo, a reconhecer direitos fundamentais.

Tais elementos é que explicariam, segundo EPP: a) o surgimento da revolução de direitos nos Estados Unidos da América apenas a partir do final da década de 30 do século passado, embora vários elementos exigidos pela abordagem convencional já estivessem presentes; b) o surgimento da revolução dos direitos, em grau menos intenso, no Canadá a partir da década de 70 do século passado, enquanto uma Carta Constitucional de Direitos, elemento essencial segundo a abordagem convencional, só viria a ser aprovada em 1982; c) a presença, embora não vibrante, de

¹²¹ EPP. Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, p. 197.

certa revolução de direitos na Grã-Bretanha, com o crescimento da proteção judicial a direitos individuais no período de 1960 a 1990, conquanto lá não existisse (como ainda não existe) uma Constituição em sentido formal; d) o fracasso de revolução de direitos na Índia, onde estariam presentes os elementos exigidos pelas abordagens convencionais, inclusive a receptividade dos juízes a casos relativos aos direitos fundamentais.

O estudo suscita reflexões.

Tomando-o por base, é necessário ampliar o foco sobre a jurisdição constitucional brasileira. Não que deva ser deixada de lado a preocupação com a forma de seleção dos componentes do Supremo. Todavia, exige-se também preocupação com a estrutura de apoio da litigância voltada aos direitos fundamentais.

Estaria tal estrutura bem formada no Brasil?

Alguns fatores prejudiciais são facilmente constatados, tais como: a) o desenvolvimento incipiente da defensoria pública; b) o ainda reduzido número de organizações destinadas à litigância em prol de direitos fundamentais; c) a predominância, na agenda judicial, de casos que envolvem o direito de propriedade, especialmente titularizados por empresas, em detrimento de outros direitos fundamentais.

Com relação ao primeiro fator, apenas recentemente foi ampliado o quadro da Defensoria Pública da União, e mesmo assim restringindo-se a sua atuação quase que exclusivamente às capitais dos estados.

Quanto ao segundo fator, a litigância em prol dos direitos fundamentais tem sido levada a cabo principalmente pelo Ministério Público, e não por organizações da sociedade civil. Embora o Ministério Público venha desenvolvendo um papel relevante e crescente desde a Constituição de 1988, não pode ele substituir a contento todos os grupos sociais, com suas diferentes demandas constitucionais. O Ministério da Justiça, especialmente através de sua Secretaria Federal de Direitos Humanos, talvez pudesse nesse ponto exercer um papel fundamental, especialmente quando a promoção de direitos fundamentais esbarrasse não na vontade do Executivo, mas no Congresso

Nacional. No entanto, ela ainda tem se mantido afastada de tal atuação.

Quanto ao último fator, relativo à composição da agenda judicial, a carência de dados estatísticos mais específicos impede exame mais aprofundado.

De qualquer modo, os grandes debates constitucionais em Juízo têm se centrado, aparentemente, mesmo após 1988, em temas econômicos, como a constitucionalidade de tributos, a existência ou não de direito adquirido contra expurgos inflacionários, a validade de direitos de cunho corporativo, especialmente de servidores públicos, em prejuízo de direitos fundamentais mais relevantes.

O exame de parte relevante da atuação do STF confirma tal fato. Estudo desenvolvido por Luiz Werneck VIANNA e outros acerca das ações diretas de inconstitucionalidade propostas de 1988 a 1998 revela que a grande maioria delas foram propostas contra normas que regravam a administração pública (34,7%), a política econômica (17,4%) e a política tributária (15,6%)¹²². Não que estes temas não sejam relevantes ou que não possam de alguma forma ser relacionados aos direitos fundamentais. Constata-se, porém, que a agenda do STF, em importante segmento de sua competência, mesmo após a ampliação do rol de legitimados para instauração do controle abstrato, não é centrada naqueles direitos.

Tal fato, talvez mais do que a receptividade do juiz constitucional brasileiro aos direitos fundamentais, fornece a melhor explicação para a ausência, no Brasil, de uma atuação judicial mais consistente em prol da afirmação e do desenvolvimento desses direitos.

Há que se reconhecer que tal receptividade é relevante para estímulo da litigância em prol de tais direitos, e mesmo para o desenvolvimento de cultura favorável a eles.

Assim, propostas de modificação da forma de composição do STF, embora insuficientes para alteração do quadro, são ainda valiosas.

Continua também fundamentalmente importante o desenvolvimento de

¹²² VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 67.

jurisprudência constitucional voltada aos direitos fundamentais.

Isso, porém, não pode ser realizado sem melhor compreensão de questões básicas acerca do papel adequado da jurisdição constitucional em um regime democrático de Direito.

A compreensão adequada de tal papel e, até mesmo, mais humildemente, o mero debate sobre o tema podem contribuir para o aprimoramento da jurisdição constitucional, reduzindo os riscos de eventual autoritarismo judicial.

O debate não se faz apenas no plano teórico, como se a jurisdição constitucional pudesse ser isolada da realidade ou da história. É com os exemplos históricos de erros e acertos da jurisdição constitucional que se pode avançar, buscando-se um modo apropriado de atuação do juiz constitucional no regime democrático. Daí a valia do estudo histórico realizado neste trabalho.

Revela esse estudo que tanto a Suprema Corte norte-americana como o STF brasileiro tiveram bons e maus momentos.

A atuação e a influência da Suprema Corte na vida social dos norte-americanos foram mais profundas do que a atuação e influência do STF na dos brasileiros, talvez contribuindo para esse fato o contexto institucional.

A história da Suprema Corte demonstra que ela primou, em certos períodos históricos, por intenso ativismo judicial. Um primeiro período, a “Era Lochner”, pode ser severamente criticado, como o é pela própria Corte atual; um segundo, a Corte Warren, conquanto tenha críticos, foi responsável por revolução judicial de direitos.

A atuação e a influência do STF não deixam também, embora em menor grau, de ser relevante, tendo ele contribuído, com erros e acertos, para o fortalecimento do Estado de Direito. Não obstante, a história do Supremo revela excessiva deferência ao Executivo, o que, em alguns casos, levou a posições vencidas mais memoráveis do que as vencedoras. Há também alguma incoerência no trato de ações constitucionais, com timidez excessiva em relação ao mandado de injunção. Ademais, o STF não foi responsável por algo que pudesse ser identificado com uma “revolução judicial de direitos”.

O que é defensável nessas atuações? No caso norte-americano, por exemplo, caso se esteja disposto a aceitar o ativismo judicial como algo positivo, como evitar que esse ativismo degenera em algo como a “Era Lochner”? No caso brasileiro, se é possível defender uma Corte mais ativa em prol dos direitos fundamentais, quais os limites a serem perseguidos num contexto democrático? Erra o STF em nulificar o mandado de injunção, ou a nulificação pode ser defendida com base em argumentos democráticos?

Na segunda parte deste trabalho, tais exemplos e dúvidas orientarão não só a exposição das teorias acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, mas também as propostas de sua atuação.

CAPÍTULO 2 - DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em seu livro “A República”, PLATÃO pretende descrever uma república ideal. Platão não é um democrata, tendo vivenciado a decadência da democracia ateniense cujo sistema de governo em nada se assemelhava à sua república ideal. Nesta, há três classes: a dos governantes-filósofos, a dos guerreiros e a dos que se dedicam aos trabalhos produtivos. Cada classe deve especializar-se em seu ofício, sem intrometer-se nas atividades das outras. Sobrepõe-se às outras a classe dos governantes-filósofos. Diz PLATÃO: “Os males do Estado e dos cidadãos somente serão extintos quando os filósofos detiverem o poder.”¹²³

Os críticos da jurisdição constitucional servem-se, não raramente, da figura do rei-filósofo para questionar a existência da jurisdição constitucional, equiparando a ele o juiz constitucional.

O modelo de Platão não prevaleceu na história¹²⁴. No entanto, a equiparação é expressiva. Como pode ser justificada, no contexto democrático, a atribuição ao juiz do poder de controlar a atividade da maioria parlamentar? A vitória da democracia no mundo contemporâneo não se fez sem uma longa caminhada e sem grandes sacrifícios. Não seria um retrocesso a atribuição ao juiz do poder de controle sobre a democracia?

Esse é o desafio que a jurisdição constitucional deve enfrentar.

A discussão pode parecer superada em países nos quais já se fez, na Constituição, opção por um modelo de controle judicial de constitucionalidade, como

¹²³ PLATÃO, A República, Livro VI, p. 212.

¹²⁴ O que não significa que o argumento platônico de que o governo deve ser entregue a especialistas, e não ao povo, não seja, infelizmente com frequência, empregado no discurso político.

ocorre no Brasil.

Contudo, deve ser lembrado que, em regime democrático, todas as decisões políticas, inclusive as fundamentais, estão sujeitas à crítica e mesmo à revisão.

Por outro lado, mesmo nos países que adotaram explicitamente a jurisdição constitucional, encontram-se em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade, uma vez que elas não podem ser resolvidas por inteiro através de regramentos abstratos e prévios à prática jurisdicional.

A interpretação judicial da Constituição está intimamente relacionada com tal questão.

A objeção democrática pode, por exemplo, justificar postura de autocontenção por parte do juiz constitucional, o que não deve ser necessariamente identificado com conservadorismo.

Já a demonstração da compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia pode autorizar postura mais ativa do juiz, quer ampla, quer localizada, na resolução de controvérsias constitucionais.

Portanto, é a solução de tal desafio, com a devida compreensão do papel da jurisdição constitucional no regime democrático, que deverá guiar a atuação do juiz constitucional.

O primeiro passo demanda considerações prévias sobre o sentido da democracia, que não é conceito isento de controvérsias, o que se passa a examinar.

2. DEMOCRACIA

HERÓDOTO, em sua “História”, relata a discussão entre três persas – Otanes, Megabises e Dario – acerca das formas de governo. No discurso de Otanes talvez se encontre uma das primeiras defesas da democracia:

Não se dá o mesmo com o governo democrático [vícios do governo monárquico], que

chamamos de isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e torna-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo.¹²⁵

A democracia percorreu longo caminho desde então. Excluindo a limitada democracia ateniense, a república romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII, poucos exemplos de regimes democráticos podem ser citados antes do século XX. E, mesmo nesse, é somente após a Segunda Guerra Mundial que se pode falar em proliferação generalizada de regimes democráticos e no desprestígio das demais formas de governo.

Ao lado dessa lenta afirmação da democracia, travou-se intenso debate acerca do que ela é.

São inúmeras as concepções sobre a democracia. Para alguns de posição cética e restritiva, ela significa apenas a possibilidade de destituição de governo sem derramamento de sangue¹²⁶; outros a reputam indissociável de certo conteúdo material, quer fundado no princípio da igualdade¹²⁷, quer limitado por direitos fundamentais¹²⁸.

Uma concepção recorrente e que remonta à própria etimologia do vocábulo identifica-a como “governo do povo”. Um governo do povo, obviamente, exige a participação do povo no governo, sendo essa a característica essencial da democracia¹²⁹. Apesar da multivocidade do vocábulo “povo”, a concepção é aceitável, desde que ele seja entendido amplamente, sem exclusões arbitrárias¹³⁰.

¹²⁵ HERÓDOTO, *História*, 2. ed., Livro III, § 80, p. 376-377.

¹²⁶ POPPER, Karl R. Sobre la teoría de la democracia. In: _____. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*, p. 175-181.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*.

¹²⁸ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?*, p. 42-46.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*, p. 142.

¹³⁰ MÜLLER examina os vários modos de emprego da expressão “povo” nos textos constitucionais (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*). Para ele, “povo” pode ser utilizado como representativo do povo ativo, como instância de atribuição de legitimidade, como ícone, como destinatário de prestações estatais e como conceito de combate. Neste trabalho,

Como nos estados modernos a democracia direta tornou-se inviável, é necessário examinar o “governo do povo” num sistema representativo, no qual a totalidade da população não participa das decisões políticas, pelo menos de forma constante ou direta, sendo-lhe imputadas as decisões tomadas por seus representantes.

Como há certa crise da representação política, caracterizada pelo ceticismo quanto à identificação da vontade do representante com a vontade do representado, a definição de democracia como “governo do povo” é criticada como insuficiente e mistificadora.

Se, contudo, a democracia for entendida não como a descrição de uma situação real, mas sim como um ideal a ser atingido, a sua concepção como “governo do povo” pode ser considerada válida.

Trata-se de um princípio a ser perseguido, segundo o qual, em regime democrático, a participação popular nas decisões políticas deve ser a mais ampla possível¹³¹.

Segundo DAHL, a palavra “democracia” é normalmente utilizada para designar um conjunto específico de regras ou princípios, uma Constituição, que determina como serão tomadas as decisões de uma associação política, na qual todos os membros são tratados como se fossem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisões. A democracia e o governo do povo estariam fundados no princípio material de que todos os membros da associação devem ser considerados como politicamente iguais¹³².

Tratando-se a democracia como um ideal a ser atingido, a questão se desloca da discussão abstrata sobre a sua definição para a perspectiva mais pragmática da identificação de que instituições são exigidas pela democracia.

democracia e, portanto, governo do povo é entendida em duas diferentes concepções, como abordado adiante.

¹³¹ Esta abordagem é tributária de DAHL, Robert A. *On democracy*, p. 26-32.

¹³² DAHL, R. A. *Idem*, p. 37.

DAHL¹³³ identifica as seguintes instituições que seriam próprias das democracias modernas:

- oficiais eleitos;
- eleições livres, justas e periódicas;
- liberdade de expressão;
- fontes alternativas de informação;
- liberdade de associação;
- cidadania inclusiva.

Nem é necessário recorrer a esse rol para concluir que a jurisdição constitucional não constitui instituição imprescindível à democracia.

É que vários países, indubitavelmente qualificados como democráticos, como a Inglaterra, não adotam sistema de controle judicial de constitucionalidade.

Se a jurisdição constitucional não é instituição exigida pela democracia, resta saber, pelo menos, se ela é com esta compatível.

A legitimidade da jurisdição constitucional não dependerá necessariamente da demonstração de tal compatibilidade. Como se verá, algumas teorias destinadas à justificação da jurisdição constitucional se assentam em bases não-democráticas, como no apelo exclusivo ao princípio do governo limitado ou aos direitos fundamentais. Mesmo nessa hipótese é necessário demonstrar que a opção pela jurisdição constitucional, conquanto não exatamente democrática, não é suficiente para desqualificar um regime político de democrático, o que pode afigurar-se viável desde que as demais instituições, especialmente as principais responsáveis pela formulação das políticas públicas, sejam caracterizadas como democráticas.

De qualquer forma, tal linha de argumentação é questionável em vista da força contemporânea do ideal democrático.

Ainda que assim não fosse, são preferíveis argumentos que apelem para o caráter democrático da jurisdição constitucional.

¹³³ DAHL, Robert A. *On democracy*, p. 85.

Alguns defensores desta buscam ressaltar a ampla acessibilidade do juiz constitucional como um de seus aspectos democráticos. Grupos minoritários ou mesmo cidadãos isolados teriam mais fácil acesso ao juiz constitucional do que ao legislador. Logo, conquanto o juiz constitucional não seja guindado ao cargo por eleição, sua atividade poderia ser caracterizada como democrática.

O argumento é valioso, estimulando inclusive modificações do sistema processual que ampliem o acesso à Justiça e à jurisdição constitucional. Dada também a importância das questões constitucionais, é recomendável a abertura do processo constitucional para outros que não as partes. Nos Estados Unidos, há longa data existe a figura do “amicus curiae”, que, mesmo não sendo parte no processo, pode contribuir com pareceres ou manifestações no processo judicial constitucional. Tal contribuição de terceiros apenas recentemente foi admitida no Direito Brasileiro, pelo artigo 7.º, § 2.º, da Lei n.º 9.868, de 10/11/99.

A acessibilidade do juiz constitucional, a abertura do processo e mesmo outras garantias institucionais destinadas a evitar arbitrariedades, apesar de relevantes, não elidem, porém, o fato de que a decisão final está atribuída ao juiz constitucional, que não foi elevado ao seu cargo nem dele pode ser destituído pela vontade popular.

Logo, se a democracia for definida exclusivamente como um processo de tomada de decisão, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular, então a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada instituição democrática.

Uma resposta interessante para esse impasse é apresentada por DWORKIN, e tem por base uma reformulação do próprio conceito de democracia.

Refutando as concepções processuais, defende o ponto de vista de que ela é mais do que uma questão de processo ou procedimento. Não bastaria, para ele, a adoção de instituições representativas e majoritárias. Acima de tudo, a democracia é um “standard” para a avaliação das políticas públicas. Em outras palavras, para verificar se ela prevalece em um país, “você não pergunta como ou quando ou por

quem as leis são feitas, mas você pergunta o que as leis dizem”¹³⁴.

Esse autor, acompanhando os defensores de teorias processuais, também entende que a democracia é antes de tudo governo do povo. Democrático é o Estado no qual o povo se autogoverna. Entretanto, autogoverno depende de que o cidadão se sinta membro da comunidade e do governo.

Para tanto, é necessário que o governo “trate todos os submetidos a seu domínio como tendo igual *status* moral e político”¹³⁵, não sendo suficiente a adoção do princípio majoritário para a tomada de decisões. O exemplo dado pelo autor é o dos judeus na Alemanha nazista. Não é possível falar em autogoverno dos judeus na Alemanha nazista, ainda que eles tenham participado das eleições que levaram Hitler ao poder.

O objetivo básico do autor é defender a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia:

A concepção constitucional da democracia, em resumo, toma a seguinte atitude diante do governo majoritário. Democracia significa governo submetido a condições – nós podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igual *status* para todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias providenciam e respeitam as condições democráticas, então o veredicto dessas instituições deve ser aceito por todos por essa razão. Mas quando elas não o fazem, ou quando sua provisão ou respeito é defeituoso, não pode existir qualquer objeção em nome da democracia contra outros procedimentos que protejam ou respeitem melhor as condições.¹³⁶

Isso não significa que as instituições representativas ou majoritárias possam ser postas de lado, ou que a função legislativa possa ser atribuída a uma elite de “experts”, hipótese na qual haveria uma perda no sentimento de autogoverno. Algo bastante diferente, no entanto, é a atribuição a cortes de justiça da função de controlar os atos da legislatura para verificar se foram respeitadas as condições democráticas¹³⁷.

¹³⁴ Conforme comentário de Frank MICHELMAN acerca da teoria de Dworkin (MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*, p. 7).

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 7-8.

¹³⁶ DWORKIN, R. *Idem*, p. 17.

¹³⁷ DWORKIN, R. *Idem*, p. 32.

Em suma, a democracia depende de que o governo trate os cidadãos como livres e iguais. Este “standard” substantivo deve ser utilizado para avaliação e censura das leis de um país. E o foro judicial pode servir melhor a essa avaliação do que o parlamento, onde o princípio majoritário encoraja compromissos que se sobrepõem a essas questões de princípio¹³⁸.

A decisão proferida, por exemplo, pela Suprema Corte norte-americana no caso “Brown v. Board of Education” poderia ser qualificada como democrática, porque compatível com visão substantiva da democracia, independentemente de sua origem em órgão composto por juízes não-eleitos.

Assim, DWORKIN conclui que o controle judicial de constitucionalidade, além de não ser incompatível com a democracia, pode, ao contrário, contribuir para o seu aprimoramento.

Em obra mais recente¹³⁹, esse autor retoma o tema, fazendo distinção entre uma concepção de democracia que ele denomina de “dependente de seus resultados substantivos” e outra que ele denomina de “independente desses mesmos resultados”. De acordo com a primeira, a melhor forma de democracia seria aquela mais apropriada para a produção de decisões compatíveis com o princípio material de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. De acordo com a segunda, a qualificação de um regime democrático dependeria apenas da feição institucional do processo de decisão, sendo este qualificado como democrático desde que distribuído igualmente o poder político, independentemente da compatibilidade das decisões tomadas com o princípio material da democracia.

Para DWORKIN, a jurisdição constitucional não é incompatível com a primeira concepção de democracia, desde que limitada a atuação desta a questões de princípio cuja resolução não dependeria das preferências da comunidade política¹⁴⁰.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 30-31.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, p. 184-210.

¹⁴⁰ Voltar-se-á adiante ao tema.

A visão substantiva de democracia de Dworkin é tentadora, por fornecer base para legitimar a jurisdição constitucional num regime democrático.

Desde que a formulação das políticas públicas seja atribuída majoritariamente a instituições com perfil democrático, especialmente ao parlamento, a atribuição de algum poder, mesmo de controle, ao juiz constitucional não desqualificaria necessariamente um regime político de democrático.

A atribuição de poder ao juiz constitucional deve ser limitada, sob pena de configuração de uma democracia sob tutela, quer através de arranjos institucionais, quer através da compreensão dos tribunais quanto ao seu papel limitado, embora relevante, numa democracia. Essa autocompreensão, que, por ser mais maleável, constitui a melhor opção, não resulta necessariamente, conforme se verá, em postura de passivismo judicial, podendo mesmo autorizar ativismo localizado.

Algumas objeções são possíveis.

Mesmo que seja atribuído ao juiz constitucional poder apenas limitado, e mesmo que a interpretação da Constituição seja guiada por visão substantiva da democracia, não há garantia de que não serão tomadas decisões equivocadas ou contrárias à ampla vontade popular, ainda que relativas a temas específicos.

O fato de esse poder de controle ser limitado a algumas matérias não o qualifica, em relação a estas, como democrático, o que pode ser exemplificado com a atuação da Suprema Corte norte-americana durante a “Era Lochner”, em que ela bloqueou ou dificultou por quase três décadas o advento de legislação de cunho social nos Estados Unidos. O fato de não ter exercido bloqueio em outras áreas não torna menos condenável tal atuação ou qualifica a esta como compatível com a democracia.

Tende, contudo, a ser exagerado o poder de bloqueio da jurisdição constitucional numa democracia.

Decisões políticas que contam com amplo apoio popular irão se impor com o tempo, mesmo diante da oposição da jurisdição constitucional. Foi o que ocorreu na “Era Lochner”. São também essas as conclusões de DAHL em relação à experiência norte-americana:

Ao longo de toda a sua história, o Supremo considerou legislação aprovada pelo Congresso como inconstitucional em 77 casos. Em quase um terço desses casos, os objetivos da legislação foram subseqüentemente atingidos por outros meios; em um quinto dos casos, a ação subseqüente ocorreu em quatro anos ou menos. Em pelo menos quatro casos, foram precisos mais de 20 anos. (...)

Nos restantes dois terços dos casos em que os objetivos não foram posteriormente alcançados por outros meios, um número considerável envolveu legislação de natureza temporária e grande número implicou aspectos essencialmente banais ou secundários de legislação. Não há, acho, caso conhecido em que uma maioria legisladora persistente não tenha, mais cedo ou mais tarde, conseguido o que queria.¹⁴¹

É certo que o triunfo tardio da decisão majoritária não é necessariamente algo positivo ou democrático. O autogoverno é algo que deve ser buscado no presente, e não em algum momento incerto do futuro.

De todo modo, no presente tópico, sem pretensão de grande aprofundamento, foi realizada exposição acerca de diversas concepções de democracia. Foi ela tida como um ideal a ser perseguido, não existindo democracia perfeita, mas sim Estados mais ou menos democráticos. Ademais, a análise centrou-se em duas concepções: uma segundo a qual a democracia é tida essencialmente como um processo de tomada de decisão no qual é ampla a participação popular; outra que apela para visão substantiva da democracia, pela qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Na realidade, uma dessas concepções não exclui a outra, compreendendo a democracia mais de uma dimensão.

É forçoso, porém, reconhecer que a jurisdição constitucional constitui instituição problemática numa democracia, o que é revelado até mesmo pelo esforço em demonstrar sua compatibilidade com o regime democrático.

É que, à primeira vista, não parece compatível com o ideal democrático a atribuição a autoridades não-eleitas de poder de controle sobre a atividade de autoridades eleitas.

Então, é necessário um aprofundamento do tema, com o exame das mais conhecidas teorias legitimadoras da jurisdição constitucional, a fim de verificar a sua

¹⁴¹ DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*, p. 109-110.

compatibilidade ou não com a democracia.

3. TEORIAS LEGITIMADORAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. A OPÇÃO NÃO-DEMOCRÁTICA

A jurisdição constitucional pode ser justificada como uma opção política não necessariamente democrática.

Nega-se, nessa perspectiva, que a compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional seja questão problemática, admitindo-se, desde logo, a incompatibilidade.

A jurisdição constitucional estaria justificada com base em outros objetivos políticos.

Os contemporâneos Estados Democráticos e Sociais de Direito não teriam por base apenas o princípio democrático, mas também o princípio do Estado de Direito e do Estado Social.

Enquanto o último se desenvolveu durante os séculos XIX e XX e não passa de um aprofundamento do próprio princípio democrático – afinal significa, em síntese, a submissão do *status quo* à deliberação democrática –, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático encontram suas bases no pensamento político do século XVIII.

O objetivo dos pensadores de então era criticar os fundamentos do Estado absoluto, que então vivia seu ocaso, e formular novas bases para o regime político que o sucederia.

Uma de suas preocupações centrais era a liberdade. Tinham por pressuposto que o objetivo da sociedade política era a preservação da liberdade. Contudo, também

era necessário assegurar a obediência à lei. Havia, portanto, um paradoxo, pois como seria possível preservar a liberdade num Estado organizado ou como seria possível ser livre quando se está submetido à lei?

Diferentes respostas são apresentadas.

Surgem na época duas linhas que dominarão o pensamento político: uma, liberal, que se centra na defesa do Estado de Direito e dos direitos fundamentais; a outra, democrática ou republicana, que se centra na defesa do autogoverno. Embora elas não sejam totalmente antagônicas, também não são absolutamente compatíveis.

John Locke é talvez o principal representante da linha liberal, e Rosseau é o principal representante da democrática ou republicana.

Opondo-se ao pensamento exposto no livro “O Patriarca”, de Robert Filmer, para quem o poder político fundava-se no pátrio poder, LOCKE defende o ponto de vista de que o fundamento do poder político só pode ser encontrado no consentimento da comunidade, outorgada através de contrato social, ato que delimita a passagem entre o estado de natureza e a sociedade política.

Para LOCKE, o homem no estado de natureza já é livre e “senhor absoluto de sua própria pessoa e posses”¹⁴². Os direitos do homem preexistem ao contrato social. O inconveniente é que, no estado de natureza, cada homem é juiz em sua própria causa, inexistindo um poder imparcial que garanta a repressão a atentados contra a liberdade e a propriedade.

Dessa forma, “o grande objetivo da entrada do homem em sociedade” consiste em garantir a fruição da propriedade (esclareça-se que Locke utiliza o termo “propriedade” em sentido amplo, compreendendo também a liberdade):

Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abrirá ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente

¹⁴² LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed., p. 264.

exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo homem igual a ele, e na maior parte pouco observadores da equidade e justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada. Estas circunstâncias obrigam-no a abandonar uma condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens que chamo de “propriedade”.¹⁴³

Se o propósito da associação política é apenas garantir a propriedade, então o poder legislativo por ela fundado não é absoluto, sendo inclusive legítima a desobediência civil caso o poder legislativo descumpra seu mandato:

O motivo que leva os homens a entrarem em sociedade é a preservação da propriedade; e o objetivo para o qual escolhem e autorizam um poder legislativo é tornar possível a existência de leis e regras estabelecidas como guarda e proteção às propriedades de todos os membros da sociedade, a fim de limitar o poder e moderar o domínio de cada parte e de cada membro da comunidade; pois não se poderá nunca supor seja vontade da sociedade que o legislativo possua o poder de destruir o que todos intentam assegurar-se entrando em sociedade e para o que o povo se submeteu a legisladores por ele mesmo criados. Sempre que os legisladores tentam tirar e destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob poder arbitrário, entra em estado de guerra com ele, que fica assim absolvido de qualquer obediência mais, abandonado ao refúgio comum que Deus providenciou para todos os homens contra a força e a violência. Sempre que, portanto, o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade, e por ambição, temor, loucura ou corrupção, procurar apoderar-se ou entregar às mãos de terceiros, o poder absoluto sobre a vida, liberdade e propriedade do povo perde, por esta infração ao encargo, o poder que o povo lhe entregou para fins completamente diferentes, fazendo-o voltar ao povo, que tem o direito de retomar a liberdade originária e, pela instituição de novo legislativo, conforme achar conveniente, prover à própria segurança e garantia, o que constitui o objetivo da sociedade.¹⁴⁴

Locke resolve, portanto, o paradoxo anteriormente exposto através da defesa de um governo limitado, destinado unicamente a preservar a liberdade e a propriedade. Se a lei tem por função preservar a liberdade, não pode ser considerada com esta incompatível.

Como é evidente, a sua preocupação não é tanto garantir o autogoverno, mas sim preservar a autonomia privada. A liberdade adquire sentido meramente negativo,

¹⁴³ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed., p. 264.

¹⁴⁴ LOCKE, J. *Idem*, p. 303.

como a liberdade contra o poder político. Isso não significa que ele é indiferente à configuração do poder político. No entanto, para ele, a configuração do poder político – como a atribuição do poder legislativo a uma assembleia, e não a um único indivíduo – não tem por objetivo a promoção da democracia, mas sim garantir a autonomia privada através da melhor configuração possível da estrutura política.

A teoria política de Locke, com direitos pré-institucionais e limitados à liberdade e à propriedade, não é mais defensável em pleno século XXI.

Entretanto, ela pode, sem grande dificuldade, receber tintas contemporâneas, desde que seja abandonada a idéia de que existiriam direitos ahistóricos, seja ampliado o rol de direitos fundamentais e sejam relativizados direitos como o da propriedade.

Se a Constituição for compreendida na linha do pensamento liberal, ou seja, como instrumento destinado à garantia de direitos, a defesa da jurisdição constitucional pode ser feita apelando-se para esses direitos, e não para argumentos democráticos.

Nessa concepção, o objetivo da Constituição é especificamente proteger direitos contra decisões da maioria política, motivo pelo qual se torna necessário atribuir a sua guarda a instituição independente da maioria política¹⁴⁵.

O caráter não-democrático da Constituição e da jurisdição constitucional é reforçado em constituições que contêm normas cuja modificação não esteja ao alcance sequer de maiorias qualificadas, ou seja, as denominadas “cláusulas pétreas”. É o caso do artigo 79, alínea 3, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, e do artigo 60, § 4.º, da Constituição brasileira de 1988.

É certo que alterações dessas normas são viáveis, mas não dentro da ordem constitucional vigente, e sim através de ruptura institucional.

Normas dessa espécie parecem ter por fundo a crença em alguma espécie de

¹⁴⁵ DWORKIN, em “Taking Rights Seriously”, de 1977, procura justificar a jurisdição constitucional com base em fundamentos não-democráticos, conforme evidenciado nas páginas 140-147. Em obras posteriores, o enfoque, como já visto, foi alterado, buscando ele a justificação da jurisdição constitucional com base em argumentos democráticos.

Direito suprapositivo. Aliás, é possível encontrar alguns julgados do Tribunal Constitucional Alemão que fazem alusão a espécie de direito que necessariamente deveria ser observada pela ordem jurídico-positiva, sob pena de ela desqualificar-se de verdadeiro direito¹⁴⁶.

A imposição de limites absolutos à maioria política pode, contudo, encontrar outros fundamentos que não o apelo ao Direito suprapositivo.

A adoção de “cláusulas pétreas” em países como o Brasil e a Alemanha – que, antes da implantação da democracia constitucional, haviam vivenciado, respectivamente, governo ditatorial e experiência totalitária – pode ser vista como tentativa de impedir o retorno a um passado negativo, impondo, é certo, limites ao governo democrático, mas também impondo esse governo como opção de regime não-alterável.

Por outro lado, alguns dos direitos fundamentais, qualificados tanto pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como pela Constituição brasileira como inalteráveis, podem ser defendidos com base em argumentos democráticos, por serem indispensáveis ao próprio funcionamento da democracia, como a liberdade de expressão.

Engenhosamente, pode ser defendido com base em argumentos democráticos aquilo que, em princípio, surge como antagônico ao ideal democrático.

Tal linha de argumentação tem limites. Embora alguns direitos fundamentais possam ser qualificados como condições necessárias ao funcionamento da democracia, outros não guardam qualquer relação com o ideal democrático, constituindo, inegavelmente, limite imposto ao governo do povo, como, no caso brasileiro, a vedação genérica à pena de morte (CF, art. 5.º, XLLVII, “a”).

Uma Constituição que adote o regime democrático inevitavelmente conterà disposições que forneçam certa proteção a esse regime. Não obstante, ela não se limitará necessariamente a estabelecer salvaguardas à democracia, impondo também

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed., p. 14-19.

limites a esta.

Numa democracia, em que tudo está sujeito à crítica e deliberação, são questionáveis tais opções não-democráticas da Constituição.

Thomas JEFFERSON bem sintetizou tais questionamentos ao afirmar que os vivos não deveriam ser governados pelos mortos. Defendendo o direito de cada geração a autogovernar-se, sem limites impostos pelas gerações pretéritas, propôs que fossem elaboradas novas constituições a cada vinte ou trinta anos, período em que seria renovada a maioria da população, considerada a expectativa de vida da época¹⁴⁷.

Embora a proposta de Jefferson não tenha sido acolhida, o fato é que, diante da força contemporânea do ideal democrático, fundar a Constituição ou a jurisdição constitucional em argumentos não-democráticos constitui equívoco fadado a comprometer a sua legitimidade.

Daí a necessidade de justificar o constitucionalismo e a jurisdição constitucional com argumentos que apelam para a própria democracia.

3.2. A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Uma resposta ao desafio relativo à legitimidade da Constituição e da jurisdição constitucional pretende destacar o próprio caráter democrático da Constituição.

Argumento da espécie pode ser encontrado pioneiramente em Alexander HAMILTON, no “Federalista n.º 78”. A Constituição seria autêntico produto da vontade do povo, não tendo os representantes por ele eleitos para as legislaturas ordinárias o direito de substituir o próprio povo, modificando ou violando a Constituição. Dessa forma, a jurisdição constitucional poderia ser legitimada com base em argumentos democráticos, uma vez que ela teria por função proteger o produto da

¹⁴⁷ Cf. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitucionalismo y democracia*, p. 224-227.

vontade do povo contra um desvio de seus representantes:

(...) A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.¹⁴⁸

Bruce ACKERMAN confere feição moderna à teoria esboçada por Hamilton¹⁴⁹. Contrapondo-se ao que se poderia denominar de “teorias niveladoras da democracia”, segundo as quais não haveria diferença qualitativa entre as decisões políticas tomadas em uma democracia, ele defende uma concepção dualista da democracia.

O momento constituinte normalmente resultante de ruptura institucional favoreceria a atuação de cidadania mobilizada, o que justificaria imputar a Constituição à vontade do povo.

Já a legislatura ordinária seria mera delegada do povo, destituída de legitimidade para alterar ou violar a Constituição.

A diferença entre a norma constitucional e a norma ordinária não decorreria apenas da diferença entre a maioria exigida para aprovação de uma ou outra, sendo também qualitativa, pois a primeira seria produto de deliberação de melhor qualidade, decorrente de cidadania mobilizada.

Examinando a história norte-americana, Ackerman identifica três períodos históricos nos quais o “povo” se teria pronunciado: a) a aprovação da Constituição Federal em 1791; b) a Reconstrução, após a guerra de secessão, com a aprovação da

¹⁴⁸ HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*, p. 163.

¹⁴⁹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*.

Décima-Terceira, da Décima-Quarta e da Décima-Quinta Emendas; c) o “New Deal”, do Presidente Roosevelt, na década de 30 do século passado, sendo que nele sequer houve alteração formal da Constituição, modificando-se, entretanto, a sua interpretação à luz da nova legislação.

O primeiro momento confunde-se com a fundação da nação norte-americana, e os dois últimos constituem momentos de transformação da Constituição. Todos seriam resultado de rupturas institucionais: a Independência no primeiro caso, a Guerra de Secessão no segundo, e a Grande Depressão no terceiro.

Sendo a Constituição produto do governo do povo e não sendo possível atribuir à legislação ordinária a mesma condição, torna-se possível justificar a jurisdição constitucional pela necessidade de atribuir a uma instituição independente da maioria política a guarda da Constituição.

A teoria encontra algumas dificuldades, especialmente quando à diferenciação entre a produção constitucional e a produção da legislação ordinária, especialmente porque, para Ackerman, sequer é necessário, para aquela, o veículo formal da emenda à Constituição, como ocorreu no caso das transformações decorrentes do “New Deal”. Como o juiz constitucional poderia diferenciar uma ou outra, possibilitando a adoção da conduta apropriada em um outro caso? Como diferenciar a vontade do povo da vontade de seus pretensos representantes?

Retrospectivamente e em países de longa tradição democrática a tarefa parece mais fácil. Entretanto, o julgador não está na posição favorável de um historiador, que conta com o fator tempo para melhor avaliar a história, tendo, ao contrário, o dever de se pronunciar sobre a validade da lei ou de reforma constitucional tão logo a questão seja levada a Juízo, o que normalmente não dista da tomada de decisão. Além disso, em países de história repleta de rupturas institucionais e de “falsos começos”, como o Brasil, o julgador terá também dificuldade para identificar decisões políticas que possam ser imputáveis ao “governo do povo”.

Por outro lado – e aqui a crítica também é dirigida a Hamilton –, conferir à Constituição o caráter democrático não significa qualificar automaticamente a

jurisdição constitucional como opção democrática.

Com efeito, afora os casos de inconstitucionalidade evidente, como quando a legislatura aprova pena de morte constitucionalmente vedada, a Constituição é um documento carente de interpretação, que no mais das vezes é problemática.

Se ela carece de interpretação, o ideal democrático recomendaria, em princípio, que a função de interpretá-la fosse atribuída ao órgão legislativo, por ser esta a instituição de perfil mais democrático.

O argumento recorrente de que desse modo o legislativo seria juiz de seus próprios limites, o que não seria recomendável, é insuficiente para atribuir a outra instituição a função em tela. Ele peca pelo excesso, pois idêntico inconveniente existe se o controle for atribuído ao Judiciário, que, como intérprete final da Constituição, seria também juiz de seus próprios limites.

Assim, mesmo conferindo à Constituição caráter democrático, a legitimidade da jurisdição constitucional ainda dependeria da demonstração de que o juiz constituiria intérprete superior ao legislador quanto ao sentido da Constituição.

Não poucos autores defendem o ponto de vista de que as características do processo judicial, como a necessidade de fundamentação da decisão, e as garantias conferidas aos juízes, como a independência e a inamovibilidade, tornariam a autoridade judiciária mais apta para interpretar a Constituição do que as demais¹⁵⁰.

Por outro lado, a interpretação da Constituição envolveria questões de princípio, como as relativas aos direitos do cidadão perante o Estado e aos limites impostos à maioria política, cuja resolução demandaria argumentação, e não soluções de compromisso, que são frequentes no foro legislativo. Ademais, para a solução de disputa entre argumentos, é necessária uma avaliação qualitativa, sendo pouco relevante o número de defensores de um ou de outro argumento, que é o critério pelo qual são tomadas as decisões legislativas.

¹⁵⁰ Entre eles, PRITCHETT, C. Herman. A supremacia judicial de Marshall a Burger. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*, p. 161-162.

Pode prejudicar tal linha de argumentação algum ceticismo quanto à possibilidade de se encontrarem respostas certas em debates da espécie.

A interpretação da Constituição, especialmente quanto às normas abstratas, como a que protege a liberdade de expressão e a privacidade e a que garante a igualdade, envolve escolhas morais para as quais o juiz não pode invocar qualquer espécie de qualificação superior à do legislador, ou mesmo de qualquer outro cidadão, pelo menos em uma democracia.

Não se ignora que a argumentação jurídica é processo racional, que, se não leva à certeza própria das ciências exatas ou experimentais, pode levar a uma verdade aproximada, própria do saber prático¹⁵¹. Entretanto, nos casos constitucionais, as decisões dependem, em grande parte, da escolha entre valores contrapostos, hipótese em que a razão parece faltar, sendo grande o risco de o ente controlador impor injustificadamente suas preferências ao ente controlado¹⁵².

Trata-se, na realidade, do dilema mais amplo sobre o governo dos especialistas, que, de certa forma, remonta a Platão.

¹⁵¹ Sobre diferentes formas de racionalidade e a importância de Aristóteles para este tema, recomenda-se a leitura de BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Repetindo o próprio ARISTÓTELES, não se deve “buscar a precisão em todas as coisas por igual, mas, em cada classe de coisas, apenas a precisão que o assunto comporta e que for apropriada à investigação” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. p. 16). Faça-se a importante ressalva de que mesmo a certeza própria das ciências experimentais é atualmente relativizada, guiando-se estas por método de ensaio e erro. Segundo POPPER, “es el método de proponer tentativamente soluciones de nuestro problema y después eliminar las falsas soluciones como erróneas” (POPPER, Karl R. *La teoría de la ciencia desde un punto de vista teórico-evolutivo y lógico*. In: _____ *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. p. 17). O progresso científico, segundo o mesmo autor, consiste essencialmente em que algumas teorias são superadas e substituídas por outras teorias, motivo pelo qual, também no âmbito das ciências experimentais, o que se busca é apenas uma aproximação melhor à verdade (POPPER, *Idem*, p. 27 e 36).

¹⁵² Talvez seja John Hart ELY quem teça a mais ácida crítica à utilização da “razão” como parâmetro de controle judicial de constitucionalidade: “A objeção à ‘razão’ como caminho para encontrar valores fundamentais é, portanto, melhor colocada diante da alternativa: ou ela é uma fonte vazia, da mesma forma que os ‘princípios neutrais’ mostraram ser um caminho vazio, ou, se não vazio, é tão flagrantemente elitista e não-democrático que deveria ser rejeitado de imediato. Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de aproximar-se do sufrágio universal somente para dar-lhe as costas e ver impostos valores de profissionais de direito de primeira linha sobre as decisões populares.” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp., p. 59).

Ocorre que, numa democracia, o governo dos especialistas não é opção válida. Em primeiro lugar, porque restaria prejudicado o autogoverno. O povo – é certo – pode tomar decisões com base em informações de especialistas sem que ocorra prejuízo para o autogoverno. Todavia, ele não pode delegar o próprio poder de tomar tais decisões. Em segundo lugar, “governar não é uma ciência no mesmo sentido da física, da química e ainda, em certos aspectos, da medicina”¹⁵³, demandando, conforme visto, julgamentos morais para os quais os especialistas se encontram no mesmo plano que qualquer outro cidadão. Outrossim, haveria notória dificuldade para selecionar “especialistas em governo”, se é que é válida tal expressão.

Está fadada ao fracasso, por ser elitista e antidemocrática, a tentativa de demonstrar que, na interpretação da Constituição, o juiz é superior a qualquer outro cidadão.

É viável outra linha de argumentação.

Não se trata de defender o indefensável – que o juiz teria qualidades superiores para interpretar a Constituição –, mas de verificar se haveria vantagens institucionais que recomendariam a atribuição da guarda da Constituição ao Judiciário. Isso leva ao próximo tópico.

3.3. O ARGUMENTO INSTITUCIONAL

Em uma sociedade aberta, que tem como valor central o pluralismo, os tribunais não podem pretender o monopólio da função de interpretar a Constituição.

É Peter HÄBERLE, com sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” e sua especial concepção de “interpretação”, quem confere a devida amplitude ao círculo dos intérpretes da Constituição:

“O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode assim ser

¹⁵³ DAHL, Robert A. *On democracy*, p. 71.

formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm ‘lebt’, interpretier sie auch (mit). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, interpretação constitucional antecipada.”¹⁵⁴

Assim, mesmo se resgatado o caráter democrático da Constituição, para se atribuir ao juiz a sua guarda seria necessário demonstrar que ele constituiria um intérprete de qualidade superior à dos demais poderes públicos.

Conforme visto, não é possível demonstrar tal superioridade com base em argumentos que apelem para pretensa especial qualificação do juiz para a solução de questões constitucionais, o que, além de indemonstrável, é flagrantemente elitista e não-democrático.

Entretanto, a jurisdição constitucional pode ser defendida com base em argumentos menos pretensiosos.

Não se trata de demonstrar qualquer especial qualificação do juiz para atuar como “oráculo” da Constituição, mas sim de verificar se existem vantagens institucionais em atribuir ao Judiciário a guarda da Constituição.

O próprio Hamilton, como visto, não diz que o Judiciário realizaria melhor tal função, mas apenas que a atribuição dessa função ao Judiciário se justificaria por ser ele o “menos perigoso” dos ramos do poder.

Argumento semelhante é empregado por Hans Kelsen em sua polêmica com Carl Schmitt.

É conhecida a crítica de Carl SCHMITT ao parlamentarismo pluralista da República de Weimar, que submeteria a política ao jogo dos interesses privados dos grupos representados no parlamento e cuja fragmentação prejudicaria a unidade nacional. Pretendendo resgatar a unidade política da nação, defende o ponto de vista de que deve ser atribuída ao Presidente do Reich a função de defesa da Constituição.

¹⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 13-14.

Critica também a proposta de atribuir tal defesa a órgãos judiciários, porque, entre outros motivos, a atividade judicante, de subsunção da norma ao fato, não é equiparável à interpretação da Constituição¹⁵⁵.

Com esse posicionamento, polemiza com Kelsen, defensor da jurisdição constitucional. Além de pretender demonstrar a compatibilidade da atividade judicante com a tarefa de interpretar a Constituição, KELSEN serve-se, na referida polêmica, do argumento já empregado por Hamilton, segundo o qual a seria conveniente atribuir a função de defesa da Constituição a uma instância que não participasse do exercício do poder que a Constituição distribuiria essencialmente entre o Governo e o parlamento¹⁵⁶.

O argumento é válido, e dos mais robustos na defesa da jurisdição constitucional. Se a guarda da Constituição representa grande poder, justifica-se conferi-lo à instituição menos poderosa dentre os ramos do poder, a fim de evitar o incremento excessivo do poder dos demais.

Tal argumento tem a vantagem de não apelar para qualquer virtude especial do juiz, mas, ao contrário, para as suas deficiências, o que é mais satisfatório para o ceticismo pós-moderno¹⁵⁷.

A escolha, na realidade, faz-se por exclusão. Se a Constituição deve prevalecer sobre os poderes constituídos, é necessário atribuir a alguma instituição o poder de controle. Na esteira do defendido por Kelsen, são óbvios os inconvenientes de atribuir tal função ao Executivo e ao Legislativo. Remanesceria como alternativa de escolha o Judiciário, que é o menos perigoso dos ramos do poder.

Em linha semelhante de argumentação, outra defesa recorrente da jurisdição

¹⁵⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed..

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 53-54.

¹⁵⁷ Sobre pós-modernidade e Direito, ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*, especialmente p. 195-234, e FELDMAN, Stephen M. *American legal thought: from premodernism to postmodernism: an intellectual voyage*, p. 137-187.

constitucional apela não para as virtudes do Judiciário, mas para as deficiências democráticas das demais instituições, especialmente do órgão legislativo, com questionamentos acerca de seu caráter democrático.

Segundo os mais céticos, a influência da vontade popular nas decisões do órgão legislativo é no mais das vezes vista como remota, o que autorizaria a falar em crise da representação política e da democracia:

Quando comparada à democracia de inspiração rousseauísta, com efeito, a participação popular nos Estados democráticos reais está em crise por pelo menos três razões: a) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, freqüentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; b) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria autoconservação, e que é cada vez menos representativa; c) também no restrito âmbito de uma eleição “una tantum” sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada, pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc. A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre.¹⁵⁸

Da mesma forma, ARCAYA¹⁵⁹ destaca as seguintes críticas às democracias representativas:

a) a tendência dos representantes de se comportarem como uma oligarquia, que toma decisões autônomas, carentes de transparência e fora do raio de controle do cidadão;

b) o alto grau de desinteresse de grande parte dos cidadãos pelos assuntos públicos, o que é ilustrado pelo elevado grau de abstenção ou de votos nulos nas eleições;

c) o baixo nível de conhecimento dos cidadãos sobre os problemas que afetam a esfera pública, o que reflete na percepção, pelos representantes e pelas autoridades, de que a opinião pública deixou de ser um guia confiável para as suas

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 151.

¹⁵⁹ ARCAYA, Oscar Godoy. Problemas contemporâneos de la democracia representativa. In: JACKISCH, Carlota (Ed.) *Representación política y democracia*, p. 54.

ações; e

d) a reclamação de grupos que se consideram excluídos ou não-representados adequadamente no sistema.

Por outro lado, além de haver atos legislativos dificilmente reportáveis à vontade popular, o legislativo não raramente é também criticado pelo que deixa de fazer.

O processo legislativo contém mecanismos antimajoritários que podem prevenir a transformação da vontade popular em lei, o que favorece a inércia e o *status quo*, este não necessariamente democrático.

Ademais, há elementos que não raramente atuam mais no sentido de obstruir do que de produzir leis, como o próprio bicameralismo (que exige a formação de duas maiorias separadas para aprovação de uma lei), a forma da composição do Senado Federal (que em tese representa os estados federados, e não a população), o poder dos órgãos fracionários do legislativo, a influência dos líderes de partidos e dos chefes de comissões, bem como a influência de “lobbies” e de grupos de interesse¹⁶⁰. Ao lado destes, o poder de veto atribuído ao Executivo seria a peça final desse mecanismo de obstrução da vontade majoritária.

Considerando tais mecanismos antimajoritários, a obstrução de uma lei é tarefa muito mais fácil do que a reunião do suporte necessário para a sua aprovação.

Segundo CHOPER, a crítica ao processo legislativo à vista desses mecanismos não decorre tanto do fato de que ele propiciaria a aprovação de leis indesejadas pela maioria da população, mas sim do fato de que “o Congresso freqüentemente se recusaria a aprovar leis que contariam com o suporte de maiorias nacionais”¹⁶¹.

Por outro lado, parlamentares preocupados com sua reeleição podem

¹⁶⁰ Sobre os mecanismos antimajoritários do processo legislativo, vide CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 25-29.

¹⁶¹ CHOPER, J. Idem, p. 26.

mostrar-se reticentes em aprovar leis sobre temas controversos.

Tais imperfeições do processo legislativo, especialmente a impotência no enfrentamento de questões sensíveis, comprometeriam o seu próprio caráter democrático, o que favoreceria o sentimento de crise da democracia. Esse sentimento, embora generalizado, se acentuaria nas democracias de “baixa intensidade”, como ocorre no Brasil, em que a extrema desigualdade de renda entre os cidadãos, que se reflete na desigualdade de poder político, e as incessantes rupturas institucionais impediram o desenvolvimento de fortes instituições políticas democráticas¹⁶².

As deficiências democráticas das instituições políticas propiciam argumento robusto em favor da jurisdição constitucional.

Se esta pode ser acusada de antimajoritária e, como tal, antidemocrática, acusação não menos grave pode ser feita às demais instituições. Se o processo legislativo apresenta tal deficiência democrática, como poderiam ser invocados argumentos democráticos contra a interferência judicial?

Essa linha de argumentação tem também limites, pois, diante da crise da democracia, o desafio é resgatar a esta sem apelar para soluções autoritárias, que constituiriam apenas retrocesso.

Por outro lado, a deficiência democrática das instituições políticas não é suficiente para caracterizar como democrática a jurisdição constitucional.

Ademais, o órgão legislativo, mesmo com seus vícios, é mais sensível à vontade popular do que o Judiciário, o que caracteriza aquele como instituição mais democrática do que este.

De todo modo, a deficiência democrática do órgão legislativo, embora não seja suficiente para, por si só, conferir legitimidade à jurisdição constitucional, constitui importante argumento em seu favor.

Se a produção legislativa fosse plenamente identificável com a vontade

¹⁶² Para um exame das democracias nos países latino-americanos, vide TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?*, p. 245-250.

popular, seria difícil a defesa da jurisdição constitucional. Como isso não ocorre, é possível encontrar algum espaço para a jurisdição constitucional em nosso regime democrático.

Não pode ela ser defendida como resposta autoritária a tais deficiências da democracia, sob pena de perda de legitimidade. Como, contudo, não é assim, a questão que se coloca é se a jurisdição constitucional pode ser defendida como um remédio a tais males republicanos e, como tal, pode ser destinada ao aprimoramento da democracia, o que remete às teorias procedimentais ou processuais da jurisdição constitucional.

3.4. A TEORIA PROCEDIMENTAL

Uma das contribuições mais criativas para a questão da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade foi dada por John Hart ELY, em livro central na doutrina constitucional norte-americana, “Democracy and Distrust”, com primeira edição em 1980.

ELY inicia sua obra questionando as teorias então prestigiadas acerca da jurisdição constitucional, qualificando-as como “interpretativistas” ou “não-interpretativistas”.

A primeira espécie propõe que o juiz constitucional, diante de seu déficit democrático, deveria limitar-se à interpretação literal da Constituição, tendo como única fonte subsidiária a pretensa vontade dos Fundadores.

A segunda defende ampla liberdade do juiz constitucional na interpretação da Constituição, admitindo uma concepção evolutiva desta segundo o avançar do tempo e do pensamento político, e mesmo a existência de direitos não-enumerados.

Para ELY, as duas teorias seriam inaceitáveis devido à sua incompatibilidade com o ideal democrático.

Para refutar a primeira, além do argumento óbvio relativo à necessidade de se recorrer a elementos extratextuais para a solução de casos constitucionais difíceis,

basta o recurso à objeção de Jefferson, segundo a qual os mortos não têm direitos sobre os vivos.

Quanto à segunda, ELY a qualifica de elitista, por atribuir ao juiz constitucional função quase mística de guardião dos valores da sociedade, sem demonstrar consistentemente o que o qualificaria para tal tarefa.

Superando tal dicotomia e reexaminando a já referida nota n.º 4 formulada pelo juiz Harlan Fisk Stone no caso “Carolene Products Co. v. USA”, de 1938, defende ele o ponto de vista de que a função específica da jurisdição constitucional seria promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas, bem como impedindo a tomada de decisões contrárias a direitos de minorias que não lograssem participação adequada no processo político-democrático, por sofrerem hostilidade e preconceito por parte da maioria política.

No primeiro caso, a jurisdição constitucional estaria legitimada a eliminar restrições às liberdades básicas, como a de expressão e a de acesso à informação, e aos direitos de participação, como o direito ao voto ou de ser eleito. Nessas hipóteses, não caberia a objeção democrática, uma vez que a atividade judicial teria por objetivo o incremento da democracia. Seria também temerário outorgar primazia, nessas matérias, a decisões tomadas pelos órgãos legislativos, pois haveria o risco de seus componentes procurarem obstaculizar o acesso de outros grupos ao poder político, impedindo mudanças que viessem em seu detrimento¹⁶³.

No segundo caso, quando estivesse em discussão a constitucionalidade de política pública dirigida a minoria que sofresse hostilidade ou preconceito pela comunidade, não se justificaria conceder ao órgão legislativo primazia na interpretação da Constituição, visto que ele é o principal representante da maioria hostil. Assim, as

¹⁶³ “As cortes devem controlar as restrições à liberdade de expressão e as outras atividades políticas porque nós não podemos confiar em nossos representantes eleitos para tanto: aqueles que estão dentro desejam ter certeza de que aqueles que estão fora permaneçam fora.” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp., p. 106)

cortes deveriam proteger aqueles que não conseguem proteger a si mesmos através dos canais políticos normais¹⁶⁴. A atuação da jurisprudência constitucional, nessa hipótese, também não encontraria restrição na objeção democrática.

Argumenta ELY que esse enfoque de reforço da democracia evitaria que os juízes, no exercício de sua função, buscassem resultados substantivos, com o risco de sobrepor suas preferências às dos legisladores. A jurisprudência constitucional enfrentaria apenas questões de maior objetividade, relacionadas a procedimento e a participação, afastando obstáculos ao ótimo funcionamento da democracia e invalidando decisões legislativas contrárias a grupos destituídos de representação adequada.

Nessa perspectiva, a atuação da jurisdição constitucional deveria restringir-se a casos de mau funcionamento da democracia, ou seja, quando não se justificasse a confiança no processo democrático, hipótese em que a autoridade judicial estaria melhor qualificada do que o legislador para interpretar a Constituição.

O processo democrático careceria de confiança quando, em síntese:

a) os que estão dentro estão bloqueando os canais de mudanças políticas para assegurar que eles permaneçam dentro e os que estão fora permaneçam fora, ou b) mesmo que ninguém esteja privado verdadeiramente de voz ou voto, os representantes, de olho na maioria efetiva, estão sistematicamente deixando em desvantagem alguma minoria mantida fora por simples hostilidade ou recusa preconceituosa em reconhecer interesses em comum e, desse modo, privando tal minoria da proteção concedida a outros grupos em um sistema representativo.¹⁶⁵

Em síntese, a função da jurisdição constitucional seria policiar o processo democrático, e não os resultados substantivos dele decorrentes.

É interessante notar que a teoria desenvolvida por ELY teve por base concepção procedimental da Constituição norte-americana e sua visão sobre a

¹⁶⁴ “O enfoque busca simplesmente identificar aqueles grupos na sociedade cujas necessidades e desejos nossos representantes eleitos não apresentem interesse em atender. Se o enfoque tem sentido, não seria correto atribuir a efetição destes para ninguém além das cortes.” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp, p. 151)

¹⁶⁵ ELY, J. H. *Idem*, p. 102-103.

jurisprudência da Suprema Corte norte-americana durante a Corte Warren, o que é discutível, porque a Constituição norte-americana contém normas de cunho material não-relacionados com o funcionamento do processo democrático (como a Oitava Emenda que proíbe penas cruéis e não-usuais) e porque nem todos os julgados da Corte Warren, como visto, têm por base concepção procedimental da Constituição.

Além de Ely, também Häberle e Habermas, entre outros, defendem, embora com peculiaridades próprias, concepção procedimental da jurisdição constitucional.

A concepção ampla de intérpretes da Constituição adotada por HÄBERLE transforma a Corte Constitucional em “mediadora de experiências constitucionais”. A intensidade do controle também variaria de acordo com a intensidade da participação popular na gênese da lei¹⁶⁶.

Já para HABERMAS, a Corte Constitucional deve

... entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.¹⁶⁷

A função específica da jurisdição constitucional seria então identificar, preservar e concretizar as “condições processuais da gênese democrática das leis”:

De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor “a priori” uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (...). Somente as “condições processuais da gênese democrática das leis” asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de

¹⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 44-46.

¹⁶⁷ Apud CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*, p. 213.

direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.¹⁶⁸

Há aqui também a tentativa de conciliar as duas linhas de formação do pensamento político moderno, a liberal e a republicana, através da demonstração de que elas não são auto-excludentes, mas sim inter-relacionadas.

Tais concepções procedimentais da jurisdição constitucional são tentadoras, por buscarem a conciliação da jurisdição constitucional com a democracia.

Elas não são, porém, isentas de críticas.

Constituições como a brasileira de 1988 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha contêm normas constitucionais de conteúdo material sem qualquer relação com o sistema democrático.

Existem, é certo, direitos fundamentais funcionais para a democracia, como a liberdade de expressão e o direito à informação.

Inúmeros outros, como a vedação à pena de morte ou o direito dos trabalhadores à participação no lucro das empresas (art. 5.º, XLVII, e art. 7.º, XI, da CF/1988), não estão relacionados ao sistema democrático, constituindo, ao contrário, limites impostos à política ordinária.

Mesmo a sintética Constituição norte-americana contém normas de índole material sem qualquer relação com o processo democrático, como a Oitava Emenda, que proíbe penas cruéis e não-usuais.

Desse modo, as concepções procedimentais não encontram base no Direito Constitucional positivo, cumprindo ao juiz constitucional a guarda de toda a Constituição, e não só das normas relacionadas ao sistema democrático.

Por outro lado, a jurisdição constitucional, mesmo se orientada apenas à regulação do processo democrático, deveria realizar uma opção substantiva acerca do conceito de democracia, o que, conforme visto, não é isento de controvérsia. Se o

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, p. 326. Para uma exposição completa da teoria do filósofo alemão sobre a jurisdição constitucional, com incursões pelo Direito brasileiro, vide CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*.

intento de ELY era eximir a jurisdição constitucional de tais escolhas, então a teoria se vê comprometida logo de início¹⁶⁹.

Lawrence TRIBE, em crítica a ELY, argumenta que, mesmo em casos específicos, seria inevitável que o juiz procedesse a escolhas substantivas nem sempre coincidentes com as do legislador. Tome-se como exemplo o direito de voto. Decisões sobre quem deve votar (se os menores, os estrangeiros, os condenados a sanções penais, ou apenas os proprietários) não se resolvem sem escolhas substantivas. O princípio “um homem, um voto”, adotado pela Suprema Corte norte-americana em “Reynolds v. Sims”, de 1964, resultaria não de “limpeza” de canais políticos de mudança, mas sim de aplicação do princípio da igualdade, sempre orientado por questões substantivas (v. g.: Quem são os iguais e os desiguais? Que desigualdades são juridicamente relevantes?).

Com relação à censura de atos contrários a grupos minoritários, sempre existirão, em regime democrático, perdedores e vencedores, sendo necessário algo mais do que meramente questões de participação e de procedimento para a identificação dos grupos merecedores de proteção judicial. A sociedade hostiliza tanto ladrões quanto homossexuais. Isso não significa, entretanto, que os dois grupos merecem proteção especial das cortes. Para realizar a diferenciação, é necessária a valoração das condutas ou características que identificam um e outro grupo, distinguindo qual deles está exercendo atividade protegida pela Constituição¹⁷⁰.

Quanto a Habermas, a dificuldade reside na determinação das “condições processuais da gênese democrática das leis” que garantiriam o autogoverno e autorizariam a intervenção da jurisdição constitucional.

Não é possível exigir que a própria democracia fixe quais seriam tais condições democráticas, sob pena de incorrer em problema circular.

E se a validade de uma norma no regime democrático depende, segundo

¹⁶⁹ Tal crítica é formulada por DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, p. 57-69.

¹⁷⁰ TRIBE, Lawrence H. *Constitutional choices*, p. 9-20.

HABERMAS, do assentimento racional de todos por ela afetados, é necessária a presença das condições que tornam possível esse assentimento, o que pressupõe que os engajados no diálogo sejam cidadãos livres e iguais.

Se isso é correto, então as condições necessárias para a gênese democrática das leis se assemelham à visão substantiva de democracia defendida por Dworkin, segundo a qual esta se assenta no princípio de que todos devem ser tratados como livres e iguais¹⁷¹.

O fato é que, repetindo, MICHELMAN, “... o constitucionalismo – o desafio de submeter o governo à razão veiculada como lei – inevitavelmente significa o estabelecimento de um conjunto de primeiros princípios normativos e inteligíveis fixados ‘a priori’, não-negociáveis e não-sujeitos a discussão.”¹⁷²

Em que pesem as teorias procedimentais, entre Constituição e democracia sempre existirá certa tensão, além de uma relação de complementação, o mesmo ocorrendo entre democracia e jurisdição constitucional.

Diante dessa tensão e da necessidade de garantir e aprofundar a democracia, a legitimidade da jurisdição constitucional dependerá de sua capacidade de agir em sintonia com o ideal democrático.

A história revela formas de atuação da jurisdição constitucional prejudiciais à democracia, como a “Era Lochner” ou a excessiva deferência judicial no Brasil a abusos do Executivo.

Não obstante, revela também formas de atuação compatíveis com a democracia e mesmo favoráveis à sua intensificação, como parte relevante da produção da Corte Warren.

As teorias procedimentais, apesar de não constituírem a resposta final à

¹⁷¹ Sobre as semelhanças e diferenças entre o discurso de Dworkin e o de Habermas, vide MICHELMAN, Frank I. *Democracy and positive liberty*. In: *Boston Review*. v. 21, n. 5, nov. 1996, <http://bostonreview.mit.edu/BR21.5>. Idêntica comparação entre Dworkin e Robert Post, outro procedimentalista, é realizada em MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*.

¹⁷² MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*, p. 50.

questão da legitimidade da jurisdição constitucional, têm o mérito de buscar tal resposta na sua compatibilização com a democracia.

Embora também não se possa concordar com as teorias procedimentais quanto à limitação da jurisdição constitucional a casos de mau funcionamento da democracia, fornecem elas valiosos argumentos para uma abordagem funcional de tal jurisdição, especialmente para a construção de um controle judicial de diferentes intensidades. Com efeito, a necessidade de adequação da jurisdição constitucional ao regime democrático pode justificar a adoção de postura de autocontenção em certos casos e de ativismo judicial em outros, como se verá a seguir.

3.5. A ABORDAGEM FUNCIONAL

O caráter antimajoritário da jurisdição constitucional gera impasses na sua qualificação como compatível com a democracia.

Todos os enfoques examinados que buscam essa compatibilização são questionáveis, embora tenham inegavelmente alguns méritos.

Tal impasse tem inclusive motivado alguma desilusão com a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia. O cansaço provocado por essa discussão leva inclusive ao entendimento de que seria fútil a busca de legitimidade¹⁷³.

A discussão, contudo, não é fútil.

É forçoso reconhecer que não existe resposta fácil para essa questão e que ela não se resolverá por um passe de mágica.

Também não é possível concluir que a jurisdição constitucional é sempre compatível com a democracia, o que é ilustrado pela negativa “Era Lochner”.

Entretanto, também não é possível qualificar todas as decisões da jurisdição constitucional como antidemocráticas, pelo menos não considerando “democracia”

¹⁷³ TRIBE, Lawrence H; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*, p. 3-8.

como um *standard* substantivo.

Em um regime constitucional, são impostos limites ao poder político, seja este exercido por um monarca ou por uma assembléia democrática.

Se existir uma opção política pela atribuição da guarda da Constituição aos juízes – sendo oportuno lembrar que tal opção não é necessária, mas fruto de conveniência fundada na própria fragilidade do poder judicial –, ainda assim a atividade dos juízes poderá ser caracterizada como democrática ou não.

A legitimidade da jurisdição constitucional dependerá, então, de uma avaliação dos resultados, o que remete à história de sua produção.

Tendo por base esses resultados e também as considerações já feitas acerca da relação entre jurisdição constitucional e democracia, é possível defender um papel específico para essa jurisdição num regime democrático.

Jesse CHOPER realiza trabalho dessa espécie em vista da produção da Suprema Corte norte-americana¹⁷⁴.

Reconhece ele as tensões existentes entre jurisdição constitucional e democracia. Uma jurisdição excessivamente ativa seria prejudicial à democracia e dificilmente gozaria de apoio popular.

Existiriam três espécies de questões constitucionais que poderiam chegar ao juiz constitucional: as relativas aos direitos individuais, as que envolvem o princípio da separação dos poderes e as relacionadas ao federalismo.

CHOPER argumenta que a finalidade da atuação do juiz constitucional é a defesa e a promoção dos direitos individuais. A irresponsabilidade política do juiz constitucional, que o tornaria independente da maioria política, colocá-lo-ia em melhor posição do que as demais autoridades públicas para a defesa e a promoção dos direitos individuais. Afinal,

Direitos individuais foram especialmente destinados na Constituição àqueles que não possuíam expectativas de prevalecer através dos procedimentos democráticos ortodoxos,

¹⁷⁴ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court.*

cujos destinos seriam provavelmente desconsiderados em um regime no qual prevalece o princípio da maioria simples, ou que ficariam plausivelmente em desvantagem quando os interesses que prevalecem através de “regras minoritárias” fossem suficientemente “homogêneos e hostis” para sobrepujar as barreiras normais para a ação política.¹⁷⁵

Os erros da jurisdição constitucional quanto aos direitos individuais, e CHOPER reconhece tais erros na história da Suprema Corte norte-americana, não resistiriam, por outro lado, à pressão do tempo e da maioria política.

Ademais, como a efetividade da jurisdição constitucional depende da aceitação de suas decisões pelo povo e pelos demais ramos do poder – afinal o juiz não tem o controle nem da “bolsa” nem da “espada” –, o ativismo judicial acarreta o risco de esgotar o “capital institucional” daquela jurisdição, comprometendo a sua efetividade¹⁷⁶.

Para preservar o prestígio institucional do juiz constitucional sem comprometer sua tarefa relativa aos direitos individuais, a saída possível seria a adoção de postura de autocontenção nas demais espécies de casos constitucionais, ou seja, o relativo à separação de poderes, que envolveria conflitos entre os poderes, e o relativo ao federalismo, que envolveria conflitos entre a União Federal e os estados federados.

Aliás, nesses últimos campos de atuação a atuação do juiz constitucional não seria tão necessária para a defesa da Constituição quanto em casos relativos a direitos individuais.

Abusos do Executivo, como a usurpação de poder do Legislativo, poderiam, por exemplo, encontrar obstáculo na própria vontade parlamentar ou em eleições. Se tais freios não fossem suficientes, dificilmente o juiz constitucional lograria sucesso em substituição a eles.

Quanto aos casos que envolvem o princípio da separação dos poderes,

¹⁷⁵ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 64-65.

¹⁷⁶ CHOPER, J. *Idem*, p. 139.

ressalva CHOPER os conflitos entre o Judiciário e os demais poderes, especificamente a regulação legislativa do poder judicial, matéria na qual o Judiciário deveria ter a última palavra, pois o Congresso seria relativamente insensível à manutenção dos poderes judiciais, especialmente quando estes obstruíssem os seus próprios objetivos.

Por sua vez, os estados federados teriam seus interesses suficientemente representados no órgão legislativo federal, tendo condições de, sem auxílio judicial, se defenderem de agressões do poder federal ou de invasões deste em matérias que, em princípio, seriam reservadas à competência dos estados.

Quanto ao federalismo, porém, CHOPER admite atuação mais incisiva da jurisdição constitucional na defesa dos interesses federais na órbita estadual, pois estes, diferentemente do que ocorreria no caso anterior, não estariam suficientemente representados nos órgãos democráticos estaduais.

A história da Suprema Corte norte-americana favoreceria tal proposta funcional.

Haveria vasta jurisprudência a ser invocada em favor da atuação judicial em prol dos direitos fundamentais, citando esse autor, entre vários julgados, o já mencionado caso “Brown”.

Em favor da restrição da atuação da Corte em casos relativos à divisão de competência entre a União Federal e os estados, cita ele uma série de casos em que, a seu ver, o Supremo teria agido melhor se tivesse se recusado a apreciá-los, entre eles “Hammer v. Dagenhart”, de 1918, no qual foi estabelecido que a União não teria competência para proibir o comércio interestadual de produtos fabricados com o emprego de mão-de-obra infantil¹⁷⁷.

Já quanto aos casos relativos à “separação de poderes”, nos quais teria havido conflito entre o Executivo e o Congresso, seus resultados não seriam alterados se fosse adotada a postura de autocontenção. A vantagem da autocontenção seria evitar o risco

¹⁷⁷ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 193-194.

de decisões equivocadas do juiz constitucional, o que afetaria o seu capital institucional, encorajando o Executivo e o Legislativo a resolverem seus próprios conflitos através do processo político normal¹⁷⁸.

CHOPER faz a importante ressalva de que a autocontenção judicial não teria lugar em casos que envolvessem o princípio da separação dos poderes ou o federalismo se fosse possível identificar uma questão independente relativa a direito individual. Nesses casos, não estaria envolvida apenas a questão de competência – ou seja, qual seria o poder competente para a ação questionada –, mas também a de violação ou não de direito individual pela própria ação questionada, independentemente de seu autor.

Cabem questionamentos acerca da abordagem funcional de CHOPER. Tem ela por base juízo avaliatório sobre o acerto ou não de decisões da Suprema Corte norte-americana. Entretanto, pode haver, como há de fato, divergência quanto à qualificação de uma decisão judicial como boa ou má. Por exemplo, “Roe v. Wade”, de 1973, é objeto de inúmeras controvérsias.

Por outro lado, ainda que o juiz constitucional assumira postura ativa apenas quanto aos direitos fundamentais, ainda haverá largo espaço para divergência nessa matéria, permanecendo problemática a atuação da jurisdição constitucional no regime democrático.

De qualquer forma, há que se reconhecer o valor de abordagens funcionais caso se pretenda defender a jurisdição constitucional em um regime democrático.

A jurisdição constitucional constitui boa alternativa institucional caso se pretenda impor limites ao poder político democrático. Entretanto, mesmo assim é necessário encontrar um papel adequado para a jurisdição constitucional, a fim de que sua atuação não comprometa o caráter democrático do regime.

Não é recomendável uma postura excessivamente restritiva, como a

¹⁷⁸ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, p. 377-379.

limitação da censura judicial a casos de evidente inconstitucionalidade. A Constituição não é um código civil, e a interpretação da Constituição não se resume a comparação mecânica do texto da lei com o da Constituição. Se adotada tal postura, permaneceriam carentes de proteção judicial as mais importantes normas da Constituição, tais como as que veiculam as liberdades constitucionais e o princípio da igualdade.

Por outro lado, uma postura excessivamente ativista aumentaria as tensões entre o juiz constitucional e as demais autoridades públicas. O juiz constitucional não deve tornar-se instância revisora de todas as decisões das demais autoridades públicas, especialmente das eleitas, sob pena de comprometimento do caráter democrático do regime. Ademais, as limitações da argumentação jurídica recomendam cautela na revisão judicial de leis sobre matérias constitucionais absolutamente controvertidas.

Como é consabido, a virtude está no meio.

Os juízes constitucionais precisam compreender o seu papel secundário no regime democrático. Por sua maior responsabilidade democrática, os principais encarregados da formulação das políticas públicas são o Legislativo e o Executivo, não devendo o Judiciário pretender substituí-los nessa função. Nem toda controvérsia política pode, por outro lado, ser resolvida como questão jurídica, sendo limitadas as respostas que podem ser fornecidas pela argumentação jurídica. O “fundamentalismo jurídico” não é compatível com a sociedade pluralista.

A autocontenção não implica abdicação do controle judicial de constitucionalidade, mas apenas certo grau de deferência em relação à atividade dos demais poderes constituídos.

Por outro lado, ela não pode ser adotada de forma absoluta e genérica. Há casos em que é reclamada uma atuação incisiva da jurisdição constitucional. Em casos de mau funcionamento da democracia, é possível, como se verá adiante, defender uma postura mais ativa do juiz constitucional, apelando-se para argumentos favoráveis à própria democracia, especificamente no resguardo do seu caráter deliberativo, na defesa de direitos fundamentais para o seu funcionamento, na proteção de grupos

social e politicamente vulneráveis, bem como para o rompimento da inércia parlamentar. Nesses casos, a autocontenção, ao invés de constituir elemento favorável à legitimidade da jurisdição constitucional, poderia levar ao resultado contrário. A recusa no enfrentamento dessas questões com seriedade é que enfraqueceria a legitimidade da jurisdição constitucional.

Ainda nesses casos, adoção de postura ativa não levaria inevitavelmente a juízo de censura sobre a ação ou omissão dos demais poderes públicos, embora seja esse um resultado mais provável neles do que nos casos em que fosse adotada a autocontenção.

Tais distinções levariam à adoção, na prática, de padrões diferenciados de atuação da jurisdição constitucional, com controle de níveis de intensidade diferenciados, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América, com base na doutrina inaugurada pela nota n.º 4 do caso “Carolene”.

O emprego de padrões diferenciados evitaria o controle excessivo e abrangente do regime democrático pelo Judiciário, o que não seria aceitável, sem, contudo, comprometer a possibilidade do exercício de controle judicial intenso sobre questões fundamentais.

Antes do detalhamento de tais propostas funcionais, são oportunas algumas considerações prévias acerca da interpretação da Constituição. Afinal, trata-se de questão relacionada com a própria legitimidade da jurisdição constitucional. Com efeito, é necessária a busca de um método adequado de interpretação da Constituição, a fim de que os juízes possam encontrar respostas adequadas para o seu significado, tornando legítima a censura de respostas inadequadas dadas pelos outros poderes constituídos. É o que se examinará no próximo capítulo, voltando-se posteriormente ao detalhamento da proposta funcional.

4. INTERPRETANDO A CONSTITUIÇÃO

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em sociedade aberta e pluralista, os tribunais não podem pretender o monopólio de interpretação da Constituição.

Häberle é quem confere à devida amplitude ao círculo de intérpretes da Constituição, com a sua “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Se os juízes não são os únicos intérpretes, a legitimidade das intervenções da jurisdição constitucional passa a depender da demonstração da superioridade da interpretação judicial sobre a realizada pelos demais poderes constituídos ou mesmo pelo cidadão comum.

Daí a necessidade de buscar um método adequado de interpretação da Constituição, que torne legítima a interferência judicial.

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional está, portanto, intimamente relacionada com a questão do método adequado de interpretação da Constituição.

Por esse motivo, várias propostas interpretativas não visam apenas estabelecer um método de interpretação geral da Constituição, mas sim um método específico a ser empregado pelos juízes.

Métodos de interpretação desacreditados, como o literal ou o que apela para a vontade do legislador histórico, podem, nessa perspectiva, ser reabilitados.

Assim, não se trata de defender a interpretação literal como o melhor método de interpretação da Constituição, mas sim de restringir os juízes a ele, de forma a evitar interferência judicial excessiva na democracia.

Por outro lado, não existe na doutrina nem na jurisprudência consenso sobre um único método adequado de interpretação da Constituição.

CANOTILHO, em manual bastante prestigiado, arrola, na linha do

pensamento germânico, pelo menos cinco diferentes métodos: o jurídico, o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante¹⁷⁹.

Na perspectiva pós-moderna, é talvez inapropriado defender um único método correto de interpretação da Constituição.

O mais apropriado seria reconhecer o valor de cada um dos métodos propostos na interpretação da Constituição ou de normas constitucionais específicas.

Nem sempre, contudo, os diversos métodos interpretativos são compatíveis entre si, podendo levar a resultados interpretativos diferenciados, o que não permite, pelo menos de maneira geral, a recíproca complementação, levando de novo à busca de um método adequado.

A desconfiança quanto à capacidade racional do homem pode colocar em dúvida o êxito de empreitada da espécie.

Entretanto, mesmo uma salutar desconfiança, que não desande para o niilismo, não compromete a discussão do tema. Ainda que seja duvidosa a descoberta ou a elaboração de um único método correto, mesmo assim é viável a diferenciação entre os diversos métodos, com o repúdio racional de alguns, por serem inapropriados ou por levarem a resultados indesejados. Quanto aos remanescentes, desde que não sejam incompatíveis entre si – o que levaria à exclusão de pelo menos um ou ao estabelecimento de relação de precedência –, poderão eles complementar-se para a melhor interpretação da Constituição ou de norma constitucional específica.

A desconfiança quanto à capacidade racional do homem tem também o efeito benéfico de afastar de pronto as ilusões quanto à possibilidade de descoberta ou elaboração de um método infalível ou que possa, sem maior esforço, fornecer a verdade, ou seja, uma resposta absoluta para os desafios interpretativos do texto constitucional.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1084-1086.

A argumentação jurídica, como toda argumentação prática, tem limites. Assim, é possível estabelecer algumas regras que podem definir como falsos alguns resultados interpretativos. Contudo, ela não poderá, devido aos seus limites, levar à descoberta da verdade em temas constitucionais controvertidos. Ademais, quanto menos formais forem as regras da argumentação jurídica, mais controvertidas elas serão, ampliando o espaço para o dissenso.

O que se deve ter em mente é que a Constituição pretende disciplinar o fenômeno político, estabelecendo as bases do Estado e da sociedade. Ela traça, pelo menos, regras básicas acerca da relação entre o Estado e o cidadão, e entre os próprios cidadãos. Em uma democracia pluralista, há discussão profunda acerca dessas relações e dessas regras básicas. Não se pode esperar que uma Constituição ou um método de interpretação da Constituição elimine, qual passe de mágica, tais controvérsias. O juiz constitucional não é o “Deus ex machina” do pensamento político.

A busca de um método adequado de interpretação da Constituição não deve ter a pretensão de resolver automaticamente questões constitucionais e políticas controvertidas, como se fosse prescindível a discussão substantiva de tais questões. Desse modo, o método que se busca terá um papel relevante, mas limitado, na resolução dessas controvérsias, não se devendo esperar dele o que ele não pode oferecer.

4.2. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Uma questão prévia para a discussão dos métodos é a existência ou não de uma especificidade da interpretação do Direito Constitucional em relação à interpretação do Direito em geral.

A elevada generalidade, a abstração e o grau de abertura das normas constitucionais são geralmente indicados como elementos diferenciadores. Todavia, normas equivalentes podem ser encontradas no Direito infraconstitucional, não sendo incomum encontrar na legislação ordinária princípios abertos.

Isso é verdadeiro, embora em menor quantidade do que nas Constituições.

Mesmo na Constituição brasileira, criticada por seu detalhismo pouco freqüente, podem ser encontrados, ao lado de regras bem determinadas, princípios jurídicos em profusão, especialmente na parte reservada aos direitos fundamentais.

De qualquer forma, ter-se-ia aqui apenas uma diferenciação de grau, que não justificaria falar em um método de interpretação da Constituição diferente do adotado para o restante do mundo jurídico.

O caráter político da Constituição e de sua normas é outro fator comumente considerado elemento de diferenciação. Como a Constituição procura disciplinar o fenômeno político, não é viável interpretá-la sem apelar para o seu conteúdo político.

Para ilustrar a necessidade de recorrer ao discurso político, DWORKIN fala na necessidade de uma “leitura moral” das normas constitucionais. Isso não significa que é possível interpretá-la considerando-a como a corporificação de credo político imutável ou incontroverso. Em sociedades democráticas e pluralistas, se é possível falar em consenso sobre alguns temas políticos, este será extremamente limitado, restrito a algumas regras fundamentais, como a própria preservação do regime democrático. O necessário recurso ao discurso político se faz por inteiro, sem eliminar as controvérsias reinantes nesse domínio.

A lei infraconstitucional também deve ser interpretada à luz de seus pressupostos políticos. Contudo, diferentemente do que ocorre no nível constitucional, não será tão comum a necessidade de recorrer ao discurso político.

A principal diferença entre a interpretação da Constituição e a interpretação do direito infraconstitucional está relacionada com a questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Não sem alguma razão já se afirmou que o principal destinatário das normas jurídicas é o juiz, como seu aplicador, e não propriamente aquele que deve se

comportar segundo o previsto no mandamento primário da norma¹⁸⁰. Assim, a norma tipificadora do homicídio não se dirigiria somente ao cidadão, buscando a prevenção do crime, ou ao homicida, buscando a repressão do crime, mas também ao juiz, que, a vista do homicídio, deve aplicar a sanção legal ao infrator.

No direito infraconstitucional, é atribuído papel proeminente ao juiz, por ser ele o aplicador do Direito. Especificamente no Direito Penal, no qual há reserva judicial para a função punitiva, o juiz assume a posição de intérprete por excelência, não tendo ele intérpretes concorrentes em melhor ou igual posição. Isso não significa, obviamente, que o juiz pode agir arbitrariamente, mas apenas que ele pode dedicar-se à interpretação do Direito sem maior preocupação com a visão dos demais poderes constituídos.

No caso do Direito Constitucional, o juiz não ocupa posição de tão larga proeminência. Na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ele não pode arrogar-se o monopólio da interpretação (aliás, nem mesmo da interpretação do Direito em geral).

Não é o juiz o único nem o principal destinatário das normas constitucionais. Na tarefa de interpretação da Constituição, o legislador democrático ocupa um papel

¹⁸⁰ Segundo BOBBIO, Jhering é considerado o primeiro que “substitui a concepção tradicional segundo a qual os destinatários das normas são os cidadãos (isto é, todos os membros da sociedade) pela concepção (hoje muito difundida) segundo a qual os destinatários são os órgãos judiciários (e, em geral, os órgãos do Estado)” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 156). Já no século XX, ROSS é um dos principais defensores desse entendimento: “A quem são dirigidas as normas de conduta? O ‘Uniform Negotiables Instruments Act’, seção 62, por exemplo, prescreve aparentemente como uma pessoa que aceitou uma letra de câmbio deverá se comportar. Porém, este enunciado não esgota o significado normativo de tal norma; na verdade, não chega sequer a se aproximar do que é realmente relevante. A seção 62 é, ao mesmo tempo, uma diretiva aos tribunais quanto a como, nun caso que se enquadre nessa regra, deverão exercer sua autoridade. É óbvio que somente isto que interessa ao jurista. Uma medida legislativa que não encerre diretivas para os tribunais só pode ser considerada como um pronunciamento ideológico-moral sem relevância jurídica.” (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 57.) Coerentemente, para ROSS, o ordenamento jurídico é o “conjunto de regras para o estabelecimento e o funcionamento do aparato de força do Estado” (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 58).

tão importante quanto ele, senão até mais importante. E assim é porque, em uma democracia, os legisladores são os principais responsáveis pela formulação das políticas públicas. Assim, eles devem estar atentos aos limites e ditames constitucionais. O juiz não pode, por carência de legitimidade, pretender substituir o legislador nessa tarefa. A legitimidade de sua intervenção na atividade do legislador demandará a demonstração do desacerto da interpretação constitucional pressuposta pelo ato ou pela omissão legislativa. Somente quando a atividade do legislador for passível de censura é que o juiz constitucional estará autorizado a agir.

A discussão acerca da interpretação da Constituição tem por pano de fundo a concorrência entre o legislador e o juiz constitucional nessa tarefa. Tanto a lei quanto a sentença desenvolvem a Constituição¹⁸¹.

Por isso, embora a interpretação do direito infraconstitucional esteja longe de se caracterizar como singela, há exacerbação da dificuldade quando o objeto a ser interpretado é a Constituição.

Deve o juiz constitucional interpretá-la literalmente? É legítimo o recurso à pretensa vontade constituinte? A leitura moral é compatível com a Constituição?

São essas indagações que assombram a atividade do intérprete da Constituição, especialmente quando há divergência entre o juiz constitucional e o legislador.

Por esse motivo, embora não se possa dizer que a interpretação da Constituição é estranha à interpretação do Direito em geral, é necessário reconhecer essas peculiaridades, que informarão a procura do método adequado de interpretação.

4.3. OS MÉTODOS TRADICIONAIS

Denominam-se aqui de tradicionais os métodos textual, histórico, teleológico e sistemático.

¹⁸¹ Como não escapou à percepção de GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*, p. 23-24.

Dependendo da compreensão do que vem a ser cada um deles, esses métodos podem adquirir feições modernas. Por exemplo, o originalismo norte-americano, segundo o qual a Constituição deve ser interpretada à luz da vontade dos Pais Fundadores, assemelha-se ao método histórico, e o interpretativismo norte-americano, segundo o qual a linguagem da Constituição é o ponto de partida e o limite da interpretação, assemelha-se ao método textual.

Nenhum deles se baseia em discutível precedência de um método em relação a outro, mas sim em considerações acerca do caráter antidemocrático do juiz constitucional e da necessidade de que a atividade deste tenha por base fonte segura e independente de suas preferências pessoais.

Questão que se coloca diz respeito à suficiência de tais métodos para a interpretação da Constituição.

Faça-se a advertência de que a interpretação da Constituição não seria menos problemática caso fossem adotados apenas os métodos tradicionais. Afinal, se os diferentes métodos apontarem para resultados interpretativos diferenciados, restará o problema de determinar qual deles terá precedência, não existindo consenso na doutrina nem na jurisprudência sobre a existência de uma relação de hierarquia absoluta entre eles¹⁸².

De todo modo, os métodos tradicionais, pelo menos compreendidos em seu sentido comum, não constituem instrumentos suficientemente adequados para a resolução dos desafios interpretativos da Constituição.

Pergunta-se: A Constituição brasileira permite a adoção de políticas de ação afirmativa além daquelas nela expressamente previstas, como a do artigo 37, VIII? A interrupção voluntária da gravidez pode, à luz da Constituição, ser indiscriminadamente criminalizada? A união homossexual está protegida pela Constituição? A liberdade de expressão protege a divulgação de notícia falsa pela

¹⁸² A esse respeito, vide ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 237-238.

imprensa?

O intérprete poderá vasculhar a Constituição brasileira, mas não conseguirá encontrar respostas explícitas para essas questões.

É também duvidoso que possa ser encontrada alguma resposta concreta a quaisquer dessas indagações na história da Constituinte.

Tais questões encontram-se em aberto, não tendo sido decididas por inteiro pela Constituição ou pelo constituinte. O texto constitucional, principalmente através de seus princípios, pretende ser apenas um ponto de apoio para a resolução dessas questões, que dependem do desenvolvimento e da efetivação de suas potencialidades pela comunidade de intérpretes¹⁸³.

É inevitável o recurso a elementos extra-textuais para a obtenção de tais respostas. Os métodos tradicionais têm pouco a oferecer em tal atividade, centrados que são na descoberta de uma pretensa vontade objetiva da norma ou subjetiva do produtor da norma.

Ressalve-se que há alternativa apta à reabilitação dos métodos tradicionais, que consiste em tornar desnecessário o recurso a elementos extra-textuais. Para tanto, é necessário evitar que se incluam na Constituição normas de grande abstração, optando-se por redação o mais minuciosa possível.

Tal alternativa tem inconvenientes, pois leva ao engessamento da Carta e à necessidade de sucessivas alterações formais difíceis e indesejadas.

Não se pode também ignorar o papel de tais normas abstratas em uma Constituição. Na sociedade pluralista atual, é comum o dissenso em relação a provisões determinadas, sendo mais fácil obter convergência em relação a princípios abstratos.

Assim, por exemplo, há larga controvérsia, inclusive no Brasil, sobre políticas afirmativas, especialmente no que se refere à fixação, nas universidades

¹⁸³ Sobre a insuficiência dos métodos tradicionais, vide HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 57-60.

públicas, de quotas para grupos vulneráveis. No entanto, não grassa igual dissenso em relação ao princípio da igualdade, basilar em uma democracia. Em outras palavras, apesar de o princípio restar bem estabelecido como exigência do regime democrático, remanesce o dissenso em relação ao seu significado em situações específicas.

Dá a importância da inclusão desses grandes princípios na Constituição, em detrimento de normas mais determinadas, sobre as quais reina o dissenso. Estabelecido o princípio, abre-se às gerações futuras, pelo processo parlamentar ou judicial, a possibilidade de discuti-los e concretizá-los segundo a sua realidade e o pensamento político então predominante.

Por outro lado, não raramente a jurisdição constitucional tem sido defendida pela especial capacidade do juiz de resolver questões de princípio, para as quais ele poderá estar melhor habilitado do que o legislador, este habituado a compromissos ocasionais. Embora haja discussão sobre esse tópico, seria paradoxal afastar a jurisdição constitucional da função para a qual ela está melhor preparada. Se não é apropriada a opção pelo afastamento do juiz constitucional da tarefa de interpretação das grandes normas e se os métodos tradicionais não permitem a extração de boas respostas interpretativas a esse desafio, então resta a tarefa de encontrar métodos mais adequados para tanto.

4.4. OS NOVOS MÉTODOS

No método tópico-problemático, de Theodor Viehweg, a norma cede sua posição de proeminência ao problema a ser resolvido. Este será solucionado mediante o recurso aos “tópoi” ou, nos dizeres de CANOTILHO, a “pontos de vista, sujeitos à prova de opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1085.

Em que pese a relevância do método tópico na interpretação do Direito em geral, e não só do Direito Constitucional, pois ele possibilita evitar legalismo extremado e a construção da melhor solução para o caso concreto, é possível questioná-lo pelo papel menor que confere à norma, o que, no contexto de um regime democrático, é problemático. Não se quer dizer que a norma deve ser cegamente aplicada ao caso concreto ou que o Direito não pode sofrer adaptações diante das necessidades e peculiaridades do caso concreto¹⁸⁵. Todavia, não se pode conferir à norma um papel secundário na interpretação do Direito.

O método científico-espiritual tem em Rudolf SMEND¹⁸⁶ um de seus defensores. A interpretação da Constituição deve levar em conta os valores subjacentes ao texto constitucional, bem como o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração¹⁸⁷. A proposta não é clara. Conquanto compreendam valores, as normas jurídicas não podem ser reduzidas a valores. Normas estabelecem um dever-ser, e não preferências a serem seguidas. Na interpretação constitucional, o apelo sem maior cuidado aos “valores éticos da comunidade” pode, ademais, servir a linhas de atuação extremamente conservadoras e mesmo reacionárias, o que é pouco compatível com o ideal democrático.

Segundo o método hermenêutico-concretizador, a tarefa do intérprete é concretizar as normas constitucionais abstratas, admitindo-se a precedência da norma, mas também a importância da realidade, bem como o papel criativo do intérprete. Entre o mundo normativo e o mundo real há distância considerável a ser vencida pelo intérprete, através de atividade de ir e vir entre norma e realidade, em autêntico círculo hermenêutico¹⁸⁸. Konrad HESSE adverte que

¹⁸⁵ Sobre a possibilidade de adaptação do Direito ao caso concreto, é imprescindível a consulta a GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed., especialmente p. 465-482.

¹⁸⁶ SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*, especialmente p. 93-106 e 197-203.

¹⁸⁷ A síntese é de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1086-1087.

¹⁸⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed., p. 336-337.

“... a concretização de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’ que essa norma está determinada a ordenar.”¹⁸⁹

A importância do componente “realidade” é ressaltada no pensamento de Friedrich MÜLLER. Para ele, a concretização da norma constitucional, ou seja, a “norma de decisão do caso”, seria produto de interação entre dois componentes da norma, que gozariam de idêntica importância para o intérprete: o “programa da norma”, representado pelo teor literal, juntamente com todos os recursos interpretativos do texto constitucional, e o “domínio ou âmbito da norma”, a estrutura do segmento da realidade social regulada pelo programa da norma¹⁹⁰.

O originalismo, vertente moderna da interpretação histórica, apela, por sua vez, à suposta vontade do constituinte, o que envolve a jurisdição constitucional em controvérsias históricas não facilmente dirimíveis. Embora essa proposta seja formulada por seus mais hábeis defensores com base em argumentos pró-democracia, ela impede a interpretação evolutiva da Constituição, o que tem relevante peso contra ela. Ela pode, outrossim, ser criticada como pouco democrática, bastando lembrar a crítica de Jefferson segundo a qual os mortos não têm direitos sobre os vivos.

No contexto norte-americano, o originalismo encontra severo obstáculo no já examinado caso “Brown”. Ele não permitiria que se alcançasse decisão pela dessegregação, tanto assim que a intenção dos autores da Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana foi expressamente descartada, na célebre decisão, como fonte interpretativa. Devido à popularidade de “Brown”, é necessário reconhecê-la como decisão correta no Direito Constitucional norte-americano, o que não permite a adoção do originalismo como estratégia válida de interpretação constitucional.

O interpretativismo, vertente moderna da interpretação literal, não raramente

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 50-51.

¹⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I, p. 42-43.

é associado ao conservadorismo judicial. Na atualidade, um de seus principais defensores, o juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte norte-americana, bem ilustra tal relação¹⁹¹.

Entretanto, a adoção de estratégias de interpretação literal pode levar a resultados que dificilmente poderiam ser caracterizados como conservadores.

A propósito desse tema, vale lembrar a já mencionada interpretação literal defendida por Hugo BLACK para a Primeira Emenda à Constituição norte-americana. Segundo ele, tal norma estabelecia proteção absoluta da liberdade de expressão. Ao seu tempo, aliás, Black se opunha às posições do juiz Felix Frankfurter, que adotava posições mais maleáveis em relação à liberdade de expressão, através de método de interpretação que pode ser considerado mais moderno, o da ponderação entre direitos e outros interesses constitucionalmente protegidos (“balancing test”).

E o que dizer da interpretação literal do § 1.º do artigo 5.º da Constituição brasileira, defendida, entre outros, por GEBRAN NETO¹⁹²? Dificilmente, poderia ser caracterizada como conservadora. Para o referido autor, o dispositivo significa literalmente o que ele estabelece, ou seja, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, compreendendo a autorização ao juiz para vencer a distância entre a norma e os fatos, inclusive mediante o suprimento de eventual falta de regulação legislativa. Contudo, ele reconhece que tal interpretação acarreta dificuldades de difícil transposição para grande parte dos direitos fundamentais da Carta Constitucional, principalmente para os que têm por objeto prestações estatais de caráter material. Para contorná-las, argumenta que a regra da aplicabilidade imediata abrange tão-somente os direitos fundamentais arrolados no artigo 5.º da Constituição, em sua maioria liberdades e direitos de defesa e de participação, o que encontra apoio na localização do dispositivo.

¹⁹¹ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*.

¹⁹² GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: A busca de uma exegese emancipatória*.

Essa interpretação, apesar de restringir o âmbito de abrangência da regra de aplicabilidade imediata, atribui a máxima eficácia ao mandamento constitucional. O julgador estaria, portanto, obrigado a conferir aplicabilidade imediata a todas as normas de direito fundamental do artigo 5.º da Constituição brasileira, independentemente de regulação legislativa. Saliente-se que o suprimento judicial visa viabilizar “direitos”, seja qual for a sua natureza, e não tornar aplicáveis normas que, conquanto inseridas no artigo 5.º, não atribuam “posições jurídicas subjetivas” aos indivíduos.

Mesmo se adotada essa posição restritiva da abrangência do § 1.º do artigo 5.º, restaria aos demais direitos fundamentais regime jurídico idêntico ao das demais normas constitucionais, valendo, portanto, para orientar sua interpretação e aplicação o princípio da efetividade, que é decorrente da própria supremacia da Constituição.

Esclareça-se que o referido autor defende sua tese com base em variados argumentos, compondo a interpretação literal e a localização topográfica apenas parte deles e, acrescente-se talvez a menos relevante.

Tais exemplos revelam o erro de associar automaticamente os métodos tradicionais de interpretação a posições conservadoras, ou os métodos mais modernos a posições progressistas. Em alguns contextos, o emprego dos métodos tradicionais pode levar a resultados bastante satisfatórios.

Outras estratégias de interpretação da Constituição estão também relacionadas a teorias subjacentes acerca da legitimidade da jurisdição constitucional.

Na perspectiva da teoria procedimental, ou seja, de reforço à democracia, o intérprete se recusa a ver a Constituição como depositária de valores da comunidade a serem livremente interpretados pelo juiz constitucional. Tal postura seria inaceitável em uma democracia.

A visão procedimental da Constituição e do papel da jurisdição constitucional relaciona a tutela dos direitos fundamentais ao aprofundamento da democracia. Nessa perspectiva, direitos constitucionais não-relacionados ao regime democrático terão defesa judicial menos intensa. Engana-se, porém, aquele que associa

a teoria procedimental com a autocontenção do juiz. Apesar de resultar em postura de deferência ao legislativo em algumas matérias constitucionais, ela incentiva o ativismo judicial em outras.

A tentativa de afastar o juiz constitucional de questões constitucionais substantivas não é, contudo, viável, sendo essa, conforme visto, a principal crítica à teoria procedimental.

Ronald DWORKIN talvez seja o principal defensor da abordagem que leva em conta tal dado, pois ele entende que o juiz constitucional deve realizar interpretações independentes acerca do sentido da Constituição. Diante de normas abstratas, como a que garante a liberdade de expressão ou o princípio da igualdade, serve-se ele da expressão “moral reading” para ilustrar a atividade apropriada para o intérprete. Decisões sobre os direitos que os indivíduos têm não devem ser tomadas com base no princípio majoritário – daí porque não é pertinente especial deferência ao órgão que representa a maioria política –, mas sim com base em argumentos relativos a princípios morais e de justiça, a serem desenvolvidos segundo uma concepção do Direito como integridade:

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”¹⁹³

Os operadores do direito não devem pretender resolver casos constitucionais controversos com pretensos argumentos neutros em relação aos seus próprios valores ou às suas preferências pessoais. Ao contrário,

“... a fidelidade à Constituição e ao Direito exige que os juízes façam julgamentos contemporâneos de moralidade política, e ela, portanto, incentiva a exibição aberta dos verdadeiros fundamentos do julgamento, na esperança de que os juízes irão construir argumentos francos de princípio que permitam ao público unir-se

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 303.

ao debate.”¹⁹⁴

Em suma, a leitura moral da Constituição “incentiva advogados e juizes a ler uma constituição abstrata sob a luz do que eles entendem que seja justo”¹⁹⁵.

O texto constitucional continua a constituir um limite. Uma Constituição nazista não pode transformar-se em social-democrata ou socialista através da leitura moral. Por outro lado, a concepção do Direito como integridade constitui outro limite, impedindo que o intérprete aja arbitrariamente, como que desvinculado das decisões políticas do passado. A tarefa do intérprete assemelha-se à de um escritor que é incumbido de redigir um novo capítulo de um livro escrito a várias mãos. Todavia, o texto e a integridade não eximem o intérprete de realizar escolhas morais a respeito do sentido da Constituição.

Tal entendimento, obviamente, tem implicações sérias no que se refere ao postulado positivista de separação estrita entre moral e direito. Baseia-se, por outro lado, na confiança do referido autor de que é possível encontrar respostas corretas para os desafios interpretativos da Constituição.

Não devem ser esquecidas as conhecidas críticas de Dworkin a Herbert Hart, a quem sucedeu na cadeira de Filosofia do Direito na Universidade de Oxford.

Hart tem o mesmo significado para o positivismo anglo-saxão que Kelsen para o positivismo continental europeu, sendo encontráveis semelhanças notáveis entre os dois trabalhos, embora também grandes divergências.

A “regra de reconhecimento” de HART, à semelhança da “norma fundamental” de Kelsen, contém os critérios necessários para a identificação das normas jurídicas. Todavia, aquela, diferentemente desta, possui caráter empírico, sendo identificada com a prática das cortes, das demais autoridades e também dos cidadãos privados de identificar as regras jurídicas através de determinados critérios¹⁹⁶.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 37.

¹⁹⁵ DWORKIN, R. Idem, p. 37.

¹⁹⁶ HART, Herbert L. H. *O conceito de Direito*, p. 111-121.

Ainda para HART, identificadas as regras jurídicas, a sua interpretação é acima de tudo uma questão de linguagem. Trata-se de desvendar o sentido da lei ou do precedente utilizado para a comunicação da regra jurídica. Os casos difíceis resultam da “textura aberta” da linguagem humana, quando há dúvida quanto à abrangência de determinado fato por expressão empregada na regra jurídica. Quando o fato estiver na área de “penumbra” do conceito, acentua-se o caráter decisório da interpretação jurídica, tornando a solução do caso dependente da discricionariedade do intérprete.

Interessantemente, KELSEN defende ponto de vista semelhante ao equiparar a norma jurídica geral a uma simples “moldura” dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. A aplicação do Direito envolveria um momento declaratório, no qual a interpretação fixaria os limites da decisão jurídica, e um momento constitutivo, no qual o intérprete teria margem de liberdade para escolher uma das opções existentes¹⁹⁷.

DWORKIN não concorda com tais concepções. Sua crítica mais feroz é a de que elas não retratariam com fidedignidade a prática jurídica. O advogado, em seu mister, não tem por objetivo convencer o juiz de que sua tese jurídica é uma dentre as possíveis, mas sim de que é a tese jurídica correta. Da mesma forma, a sentença não pretende veicular uma tese jurídica dentre as possíveis. A pretensão do juiz é encontrar a resposta correta para a questão interpretativa.

Para DWORKIN, a resposta do que é o Direito não depende da resolução de uma questão meramente “semântica”. A questão jurídica deve ser resolvida através de uma concepção do Direito como integridade, que demanda uma resposta convergente com a “melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade”, o que remete a questões substantivas de moralidade política e de justiça.

Isso não significa a identificação da moral ou da justiça com o Direito. Dworkin não é um defensor do Direito natural. Todavia, contrapondo-se aos positivistas, ele nega uma separação estrita entre Direito e Moral.

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed., p. 272.

Há que se reconhecer, na esteira de seu pensamento, que não é viável interpretar a Constituição sem o recurso a elementos extra-textuais.

Toda teoria de interpretação constitucional recorre, nos casos difíceis, a elementos extra-textuais, o que autoriza afirmar, repetindo Robert POST, que elas são, pelo menos em algum nível, “inconsistentes com a noção de fidelidade estreita a um documento escrito”¹⁹⁸.

Se o recurso a elementos extra-textuais é inevitável, a “leitura moral” proposta por Dworkin não pode ser acusada como infiel ao texto. Aliás, nesse aspecto, estratégias mais conservadoras de interpretação, como o “originalismo”, não se diferenciam do recurso a elementos extra-textuais da “leitura moral” de Dworkin.

Resta saber em quais fontes extra-textuais o juiz constitucional pode buscar argumentos para solucionar controvérsias constitucionais.

Mais uma vez na esteira de Dworkin, é necessário reconhecer a falácia ou mesmo o fracasso de estratégias de interpretação pretensamente neutras em constituir tal fonte. Ou elas constituem uma fonte vazia ou limitada, ou, na realidade, elas não são neutras, como ocorre, no último caso, com o originalismo.

Isso não tira o valor das construções atuais em torno da argumentação jurídica¹⁹⁹. As regras e formas do discurso jurídico têm papel relevante como critério de correção das decisões jurídicas, tanto para resgatar a racionalidade do discurso jurídico como para servir de critério negativo para a repulsa de decisões contrárias às regras e formas estabelecidas.

Elas não têm, contudo, o condão de eximir o intérprete de enfrentar as questões substantivas reclamadas na interpretação do Direito, em especial do Direito Constitucional.

Se é inevitável o enfrentamento dessas questões substantivas, então a melhor

¹⁹⁸ POST, Robert. C. *Constitutional domains: democracy, community, management*, p. 45.

¹⁹⁹ Como o trabalho de ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*.

estratégia de interpretação é mesmo enfrentá-las com a sinceridade reclamada pela seriedade da tarefa, o que legitima a “leitura moral” proposta por Dworkin.

Considerando, todavia, as acentuadas divergências no campo da argumentação política ou moral, são inevitáveis os questionamentos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.

DWORKIN pretende refutá-los mediante duas linhas de argumentação.

Primeiramente, refuta-os através de distinção entre argumentos de “princípios políticos que apelam aos direitos políticos de cidadãos individuais” e argumentos de “política comunitária que reclamam decisão particular que irá promover alguma concepção de bem-estar geral ou interesse público”. Os argumentos de princípio estariam fundados em exigências de justiça e do Direito como integridade. Já a segunda espécie de argumentos teria em vista objetivos comunitários a serem alcançados, como o desenvolvimento econômico ou a soberania nacional. Os juizes, diante de casos concretos, poderiam invocar legitimamente os primeiros, e não os segundos²⁰⁰.

Em trabalho recente, aprofunda a distinção, servindo-se de outra terminologia:

É essencial que ressaltemos uma distinção importante entre dois tipos ou classes de decisões políticas: aquelas envolvendo principalmente o que eu denominarei de questões sensíveis a escolhas [choice-sensitive issues], e aquelas envolvendo principalmente questões insensíveis a escolhas. Questões sensíveis a escolhas são aquelas cuja solução correta, como uma matéria de justiça, depende essencialmente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política. A decisão de utilizar os fundos públicos disponíveis para construção de um novo centro de esportes ou um novo sistema viário é tipicamente sensível a escolhas. Apesar de uma variedade de questões possa surgir na decisão, de questões de justiça distributiva a questões de política ambiental, a informação sobre quantos cidadãos querem ou vão utilizar ou serão beneficiados diretamente ou indiretamente, por cada uma das obras rivais é evidentemente relevante, e pode ser decisiva. A decisão de matar homicidas condenados ou de proibir a discriminação racial como critério de admissão em empregos, por outro lado, envolve matérias insensíveis a escolhas. Eu não acredito que a decisão correta nessas matérias depende de uma maneira substancial de quantas pessoas querem ou aprovam a pena capital ou pensam que a discriminação racial é injusta. O caso contra a pena capital, eu acredito, é tão forte em uma

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, p. 11.

comunidade na qual a maioria de seus membros é a seu favor como em uma comunidade de pessoas revoltados pela sua idéia.²⁰¹

Em outras palavras, algumas decisões políticas devem ser tomadas em vista das preferências dos cidadãos, enquanto outras devem ser tomadas independentemente delas, e mesmo contra elas.

Com tal distinção, busca diferenciar a “justiça constitucional” da “política”, a fim de resguardar a legitimidade da primeira.

Argumentos de política comunitária talvez tenham papel limitado na argumentação jurídica. A distinção é questionável, remanescendo, de todo modo, a tarefa complexa de diferenciar as matérias cuja solução deve depender da preferência da maioria das matérias cuja solução deve ser independente de tal preferência. Ademais, a distinção torna-se menos útil em sistemas jurídicos em que podem ser levadas aos tribunais questões constitucionais não necessariamente relacionadas com “direitos”, como ocorre no Brasil, através de ação popular ou do controle abstrato de constitucionalidade.

A outra linha de argumentação de DWORKIN é mais defensável, e é aquela, já examinada, que apela para a “democracia” como um “standard” substantivo para a avaliação das políticas públicas. Uma jurisprudência constitucional guiada pela visão substantiva da democracia, na qual todos os cidadãos devem ser tratados como livres e iguais, atingiria resultados substantivos compatíveis com esse ideal, não podendo ser tachada de antidemocrática ainda que, eventualmente, seja antimajoritária.

Não há como discordar de Dworkin quanto à inevitabilidade da resolução de questões substantivas na interpretação da Constituição.

É recomendável alguma desconfiança quanto à capacidade de o juiz constitucional solucionar tais questões substantivas, ainda que guiado por visão substantiva da própria democracia.

Com tal crítica não se pretende refutar a “leitura moral” das normas

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, p. 204.

constitucionais como método apropriado de interpretação da Constituição, mas apenas destacar a necessidade de cautela, o que pode recomendar postura de autocontenção em alguns contextos, sem prejuízo de algum ativismo judicial em outros.

De todo modo, esse breve panorama acerca dos “novos métodos” apenas revela a complexidade da busca de um método apropriado para a interpretação da Constituição.

Apesar da evolução do debate, a tarefa permanece tão difícil quanto quando se tinha apenas o escasso rol de métodos tradicionais, o que deixa dúvidas acerca do sucesso da empreitada.

4.5. O MÉTODO “CORRETO” DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Todos os métodos apresentados têm valor, sendo que alguns revelam abordagens promissoras, outros nem tanto, para a interpretação da Constituição.

Diante da diversidade das propostas, talvez seja equivocado pretender a descoberta ou a construção de um único método correto para tal.

Em vez de se buscar um único método abrangente, parece mais apropriado reconhecer a utilidade de todos os métodos para descoberta do sentido da Constituição, com a ressalva de que, no caso de incompatibilidade entre os resultados alcançados por dois ou mais deles, será necessária escolha racional de um.

Por exemplo, a consulta à origem histórica da norma constitucional pode revelar dados relevantes para a sua interpretação atual. Não obstante, o sentido histórico não deve prevalecer em contextos inadequados, de ampla alteração das condições fáticas ou do pensamento político, como exemplifica a decisão da Suprema Corte norte-americana em “Brown”. Em tais casos, pode ser recomendável a “leitura moral” da norma constitucional ou mesmo o método hermenêutico-concretizador.

Talvez, outrossim, alguns métodos sejam mais apropriados para a interpretação de certas normas, e outros sejam mais apropriados para interpretação de

outras²⁰².

Preocupações acerca da legitimidade da jurisdição constitucional podem recomendar, por exemplo, cautela e certa postura de autocontenção na interpretação da norma constitucional que garante o “devido processo legal”, evitando que o juiz, a pretexto de controlar a “razoabilidade” do ato legislativo, imponha suas preferências políticas sobre as do legislador democrático, o que ocorreu, por exemplo, durante a Era “Locher”. Nesse contexto, a “leitura moral” da norma do devido processo legal, embora necessária para lhe conferir algum conteúdo substantivo, deve ser realizada com extrema cautela.

Por outro lado, a compatibilização entre a jurisdição constitucional e a democracia pode recomendar interpretação orientada pela teoria procedimental acerca de direitos necessários ao funcionamento ótimo da democracia, como a liberdade de expressão.

Nesse complexo tema de interpretação da Constituição, a única verdade gira em torno da conhecida afirmativa do “Chief Justice” John MARSHALL, em “*McCulloch v. Maryland*”, de 1819, de que “nós nunca devemos esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando”²⁰³.

Não se trata apenas de uma frase de efeito.

Se há um consenso nesse grande número de métodos, ele é o de que a atividade do intérprete da Constituição demanda pré-compreensão do papel dele na sociedade.

No caso dos juízes, isso significa que eles deverão interpretar a Constituição tendo em vista o papel institucional que lhes foi reservado: o de guarda da Constituição. Eles prestarão um desserviço caso pretendam interpretar a Carta Constitucional como um diploma infraconstitucional, como se não houvesse, por

²⁰² Proposta semelhante, na esteira de uma “abordagem minimalista” para a jurisdição constitucional, pode ser encontrada em SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, p. 8.

²⁰³ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 61

exemplo, diferença entre ela e o Código Civil.

O papel da jurisdição constitucional não é realizar uma comparação simplista entre o texto da Constituição e o texto da legislação infraconstitucional. Para isso não seriam necessários juízes. Ao contrário, o juiz constitucional deve agir consciente da responsabilidade que lhe é exigida da Constituição.

Pretende ela que o juiz atue como um garantidor dos direitos fundamentais, da liberdade e da igualdade, e ainda da democracia, e não que atue como um “burocrata mecânico”.

Isso não significa que o juiz deve atuar como um “guardião platônico”, tutelando democracia que não atingiu a maioria.

A autocontenção é recomendável para aliviar as tensões com o regime democrático. Contudo, ela não deve ocorrer quando algum ativismo judicial possa ser defendido com argumentos que apelem para o próprio regime democrático.

A pré-compreensão do papel institucional do intérprete, notadamente do juiz constitucional, é que constitui o fator mais relevante na interpretação da Constituição.

Ao lado dela, embora em menor grau, constituem fatores importantes para a interpretação da Constituição algumas construções dogmáticas acerca dos critérios orientadores da interpretação da Constituição ou da postura apropriada do intérprete diante das normas constitucionais.

4.6. CRITÉRIOS ORIENTADORES DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É tarefa dos operadores jurídicos formular critérios de interpretação do Direito, a fim de reduzir o espaço deixado à subjetividade do intérprete.

Tal tarefa é mais premente no Direito Constitucional, pelo elevado grau de abertura de grande parte das normas constitucionais, e também porque é indispensável conferir pontos de apoio para que as interpretações corretas sejam distinguidas das incorretas, a fim de legitimar a atuação da jurisdição constitucional.

Luis Roberto BARROSO²⁰⁴ enumera vários critérios para a interpretação da Constituição, denominando-os de princípios. São eles, em breve síntese:

- supremacia da Constituição: “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”²⁰⁵;

- presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público: “a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes”²⁰⁶;

- interpretação conforme a Constituição: “trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”²⁰⁷;

- unidade da Constituição: inexistência hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, devendo o intérprete considerá-las harmonicamente e solucionar eventuais conflitos;

- razoabilidade e proporcionalidade: permitem o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, através da perquirição da razoabilidade e da racionalidade dos atos do Poder Público;

- efetividade: o direito existe para realizar-se; o intérprete deve conferir à norma constitucional a máxima efetividade possível.

Esses critérios não são indiscutíveis, sendo ainda de se observar que não são puramente formais. Por exemplo, a defesa do critério da efetividade – ou, como o denomina Konrad Hesse, da “força normativa da Constituição”²⁰⁸ – depende de prévio compromisso do intérprete com a supremacia da Constituição na ordem jurídica.

²⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 141-244.

²⁰⁵ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 150.

²⁰⁶ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 164.

²⁰⁷ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 175.

²⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 68.

Além dos citados critérios, merece especial referência a exigência de que casos iguais sejam tratados de modo igual.

O dever de coerência ou de integridade na produção do Direito constitui fator relevante para impedir que a jurisdição, inclusive constitucional, atue de forma arbitrária, pois impõe certo grau de racionalidade às decisões judiciais.

Trata-se de dever geral, motivo pelo qual já foi reputado como critério “neutro” para a interpretação da Constituição, visto que transcenderia os resultados materiais do julgamento.

Na realidade, não se trata de critério neutro ou puramente formal, pois está fundado no princípio mais amplo da isonomia, o que não diminui a sua importância.

O dever de tratar igualmente os casos iguais não fornece resposta mágica para os desafios interpretativos, tendo em vista que dois casos nunca são idênticos. “O problema real” – repetindo lição de ALEXY – “então muda para o problema de determinar que diferenças são relevantes”²⁰⁹.

O dever de coerência não deve também ser confundido com a observância cega de precedente. No recurso ao passado para a construção do Direito coerente ou íntegro, pode o intérprete ver-se forçado a excluir decisões pretéritas como desvios que não devem ser levados em consideração na construção do ideal interpretativo. É necessário não só escolher a interpretação mais coerente com o passado, mas também distinguir, entre as decisões pretéritas, aquelas que devem e aquelas que não devem ser consideradas.

Não se pode esquecer a importância do papel do dever de coerência e de outros critérios orientadores da interpretação da Constituição. Apenas estes fornecem parâmetros de maior objetividade para tal, evitando que a interpretação fique inteiramente entregue à subjetividade do intérprete, o que reduz o risco de arbítrio. Uma vez admitida a sua validade, tais critérios são vinculantes para o intérprete, que

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 259.

não pode deles dispor segundo o caso que se apresenta.

Não se pode, contudo, exagerar a sua eficácia para a resolução dos casos constitucionais, uma vez que eles não eximirão o intérprete de realizar escolhas substantivas a respeito do sentido da Constituição.

4.7. PRINCÍPIOS E REGRAS

Dentre as construções mais relevantes para a interpretação da Constituição, encontra-se a distinção já comumente feita entre princípios e regras, como espécies de normas jurídicas²¹⁰.

As regras regulariam situações específicas e determinadas, enunciando os pressupostos necessários para sua aplicação. Já princípios constituiriam apenas “standards” ou “diretrizes”, pontos de vista que precisam ser considerados por seus destinatários, mas que não estabelecem as condições necessárias para sua aplicação, destinando-se a uma série absolutamente indeterminada de situações:

La distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para “tomar posición” ante situaciones concretas pero que “a priori” aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.²¹¹

²¹⁰ Há discussão terminológica: “princípio” pertenceria ao gênero “normas”, ou esta designação caberia exclusivamente às “regras”? A questão terminológica não é tão importante desde que, guardadas as diferenças entre regras e princípios, não se retire o caráter também obrigatório destes últimos. Sem esquecer a importância do rigor terminológico para a ciência, tomam-se de empréstimo as palavras de John LOCKE, que – ao elaborar sua teoria da separação de poderes e por não estar muito satisfeito em denominar de “poder federativo” aquele que deteria a função de declarar guerra e paz, bem como celebrar tratados e transações com “comunidades estranhas” à sociedade – declarou: “Se entenderem a questão, fico indiferente ao nome.” (LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed., p. 273)

²¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed., p. 110-111.

Essa característica dos princípios torna a sua interpretação muito mais flexível do que a das regras.

A flexibilização, entretanto, não deve resultar na diminuição da força normativa dos princípios. Estes têm que ser considerados e sopesados antes da tomada de decisão. O intérprete não é livre para deixá-los de lado²¹².

Outrossim, a tarefa do intérprete é otimizar os princípios, buscando a sua máxima realização. Robert ALEXY, distinguindo princípios e regras, acentua que os primeiros constituem “mandados de otimização”:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.²¹³

Compreendido nesses termos, resta excluído ou, pelo menos, sensivelmente reduzido o risco de dissolução da força jurídica dos princípios.

Por outro lado, o grau de generalidade dos princípios propicia a abertura necessária para a sua constante atualização, de acordo com a mudança do contexto em que se inserem.

Vale aqui a conhecida distinção feita por DWORKIN entre “conceito” e “concepção”²¹⁴. Segundo o citado autor, as normas da Constituição norte-americana teriam sido formuladas em linguagem vaga em virtude de decisão deliberada dos constituintes. Estes, quando editaram normas como a do “devido processo legal” ou a da “igualdade”, não quiseram impor concepção determinada acerca do significado dessas cláusulas. Dessa forma, o intérprete não ficaria vinculado às concepções que os constituintes tiveram em mente quando da edição das normas.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 35-36.

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, p. 136-134.

Para esclarecer, DWORKIN cita o exemplo do pai que orienta seu filho a não tratar injustamente os outros seres humanos. O pai, embora possa ter em mente concepção determinada dos comportamentos que pretende evitar, não deseja que sua orientação se limite a estes, devido à inesgotabilidade de situações com as quais seu filho pode deparar. Da mesma forma, também não exclui a possibilidade de que seu filho o convença da justiça ou injustiça de determinado ato, que, abstratamente e segundo a concepção determinada que tinha em mente, lhe parecia injusto ou justo.

Com tal distinção, DWORKIN quer, uma vez mais, questionar o “originalismo”, que pretende que a interpretação das normas constitucionais tenha por base apenas a vontade histórica dos constituintes. O referido autor defende, entretanto, que os constituintes podem ter desejado comportar-se como o pai do exemplo citado, com o que o intérprete não estaria atendendo à vontade dos constituintes caso se ativesse às concepções ou aos significados que eles tinham em mente quando da elaboração das normas constitucionais.

De todo modo, abstraindo da controvérsia, cumpre admitir que é a estrutura aberta das normas constitucionais que torna possível a utilização destas para resolver problemas do presente, eventualmente nem aventados pelos constituintes. Embora as regras também apresentem certo grau de “abertura”²¹⁵, são os princípios que, dada a sua maior generalidade e indeterminação, têm papel destacado nesta seara.

Além de possibilitar essa permanente atualização, a flexibilidade dos princípios tem elevada importância na resolução de conflitos entre normas constitucionais, o que não é raro nesse ramo do Direito, pelo caráter compromissório

²¹⁵ Herbert L. H. HART evidencia a textura aberta de qualquer regra do direito tão-só em virtude das características inerentes à linguagem humana: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como ‘textura aberta’. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto. As línguas naturais como o inglês têm irredutivelmente uma textura aberta, quando usadas deste modo.” (HART, Herbert L. H. *O conceito de Direito*, p. 140-141)

das constituições contemporâneas. Por exemplo, a liberdade de expressão (art. 5.º, IV e IX, da Constituição de 1988) pode contrapor-se ao direito à intimidade (art. 5.º, X), assim como a vedação da utilização de provas ilícitas em processo (art. 5.º, LVI) pode contrapor-se ao direito de defesa (art. 5.º, LV). Também pode ocorrer conflito entre norma constitucional que veicule direito fundamental (art. 170, § único) e outra que veicule algum objetivo comunitário (art. 170, IV).

Tendo em vista que inexistente hierarquia jurídico-formal entre essas normas e que o critério temporal é, em geral, inócuo para a solução do conflito, o intérprete precisa realizar a compatibilização possível. Os critérios da unidade da Constituição e da efetividade obrigam-no a buscar a máxima realização de ambas as normas constitucionais, dentro das possibilidades do caso concreto.

Diante de situação determinada, hipotética ou concreta, o intérprete pode ver-se obrigado a dar prevalência a uma norma em relação a outra, mas isso apenas quando não for possível solução absolutamente conciliadora.

Antevendo a possibilidade de conflito entre normas constitucionais, o legislador pode, previamente, estatuir regras para a solução. A criminalização de condutas como a calúnia, a injúria e a difamação constitui exemplos destas regras, tendo o legislador, nesse caso, optado pelo direito à honra, em detrimento da liberdade de expressão.

Nos vazios deixados pelo legislador, cabe ao juiz solucionar eventual conflito. Outrossim, devido ao sistema judicial de controle de constitucionalidade, o juiz também tem o dever de apreciar o acerto das soluções aventadas pelo legislador.

Segundo ALEXY, a colisão entre normas constitucionais contrapostas resolve-se na dimensão do “peso”, conforme a regra de solução de conflitos entre princípios:

Quando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir

cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como sólo puede entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.²¹⁶

HABERMAS, entretanto, cuestiona tal proposta, argumentando que os princípios não podem ser reduzidos a valores, sob pena de perderem seu caráter deontológico:

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sobre circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide “eo ipso” com aquilo que é igualmente bom para todos.²¹⁷

Em caso de conflito,

... a tarefa consiste em encontrar entre as normas aplicáveis “prima facie” aquela que se adapta melhor à situação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como “adequadas” ou “não-adequadas”. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.²¹⁸

Qualquer que seja a lógica operacional envolvida na resolução de conflito entre princípios – quer a ponderação, quer a escolha do mais adequado à situação em foco, quer o velho critério da especialidade –, o relevante é a cautela, para que não se recaia em casuismo arbitrário.

Outrossim, se o conflito é solucionado mediante a escolha de um princípio

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, p. 323.

²¹⁸ HABERMAS, J. *Idem*, p. 322-323.

dentre os envolvidos, é grande o risco de as preferências pessoais do intérprete influenciarem de forma indevida a solução do caso.

Para evitar tais riscos, não devem ser esquecidos os métodos de interpretação jurídica e os critérios que orientam essa atividade.

Não se trata de fazer escolha dissociada do Direito e sujeita de modo absoluto às preferências pessoais do intérprete. É inegável que estas guiarão a escolha substantiva a ser feita pelo intérprete. Todavia, tal escolha deve ser guiada pela melhor interpretação possível da Constituição e da doutrina política a ela subjacente, sendo necessário o emprego de argumento de cunho substantivo, mas nem por isso irracional.

Também não deve ser ignorada a já mencionada abordagem funcional da jurisdição constitucional. O juiz constitucional não deve procurar impor à sociedade pluralista sua concepção de bem comum ou de vida digna. Uma compreensão adequada do papel do juiz constitucional em uma democracia poderá recomendar, em alguns casos, a autocontenção, com o prestígio de eventual solução legislativa já existente, sem prejuízo de postura mais ativa em outros casos.

4.8. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Algumas normas constitucionais, assim como a sua interpretação, assumem papel central na permanente tensão entre a autocontenção e o ativismo judicial.

Assim, por exemplo, a norma prevista no artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal pode assumir papel central na prática constitucional brasileira, em vista da diversidade de resultados decorrentes das propostas interpretativas existentes, das mais conservadoras às mais ousadas.

Papel equivalente assume a norma do artigo 5.º, LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa norma se espelha em norma semelhante contida na Constituição norte-americana, especificamente na Quinta Emenda, destinada a proteger os cidadãos contra agressões da União Federal, e na Décima-Quarta Emenda, dirigida a limitar a ação dos estados

federados.

A evolução da garantia do devido processo legal pode ser examinada em dimensões distintas, uma correspondente ao devido processo legal em sentido processual e outra em sentido substancial.

Inicialmente, o âmbito de aplicação do devido processo legal esteve limitado à matéria processual. Cumpria verificar se, no processo, restavam garantidos a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade dos julgadores. Esses princípios desdobraram-se, no evoluir histórico, em subprincípios e regras processuais, entre os quais a vedação da utilização de provas ilícitas em processo e o direito à assistência judiciária gratuita. A título de ilustração, podem ser citadas as decisões da Corte Warren a respeito dos direitos do acusado em casos criminais, como “*Mapp v. Ohio*”²¹⁹, de 1961, e “*Gideon v. Wainwright*”²²⁰, de 1963.

Em sua dimensão substantiva, a garantia do devido processo legal passou a ser utilizada pela Suprema Corte norte-americana para controlar a razoabilidade dos atos legislativos de cunho material.

O primeiro precedente foi o caso “*Dred Scott v. Sandford*”, de 1857, constando entre os fundamentos da decisão o entendimento de que o proprietário de escravo não poderia ser privado de sua propriedade, ou seja, do escravo, apenas pelo fato de este ter-se mudado ou viajado para estado federado em que estava proscria a escravidão.

A substantivação do devido processo legal foi acentuada após a aprovação da Décima-Quarta Emenda, em período imediatamente posterior à Guerra de Secessão. Tal norma impôs a garantia do devido processo legal contra os estados federados. Como nem todos os direitos fundamentais da Constituição norte-americana podiam ser opostos por cidadão contra os estados federados, a norma do devido processo legal passou a ser interpretada por alguns no sentido de que ela teria por propósito tornar

²¹⁹ WEINREB, Lloyd L. (Ed.) *Leading constitutional cases on criminal justice*, p. 321-334.

²²⁰ WEINREB, L. L. *Idem*, p. 514-517.

oponíveis aos estados federados todos os direitos fundamentais originariamente opoáveis apenas à União Federal. A Suprema Corte, embora não tenha acolhido tal teoria, passou a realizar uma incorporação seletiva destes direitos, sempre que os reputava fundamentais e, como tais, inerentes ao “due process of law”.

Foi ainda a Décima-Quarta Emenda que possibilitou, à Suprema Corte norte-americana, o controle da legislação estadual de intervenção do Estado no domínio econômico, na já mencionada “Era Lochner”.

Tais exemplos negativos da utilização da garantia do devido processo legal não levaram à sua proscrição nos Estados Unidos, o que é ilustrado por sua invocação em casos relacionados ao direito à privacidade, como “Griswold v. Connecticut”²²¹, de 1965, “Roe v. Wade”²²², de 1973, e “Cruzan v. Director, Missouri Dep’t of Health”²²³, de 1990, este último envolvendo a eutanásia.

Também não levaram à proscrição do controle da razoabilidade dos atos legislativos, embora tenham contribuído para a adoção pela Corte de níveis de intensidade diferenciados para o exame da racionalidade da legislação. A postura usual, especialmente quando envolvida legislação de intervenção no domínio econômico, consiste em controle judicial bastante tênue sobre a razoabilidade dos atos legislativos. Um controle mais intenso é reservado à legislação que afeta direitos considerados fundamentais, bem como grupos social e politicamente vulneráveis, adotando-se as presunções elaboradas na nota n.º 4 de “Carolene”.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade não raramente tem sido identificado com o “devido processo legal”, o que não é de todo equivocado.

Embora tenha origem especificamente europeia e tenha sido desenvolvido originariamente para o Direito Administrativo, ele foi estendido ao Direito

²²¹ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 393-402.

²²² LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 409-416

²²³ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 531-539.

Constitucional, para ser utilizado no controle da razoabilidade dos atos legislativos²²⁴.

Esse princípio pode ser desdobrado em subprincípios, ou, mais propriamente, em etapas da verificação da proporcionalidade do ato legislativo²²⁵:

a) subprincípio da adequação: os meios empregados pela lei devem ser adequados ao atendimento de sua finalidade;

b) subprincípio da necessidade: existindo mais de um meio adequado, deve-se optar pelo menos gravoso a outros direitos ou interesses protegidos pela ordem jurídica;

c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará pelo crivo da proporcionalidade se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas.

Como exemplo desse último subprincípio, pode ser citada decisão do Tribunal Constitucional Alemão, conforme relato de Heinrich SCHOLLER:

No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional (“Verfassungsbeschwerde”), alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (artigo 2.º, inc. II, da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física. Convém frisar, ainda neste contexto, que se poderá chegar ao mesmo resultado a partir do critério da necessidade. O próprio Tribunal Federal Constitucional, na decisão ora tomada como exemplo, entendeu que as seqüelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderão atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal a ser aplicada ao caso.²²⁶

²²⁴ SCHOLLER, Heinrich. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região*. Porto Alegre: TRF da 4.ª Região, a. 11, n. 38, 2000, p. 259-260. Ainda sobre a origem do princípio, vide BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 37-54.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 262-263.

²²⁶ SCHOLLER, H. *Idem*, p. 239.

O STF brasileiro, na esteira da jurisprudência estrangeira, vem servindo-se dos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade na revisão judicial de atos legislativos²²⁷.

Em decisão emblemática, por exemplo, suspendeu liminarmente a eficácia de lei estadual paranaense que determinava a pesagem dos bujões de gás no ato da venda, à vista do consumidor, sob o fundamento de que ela impunha ônus excessivo e desarrazoado para aquela atividade econômica²²⁸.

Também foi censurada lei do Distrito Federal que estabelecia benefício assistencial de um salário mínimo por mês para crianças geradas a partir de estupro, sob o fundamento de que inexistiria “razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei em tela, ao erigir para pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas as circunstâncias em que eles foram gerados”²²⁹.

Em outro caso, o Supremo suspendeu liminarmente a eficácia do artigo 6.º da Medida Provisória n.º 2.045-4/2000, que estabelecia a suspensão temporária do registro de arma de fogo no país, o que fez também com base no princípio da razoabilidade, conforme voto condutor do Ministro Moreira ALVES:

Ora, sem necessidade de entrar no exame de todos os diversos dispositivos tidos, pela inicial, como violados, um me basta para conferir plausibilidade jurídica suficiente à concessão da liminar requerida: o da ofensa ao princípio do devido processo legal em sentido material (artigo 5.º, LIV, da Carta Magna). Com efeito, afigura-se-me desarrazoada norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório o que não é sequer adequado a produzir o resultado almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção do direito à vida), nem atende à proporcionalidade em sentido estrito.

Do voto concorrente do Ministro Marco AURÉLIO, destaca-se:

Realmente, atravessamos uma quadra de delinquência maior, mas, como já ressaltado pelo Relator, o bandido, o criminoso não adquire uma arma de fogo em loja de comércio,

²²⁷ Para um relato amplo de casos, vide SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*, p. 132-144, e SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*, p. 819-828.

²²⁸ ADIn n.º 855-2/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, j. 01/07/93, DJU 01/10/93.

²²⁹ ADIn n.º 2.019-6/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, un., j. 01/07/99, DJU 01/10/99.

visando ao registro.

Sua Excelência destacou ainda que o dispositivo acaba voltado à impossibilidade de aquisição da arma por aquele que deseja se defender e a adquire legitimamente, buscando, até mesmo, o registro, ou seja, a identificação. E há um aspecto: suspende-se o registro até dezembro, e isso ocorre – teríamos aí, também, o descompasso – mediante um instrumento editado para vigorar por trinta dias – a medida provisória.

Apesar da procedência da crítica à utilização de medida provisória e à falta de proibição direta da comercialização de arma de fogo, carece o referido acórdão de melhor demonstração da violação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Não é ela evidente a ponto de justificar a ausência de demonstração pormenorizada. O fato de a proibição do registro constituir meio indireto de coibir a comercialização de armas não a torna, só por isso, desarrazoada ou incompatível com a Constituição. É de se presumir que a proibição do registro levaria ao desestímulo da própria aquisição, pois esta só pode ser efetivada após a expedição do registro.

Quanto ao argumento de que a proibição levaria à fragilização da defesa do cidadão, sem prejuízo para o “bandido”, que não adquiriria armas pelos meios legais, carece ele de melhor demonstração, sendo de se observar que a violência gerada por armas de fogo transcende tal singela distinção entre “bandidos” e “mocinhos”.

Havia motivo para o Supremo evitar a questão substancial envolvida, consistente na existência ou não de algum direito constitucional à compra de armas, até porque a proibição indireta careceria de prévia e adequada deliberação parlamentar, pois foi produto de medida provisória. Não obstante, para contorná-la bastava a censura do veículo utilizado, por sua inconstitucionalidade formal, visto que estavam ausentes os seus requisitos, em vez do recurso pouco fundamentado ao princípio da razoabilidade.

Todos esses casos, e mesmo o desenvolvimento doutrinário do princípio do devido processo legal material ou do princípio da proporcionalidade, ilustram a

dificuldade de se atribuir à referida norma constitucional conceituação precisa²³⁰.

Tal indeterminação tem a vantagem de preservar a potencialidade exegetica. Entretanto, ela não é isenta de riscos, podendo levar a confusão entre o juízo de constitucionalidade e o juízo de mérito do ato legislativo.

Não se pretende aqui defender o abandono de tais construções, uma vez que, apesar de alguns erros, elas têm se revelado positivas para a jurisdição constitucional, incrementando as possibilidades de controle de arbitrariedades cometidas pelos poderes públicos, através da ampliação dos parâmetros utilizáveis no controle judicial de constitucionalidade.

O que deve ser criticado é a vulgarização de sua utilização. O controle da razoabilidade deve ser considerado como o último recurso a ser utilizado na argumentação jurídico-constitucional, apenas quando não for possível resolver o problema constitucional através de métodos ou critérios mais precisos de interpretação. O emprego do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade demandam, outrossim, fundamentação robusta, não bastando sua utilização como mero “slogan”.

Por outro lado, também é recomendável, à semelhança do que faz a Suprema Corte norte-americana, a formulação de testes de intensidade diferenciada a respeito da razoabilidade do ato a ser controlado, com a adoção de postura de deferência em alguns casos e postura mais ativa em outros.

Advirta-se que tais diferenciações devem ser feitas à vista de compreensão do papel institucional da jurisdição constitucional, bem como do contexto de aplicação, motivo pelo qual as formulações da Suprema Corte a esse respeito não são

²³⁰ Segundo o juiz Felix FRANKFURTER, da Suprema Corte: “*due process* não pode ser aprisionado dentre dos traçoeiros lindes de uma fórmula ... *due process* é produto da história da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na forma de fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a que a Constituição confiou o desdobramento desse processo.” (Apud CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed., p. 56)

automaticamente extensíveis à prática constitucional brasileira.

5. INTERPRETAÇÃO E ABORDAGEM FUNCIONAL

Neste capítulo, foi visto como as estratégias de interpretação da Constituição estão intimamente relacionadas com a questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Optou-se por uma resposta relativa à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ou seja, esta pode ser ou não compatível com a democracia, dependendo da avaliação de seus resultados, para os quais é relevante a sua forma de atuação.

De modo semelhante, recusou-se aqui a construir ou defender um método abrangente de interpretação da Constituição. Pretensão da espécie, talvez inalcançável, apenas viria acrescer disputa interminável entre os defensores de um ou outro método. Isso não significa que todos os métodos são válidos ou que não é possível realizar diferenciações ou estabelecer relações de precedência entre eles. Espera-se que tenha ficado clara a preferência deste autor pela “leitura moral” de que trata Dworkin, com alguns temperamentos quanto à possibilidade de sempre se encontrarem as respostas certas para os desafios interpretativos da Constituição.

Embora não seja determinante, a flexibilidade do método de interpretação favorece, de certa forma, a abordagem funcional da questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Assim, por exemplo, em alguns contextos para os quais seja recomendável a postura de deferência, é possível igualmente defender o apego mais estrito ao texto ou o emprego dos métodos tradicionais de interpretação pelo juiz constitucional. Ressalve-se, contudo, que mesmo estratégias convencionais podem levar a posições ousadas, conforme já visto.

Já naqueles casos em que se reclama uma atuação incisiva, como quando

envolvidos direitos essenciais à democracia, é possível defender a atribuição ao juiz de um grau maior de liberdade na realização de julgamentos independentes acerca do sentido da Constituição.

Busca-se aqui estabelecer padrões diferenciados de atuação da jurisdição constitucional, a fim de compatibilizá-la com a democracia, mas sem o esvaziamento de sua tarefa institucional.

Tal objetivo não deve ser identificado com o conservadorismo judicial.

A adoção de controles de intensidade diversa não precisa nem deve ser tributária do “status quo”, pois este não tem qualquer relação especial com a democracia. Ao contrário, em regime democrático, mesmo o “status quo” está sujeito a crítica e a transformação. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se recomenda postura de autocontenção em alguns contextos, a adoção de padrões diferenciados estimula o ativismo judicial em outros.

Em síntese, defende-se que a atividade da jurisdição constitucional será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o aprimoramento da democracia.

Para tanto, é necessária a adoção de postura apropriada pelo juiz constitucional, o que passa pela adequada compreensão de seu papel institucional e envolve a adoção de estratégias também apropriadas de interpretação da Constituição.

As teorias procedimentais da jurisdição constitucional, apesar de influenciarem decisivamente na adoção do duplo padrão, não são aqui plenamente aceitas, uma vez que não se defende a limitação da atuação da jurisdição constitucional a casos de mau funcionamento da democracia, mas apenas que esta pode e deve atuar de modo incisivo quando for possível invocar, consistentemente, argumentos democráticos favoráveis à sua atuação.

Não se pretende aqui propor um modelo abrangente ou inflexível para a jurisdição constitucional, o que não se confunde com o receio de adotar um posicionamento. Abordagens abrangentes ou inflexíveis não são apropriadas em terreno eminentemente prático, como o da argumentação jurídica ou moral.

A proposta que se pretende realizar é bem mais modesta, sugerindo-se alguns

contextos nos quais seria recomendável a autocontenção e outros nos quais seria apropriada atuação mais incisiva, com a indicação das respectivas estratégias ou técnicas de decisão. A realidade dos casos pode, porém, sugerir atenuação dessas posturas, conforme a necessidade.

Registre-se, por fim, que a proposta é formulada à vista especificamente da jurisdição constitucional brasileira, pois abordagens e propostas da espécie não podem deixar de levar em consideração a realidade para a qual são formuladas.

PARTE 2 – A APLICAÇÃO

CAPÍTULO 1 – AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

1. AS VIRTUDES PASSIVAS

As constituições contemporâneas não constituem corpo de normas abrangente e minucioso, pois elas não pretendem regrad todos os aspectos da vida social e política. Não se está falando de constituições totalitárias, mas sim de constituições abertas, que deixam aos poderes públicos e aos cidadãos grande margem de liberdade para sua concretização e também para atuarem independentemente delas, mas não contrariamente a elas.

Logo, mesmo se for atribuído aos juízes o poder de controle da constitucionalidade, ainda assim restará aos demais poderes públicos e aos cidadãos boa margem de atuação fora do alcance de revisão judicial de constitucionalidade.

Assim, mesmo o juiz constitucional mais ativista não se tornará instância revisora de todas as decisões políticas.

Todavia, mesmo nos espaços sujeitos ao controle judicial afigura-se recomendável a postura de autocontenção.

Argumentos favoráveis a tanto não faltam.

Uma jurisdição constitucional excessivamente ativa não seria compatível com o regime democrático.

O juiz constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia. Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia

na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente através de atos legislativos.

As intervenções da jurisdição constitucional demandam a demonstração de que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado.

Poder-se-ia dizer, mais amplamente – uma vez que não se exclui aqui a possibilidade de atuação do juiz à margem de vazio legislativo –, que o desenvolvimento e a efetivação judicial da Constituição estão sujeitos ao limite da “reserva de consistência”²³¹. Cumpre ao juiz demonstrar convincentemente, e não através de “slogans”, o acerto de sua atividade. Portanto, é ônus do julgador a fundamentação de seus atos, sob pena de ilegitimidade de sua atuação. Não sendo ultrapassada a barreira da “reserva de consistência”, não pode o juiz atuar, hipótese em que deve ser mantido o ato controlado ou o vazio legislativo.

Diante dos limites da argumentação jurídica, há relevante dúvida quanto à capacidade do juiz de oferecer respostas consistentes a todos os desafios interpretativos da Constituição.

Não se pode também esquecer que a política é também a arte do compromisso e que os tribunais se encontram impossibilitados de resolver controvérsias constitucionais através de soluções de compromisso, estando obrigados a encontrar para cada caso uma solução conforme ao Direito.

A título de ilustração, pode ser mencionado o já citado caso “Dred Scott”, de 1857. A solução conforme ao Direito envolvia a condenação da escravidão pela Suprema Corte norte-americana, por ser ela incompatível com os ideais fundadores da nação, relacionados na Declaração de Independência²³². A Suprema Corte, na mais

²³¹ A expressão é de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, p. 42.

²³² “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade...”

desastrada decisão de sua história, trilhou o caminho inverso, negando ao negro a condição de “pessoa” perante a Constituição Federal. Sem embargo das críticas, nem esse julgamento nem o anterior parecem adequados. A controvérsia constitucional era delicada, tendo levado à Guerra de Secessão. Parece pouco compatível com as atribuições da jurisdição constitucional resolver questões dessa espécie, pelo risco de precipitar uma guerra civil, como de fato ocorreu. Nessas condições, a controvérsia constitucional seria melhor resolvida através de uma solução de compromisso a ser tomada através dos canais políticos. Assim, era de todo recomendável a postura de autocontenção, devendo a Corte, no caso, negar decisão de mérito ou optar por uma abordagem restrita ao caso concreto.

Essa salutar desconfiança quanto à capacidade da jurisdição constitucional constitui o argumento central em favor da autocontenção.

Essa postura – é oportuno ressaltar mais uma vez – não se confunde com o conservadorismo judicial. A “Era Lochner” comprova que ela pode ser apropriada em determinados contextos, sem que sobre ela recaia a grave acusação de omissão da Justiça.

A autocontenção pode ser desenvolvida através de várias técnicas de decisão.

Conforme visto, a adoção de estratégias de interpretação tradicionais, ou mais apegadas ao texto, pode ser utilizada com este fim, na medida em que pode, mas – ressalte-se – não necessariamente, deixar aos poderes controlados maior margem de liberdade de atuação.

Também favorece a autocontenção a aplicação de técnica minimalista de decisão, buscando-se resultado apenas para o caso que se apresenta e evitando-se a formulação judicial de princípios ou regras amplas.

Talvez mais relevante que essas duas técnicas de decisão seja a própria arte de não decidir, ou seja, a adoção de técnicas que evitem decisão de mérito em controvérsia constitucional.

BICKEL denomina tais técnicas como as “virtudes passivas” da jurisdição

constitucional²³³.

A arte de não decidir pode ser tida por alguns como deplorável. Entretanto, trata-se de técnica de valia para compatibilizar a jurisdição constitucional com o regime democrático.

Não é crível que a jurisdição constitucional possa resolver todas as controvérsias constitucionais, não devendo ser esquecido que, subjacentes a estas, há controvérsias políticas de difícil resolução num contexto democrático e pluralista. É certo que uma Constituição pressupõe certo consenso social em torno de algumas questões fundamentais, o que RAWLS denomina de “consenso sobreposto”²³⁴. À margem desse “consenso sobreposto” coexistem, em sociedade pluralista, “doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis”²³⁵, que tornam remota a possibilidade de resolução racional e compartilhada de todas as controvérsias políticas ou constitucionais. O posicionamento contrário tem por base “fundamentalismo jurídico” pouco compatível com a sociedade pluralista.

Por outro lado, a não-resolução judicial de controvérsia constitucional é melhor do que a má resolução, ou seja, a equivocada decisão de mérito. Se o juiz constitucional deixa em aberto a controvérsia constitucional, nada impede que a retome em momento posterior, quando ela estiver, quiçá, amadurecida. Resolvendo-a mal, ele desestimula a continuação do debate pela sociedade civil ou pelos demais órgãos políticos, pois estes podem se sentir frustrados quanto às chances reais de modificação do decidido, o que exigiria, usualmente, uma reforma da Constituição ou a modificação dos juizes constitucionais, todas alternativas difíceis.

Daí a valia da postura de autocontenção. Não por acaso, o juiz Louis BRANDEIS, da Suprema Corte norte-americana, teria afirmado que “a coisa mais

²³³ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed.

²³⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed., p. 26.

²³⁵ RAWLS, J. Idem. *Ibidem*.

importante que fazemos é não-fazer”²³⁶.

2. PODER DISCRICIONÁRIO DE REVISÃO

A Suprema Corte norte-americana controla a sua agenda principalmente através do “writ of certiorari”, decidindo discricionariamente quais casos que lhe chegam às mãos serão decididos no mérito.

Nos últimos anos, cerca de 7.000 casos têm sido anualmente propostos perante a Suprema Corte. Poucos deles constituem ações cuja competência originária foi a ela atribuída. Outros poucos constituem casos de recurso obrigatório a ela. A referida corte não pode recusar o julgamento dessas duas espécies de casos. A grande maioria, contudo, depende do acolhimento de pedidos de “certiorari”. Dificilmente ela julga no mérito mais de 150 casos por ano, sendo que, em períodos recentes, especificamente no termo de 1994-1995, julgou apenas 95 casos²³⁷.

A “Rule n.º 10” das Regras da Suprema Corte relaciona razões favoráveis à concessão do “certiorari”. Parte delas envolve divergências jurisprudenciais entre cortes de apelação federais ou entre cortes estaduais supremas, ou entre estas e aquelas. Outra parte envolve casos em que cortes de apelação federais ou cortes estaduais supremas tenham decidido uma questão importante de direito federal em sentido que conflite com decisões da própria Suprema Corte, ou questão dessa natureza que ainda não tenha sido, mas que, por sua importância, deveria ser por ela decidida.

O juízo da Suprema Corte é discricionário e não necessita de fundamentação. Mesmo a “Rule n.º 10” não pretende de fato limitar tal juízo discricionário. De acordo com a tradição, é necessário o voto de quatro juizes para a concessão do “certiorari”,

²³⁶ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed., p. 71.

²³⁷ LOCKHART, William B. et al. *Constitucional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 52-53.

ou seja, para que o caso seja ouvido e decidido quanto ao mérito pela Suprema Corte.

No Brasil, o STF não possui semelhante instrumento para controlar sua agenda.

Os números do STF, aliás, são bem mais impressionantes do que os da Suprema Corte. Segundo dados oficiais, em 2001 foram distribuídos no STF 89.574 processos. Destes, 87.193 constituem recursos extraordinários ou agravos, ou seja, envolvem matéria recursal. Os números vêm crescendo ao longo da história do tribunal, passando de cerca de 9.000 no início da década de 80 para 16.000 no início da década seguinte, e chegando àquele número em 2001. Nem mesmo a redução da competência do Supremo, ultimada pela Constituição de 1988, inverteu tal tendência, tendo sido observada redução do número de processos distribuídos apenas nos três primeiros anos após a promulgação da Constituição²³⁸.

A impressionante carga de trabalho é um dos motivos da demora do STF no julgamento dos casos que lhe são apresentados, mesmo aqueles de sua competência originária. A título de ilustração, das 2.640 ações diretas de inconstitucionalidade propostas de 05/10/1988 a 28/04/2002, apenas 1.406 haviam sido julgadas definitivamente até esta última data²³⁹. Nesse contexto, assume grande importância a decisão quanto à concessão ou não de liminar na ação direta, o que não favorece ampla instrução probatória ou mesmo o amadurecimento da controvérsia constitucional²⁴⁰.

Os inconvenientes de tal carga de trabalho são óbvios. Ela não só provoca a indesejável morosidade do julgamento, mas também impede que o Supremo centre sua atenção nos casos de maior relevância, com riscos para a qualidade do julgamento.

A função de um tribunal constitucional não é atuar como segunda instância

²³⁸ Fonte: www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp e www.stf.gov.br/stf/ClasseProc.asp

²³⁹ Fonte: www.stf.gov.br/bndpj/stf.adin.asp

²⁴⁰ Segundo VIANNA e outros, os dados revelariam uma preferência do STF em realizar o controle de constitucionalidade “mais no julgamento das liminares do que no mérito”, o que poderia significar “uma atitude de reserva ou de parcimônia quanto à explicitação da sua jurisprudência” (VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 117).

de apelação, mas sim construir jurisprudência constitucional, desenvolvendo as potencialidades das normas constitucionais.

Tal objetivo encontra-se parcialmente comprometido pelo número excessivo de processos em trâmite no STF, o que não tem escapado da percepção dos operadores do direito.

Entre as soluções propostas encontra-se a de submeter à discricionariedade do STF a decisão quanto ao julgamento ou não de casos afetos à sua competência recursal. Na Proposta de Emenda Constitucional n.º 29, atualmente em trâmite no Senado Federal, pretende-se introduzir mecanismo da espécie. Segundo a redação proposta para o § 4.º do artigo 102 da Constituição Federal, deverá ser demonstrada no recurso extraordinário “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, sendo conferido ao Supremo o poder de recusar o recurso por dois terços de seus membros. A proposta peca pela exigência de tal maioria qualificada, pois será necessário número maior de votos de ministros do Supremo para a recusa de um recurso extraordinário do que para julgá-lo no mérito, o que pode comprometer a operacionalidade do instituto. Melhor seria a adoção de algo equivalente ao adotado pela Suprema Corte norte-americana, na qual o conhecimento do recurso depende de sua aceitação expressa por determinado número de juízes e em número inferior ao necessário para julgá-lo.

A matéria é controvertida, não faltando quem critique a adoção de mecanismo da espécie.

Não obstante, uma boa atuação da jurisdição constitucional demanda atribuir a ela certo controle sobre sua própria agenda.

A falta desse controle pelo STF constitui um dos fatores que explicam a falta de desenvolvimento de jurisprudência sólida acerca de direitos fundamentais. Uma “revolução judicial de direitos fundamentais” constitui possibilidade remota quando a agenda dos tribunais, especialmente do tribunal constitucional, é dominada por casos não relacionados aos direitos fundamentais.

Charles EPP, no estudo de Direito Comparado já mencionado, destaca a

importância de tal fator:

Adicionalmente, o controle judicial de sua própria agenda é claramente uma importante e talvez mesmo uma condição necessária para uma revolução judicial de direitos. Se os juízes não podem eliminar disputas econômicas rotineiras de sua agenda, sua atenção é dominada pelos muitos casos que envolvem tais questões. Assim, a Suprema Corte indiana, que carece de controle sobre sua agenda, foca muito de sua atenção em disputas rotineiras; por contraste, depois que as supremas cortes norte-americana e canadense ganharam significativo controle sobre suas agendas (em 1925 e 1975, respectivamente), sua atenção dirigiu-se para questões amplas de direito público, particularmente para os direitos individuais.²⁴¹

Certamente, conferir poder discricionário sempre envolve certo risco. O tribunal constitucional pode recusar-se a decidir questões constitucionais cuja resolução seria relevante ou desejada. Entretanto, obrigá-lo a resolver toda controvérsia constitucional não garante boas decisões constitucionais dessas matérias, podendo obstaculizar, como ocorre no Brasil, o desenvolvimento de jurisprudência em prol dos direitos fundamentais.

O risco deve ser sopesado à vista dos inconvenientes da situação atual. Se, por um lado, é certo que as experiências estrangeiras não são sempre assimiláveis pelo contexto nacional, também não parece prudente ignorar o que deu e o que não deu certo alhures.

3. QUESTÕES PROCESSUAIS

Uma forma usual de evitar decisão de mérito em controvérsia constitucional consiste no acolhimento de questão prejudicial de natureza processual.

No Brasil, diante da ausência de mecanismos mais eficientes, o STF realiza largo uso de tal expediente.

O recurso extraordinário, previsto no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, é o principal veículo para a submissão ao STF de controvérsias

²⁴¹ EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, p. 200.

constitucionais dentro do modelo de controle difuso/incidental de constitucionalidade.

A Constituição ou mesmo a legislação processual, apesar de descreverem as hipóteses de cabimento do recurso, não discriminam amplamente os seus requisitos de admissibilidade.

Por construção pretoriana, o STF estabeleceu vários requisitos processuais para a admissão de tal recurso.

Assim, por exemplo, a Súmula n.º 282 exige, sem que haja previsão legal a esse respeito, o prequestionamento da questão constitucional nas instâncias inferiores. Se o caso envolver questão constitucional que não foi tratada na decisão recorrida, cumpre ao interessado interpor na instância recorrida embargos declaratórios, sob pena do não-conhecimento do recurso, nos termos da Súmula n.º 356 do mesmo tribunal.

As Súmulas n.º 283 e n.º 284 também veiculam, sem previsão legal, obstáculos processuais para a admissão de recurso extraordinário. A primeira estabelece que é inadmissível o extraordinário “quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Já a segunda exige que o recurso esteja adequadamente fundamentado, sendo ele inadmissível se a “deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Tais súmulas constituem os principais obstáculos para o interessado em julgamento de mérito.

Cumpre destacar também que o recurso extraordinário não é interposto diretamente no Supremo, mas sim perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, a quem cabe um primeiro juízo de admissibilidade, conforme o artigo 514 do Código de Processo Civil. Todavia, a decisão final quanto à admissibilidade cabe ao próprio Supremo, tanto quando o extraordinário for admitido na instância recorrida como quando for rejeitado, hipótese em que o prejudicado pode interpor agravo ao STF, que poderá rever a inadmissão.

Tais expedientes acabam por transformar o recurso extraordinário em via estreita, embora não tão estreita, em vista do elevado número de processos no STF, com vantagem para as partes que tenham condições de contratar advogados habituados

ao manuseio de tal recurso.

Semelhantes obstáculos processuais foram também elaborados pelo STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

O mais relevante deles foi oposto ao cabimento das ações declaratórias de constitucionalidade em que os demandantes, que constituem um rol de legitimados restrito, perseguem não a invalidação de norma infraconstitucional incompatível com a Constituição, mas sim a declaração de sua constitucionalidade, a fim de resolver controvérsia constitucional. No julgamento de questão de ordem suscitada na ADCN n.º 1-1/DF²⁴², o STF, mesmo sem previsão constitucional ou legal, exigiu, para admissibilidade de ações da espécie, a demonstração da existência de dúvida fundada a respeito da constitucionalidade do ato normativo objeto do controle, o que se faria mediante prova da existência de dissídio a esse respeito já instaurado em instâncias judiciais inferiores. Posteriormente, a Lei n.º 9.868, de 10/11/99, “legalizou” tal construção jurisprudencial.

A construção teve por objetivo expresso evitar que o STF fosse transformado em órgão consultivo. Tem também a importante virtude de evitar que seja submetida ao STF controvérsia constitucional insuficientemente amadurecida. A relevância de medida da espécie até recomendaria a extensão da exigência à ação direta de inconstitucionalidade, podendo a Corte, por exemplo, no caso de improcedência, abster-se de pronunciar a constitucionalidade do ato controlado, salvo se preenchida a referida exigência.

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade também se encontram obstáculos processuais resultantes de construção pretoriana.

Os mais relevantes deles foram opostos às ações diretas de inconstitucionalidade propostas por “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”, conforme autorização prevista no artigo 103, IX, da Constituição Federal.

²⁴² ADCNQO 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, DJU 16/05/95.

É oportuno salientar que a Constituição brasileira de 1988 ampliou consideravelmente o rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, enquanto na sistemática anterior tal legitimidade era exclusiva do Procurador Geral da República, atualmente têm posição ao lado deste oito novas categorias de legitimados, dentre elas as já referidas.

Talvez por temor de excesso de demandas propostas pelos novos legitimados, o STF vem interpretando restritivamente a legitimidade conferida às confederações sindicais ou entidades de classe. Na área sindical, tal legitimidade cabe apenas às confederações, tendo sido excluídos até mesmo as federações e os sindicatos de âmbito nacional²⁴³. Quanto às entidades de classe, exige-se cumulativamente: a) que os associados sejam pessoas físicas; b) que os associados estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional; c) que haja associados em pelo menos nove estados da Federação²⁴⁴.

Ademais, exige o Supremo a demonstração da “pertinência temática” entre as finalidades estatutárias dessas entidades e o conteúdo da norma impugnada²⁴⁵. Tal requisito parece, contudo, pouco compatível com a natureza do controle abstrato, que visa não à tutela de situação subjetiva, mas sim à defesa objetiva da integridade do ordenamento constitucional.

Tal seletividade explica o expressivo percentual de ações diretas de inconstitucionalidade propostas por essas entidades que não foram conhecidas pelo STF, ou seja, 43% no período pós-Constituição até 1998²⁴⁶.

Os dados e a prática relevam que, para evitar decisões de mérito em casos constitucionais, o STF faz largo uso de expedientes processuais não previstos na Constituição ou na lei. Não se quer aqui criticar genericamente tais expedientes, o que

²⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., p. 166.

²⁴⁴ CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 167.

²⁴⁵ CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 162-165.

²⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 106.

seria incoerente com a recomendação da autocontenção em alguns contextos. Afinal, eles podem ser utilizados para evitar uma decisão de mérito, o que promove a autocontenção. Por exemplo, o requisito imposto à ação declaratória de constitucionalidade pode contribuir para evitar a resolução prematura de uma controvérsia constitucional, o que é louvável.

O inconveniente de tais expedientes processuais é a sua reduzida flexibilidade. Sua adoção habilita o juiz constitucional a deixar de decidir no mérito controvérsia constitucional, o que pode ser oportuno, mas, por outro lado, uma vez adotados, também poderão impedir que o juiz constitucional, sob pena de incoerência, se pronuncie sobre temas relevantes e no momento oportuno.

A título de ilustração, as construções do Supremo em torno da legitimidade das confederações sindicais e das entidades de classe, embora tenham servido para atenuar a sua sobrecarga de trabalho, tiveram o inconveniente de excluir do rol de legitimados importantes entidades da sociedade civil, como a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT) e a União Nacional dos Estudantes (UNE)²⁴⁷.

Seguindo-se os critérios definidos pelo Supremo, entidades como a “NAACP – National Association for the Advancement of Colored People”, que teve nos Estados Unidos papel central no custeio e na promoção de ações contra a segregação racial, não teriam, no Brasil, como provocar o controle abstrato de normas.

Por sua vez, o requisito da pertinência temática restringe a atuação de associações como a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) a questões corporativas e a temas de organização e funcionamento do Poder Judiciário. Ainda assim, neste último caso a atuação é restringida, como ilustra o não-conhecimento de ação direta proposta pela AMB contra a criação, pela Emenda Constitucional n.º 03/93, da ação declaratória de constitucionalidade²⁴⁸, tema constitucional

²⁴⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 106.

²⁴⁸ ADIMC n.º 913/DF, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, DJU de 05/05/95, p. 11.904.

absolutamente relevante.

Mais funcionais são instrumentos como os vistos no tópico anterior que permitem que o juiz constitucional efetue distinção entres os casos segundo a sua importância.

Por outro lado, expedientes processuais podem conferir ao tribunal constitucional a imagem – não muito agradável nem muito compatível com a função da jurisdição constitucional – de corte apegada ao formalismo jurídico.

Notadamente no caso do controle difuso e incidental, a excessiva formalização contribui para a elitização da clientela do STF, pois apenas aqueles em condições de contratar advogados habituados a tais armadilhas processuais lograrão acesso a decisões de mérito, o que pode restringir a agenda da corte a causas de expressivo valor econômico, com prejuízo para a desejada jurisprudência voltada aos direitos fundamentais.

Os efeitos colaterais negativos de tais expedientes processuais recomendam a sua substituição por instrumentos mais flexíveis. Na falta destes, devem ser empregados com extrema cautela, com ponderação entre os objetivos por eles visados e os efeitos colaterais negativos, com o que poderá ser realizada discriminação entre os funcionais e os disfuncionais.

4. A ABORDAGEM MINIMALISTA

As técnicas destinadas à promoção da autocontenção examinadas nos dois tópicos anteriores tiveram em vista o STF. Elas não podem ser empregadas livremente pelas instâncias inferiores.

A primeira, aliás, consistente na atribuição de poder discricionário ao Tribunal Supremo para julgar ou não casos constitucionais, não pode em absoluto ser conferida às instâncias inferiores, o que nem seria conveniente e também violaria o direito de amplo acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, da Constituição brasileira). Quanto à segunda, a dos expedientes processuais, não há, em princípio, obstáculo,

desde que sejam efetuadas adaptações para o seu emprego pelas instâncias inferiores.

O emprego excessivo de tais expedientes processuais seria também prejudicial ao direito de amplo acesso à Justiça, tendo ainda o inconveniente de atribuir aos juízes constitucionais a pecha de excessivo apego ao formalismo jurídico.

Existem expedientes com efeitos colaterais menos negativos.

Uma abordagem minimalista para a decisão de casos constitucionais pode servir para promover a postura de autocontenção, sendo conveniente em alguns contextos.

Através dela, o juiz constitucional deve evitar a formulação de princípios abrangentes ou a teorização profunda de temas constitucionais, limitando-se a decidir o necessário para o julgamento do caso que se apresenta.

Com base em argumentos que apelam para o regime democrático e a falibilidade dos juízes, Cass SUNSTEIN talvez seja o mais ardoroso defensor de abordagem da espécie:

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis usualmente discordam. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.²⁴⁹

E diz ele também:

O minimalismo também garante flexibilidade para o futuro, uma virtude especialmente valiosa quando os fatos e os valores estão em fluxo. Minimalistas recusam-se a congelar ideais e concepções existentes; deste modo eles retêm um grande espaço para deliberação e escolha futura. Isso é especialmente importante para juízes que não têm tanta certeza de que estão certos. Como um marujo em um mar estranho – ou um governo tentando regular um mercado de trabalho em mutação – uma corte deve tomar passos pequenos e reversíveis, habilitando-se a acomodar desenvolvimentos inesperados. Certas formas de minimalismo podem promover objetivos democráticos, não só por deixarem coisas por decidir, mas também por permitirem a convergência de opiniões com o tempo e incentivarem processos de deliberação democráticas.²⁵⁰

²⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, p. 259.

²⁵⁰ SUNSTEIN, C. R. *Idem*, p. 259.

Todavia, mesmo segundo o referido autor, a abordagem minimalista, embora desejada, não é apropriada em todos os contextos²⁵¹. Assim, por exemplo, defende ele o acerto de decisão ampla e profunda, como “Brown”, que reputou inconstitucional o princípio da segregação racial. Ressalva, porém, que tal decisão abrangente não foi um ato isolado no tempo e espaço, tendo sido precedida por série de casos nos quais o princípio da segregação foi testado e reprovado, o que teria habilitado os juizes da Suprema Corte a proferir um julgamento amadurecido²⁵².

A ressalva é importante, pois a abordagem minimalista tem também efeitos colaterais negativos. Abordagens superficiais e restritas dificultam a previsibilidade das decisões judiciais e podem favorecer arbitrariedades, na medida em que cada caso é um novo caso, sem maior ligação com os precedentes.

Não se deve, porém, desconsiderar as virtudes do minimalismo. O já referido e desastroso caso “Dred Scott” poderia ter sido resolvido pela Suprema Corte através de expedientes processuais ou através de decisão de mérito bem mais restrita. Aliás, nas discussões iniciais sobre o caso, os juizes da Suprema Corte inclinavam-se a decidir o caso no sentido de que o “status” de Scott – se escravo ou liberto –, deveria ser resolvido mediante a aplicação da lei do estado no qual residia, o que teria evitado a abordagem ampla que depois prevaleceu²⁵³.

Da mesma forma, o STF brasileiro poderia ter evitado a nulificação do mandado de injunção no julgamento da questão de ordem suscitada no Mandado de Injunção n.º 107-3/DF. A decisão do caso não exigia, naquele momento, a definição da natureza e da eficácia da ação constitucional, pois em seguida foi negada legitimidade ao impetrante²⁵⁴.

²⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, p. 262-263.

²⁵² SUNSTEIN, C. R. *Idem*, p. 38.

²⁵³ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*, p. 112-113. Diferentemente do que ocorre no Brasil, os juizes da Suprema Corte podem reunir-se a portas fechadas e deliberar livremente sobre o caso antes de proferirem a decisão.

²⁵⁴ MI n.º 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, por maioria, DJU de 02/08/91.

As virtudes da abordagem minimalista não devem ser exageradas. Seu emprego poderá ter como único efeito retardar uma decisão abrangente e profunda do juiz constitucional. Expediente da espécie não é, contudo, destituído de mérito, pois com o tempo a controvérsia constitucional poderá amadurecer, propiciando julgamento de melhor qualidade.

Se o objetivo principal é deixar a controvérsia em aberto, propiciando o seu amadurecimento não só pelos juízes, mas também pelos demais poderes constituídos e pela sociedade civil, então não é possível delimitar abstratamente as matérias para as quais a abordagem é apropriada. O seu emprego será apropriado nos casos em que o juiz constitucional não se sinta seguro para o julgamento, oportunidade em que é conveniente evitar decisão ampla ou abrangente. Trata-se de técnica de decisão que apela para a prudência dos juízes, bem como para a humildade destes quanto ao acerto de suas próprias convicções.

Assim compreendida, ela pode ser relacionada ao já aludido limite da “reserva de consistência”, como condição de legitimidade das interferências da jurisdição constitucional na atividade legislativa.

5. RESERVA DE CONSISTÊNCIA

Por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma “reserva de consistência” para se sobreporem às interpretações legislativas.

Em sede de controle de inconstitucionalidade por ação, tal reserva exige que o Judiciário apresente argumentos substanciais de que o ato normativo impugnado é incompatível com a Constituição.

Se o caso for de inconstitucionalidade por omissão, não há decisão legislativa à qual o Judiciário deva sobrepor-se. Não obstante, o desenvolvimento e a efetivação da Constituição são sempre atividades que requerem cuidado, mesmo quando

presente vazio legislativo, principalmente em virtude da carência de legitimidade democrática do Judiciário.

A intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar.

Por exemplo, na interpretação da já citada norma prevista no inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”), não cabe fixar arbitrariamente um percentual, mas sim reunir os dados necessários, que deverá procurar principalmente em ciências não-jurídicas, valendo-se de peritos e dos estudos científicos que forem necessários para conferir à referida norma o desenvolvimento e a efetivação cabíveis. Aqui, o processo judicial deve ter a instrução necessária para ser tomada a decisão mais correta possível. Embora tal tarefa possa oferecer grandes dificuldades, principalmente diante do usual abarrotamento da agenda judicial, não é lícito ao juiz descuidar-se dela, restando observar que as partes poderão fornecer o auxílio necessário para sua viabilização.

Tome-se outro exemplo, o da norma constitucional que prevê o salário mínimo como direito fundamental dos trabalhadores, veiculando ordem ao legislador para que seu valor seja fixado segundo determinados parâmetros (art. 7.º, IV, da Constituição Federal). Se o legislador fixar o valor do salário mínimo em desconformidade com os parâmetros constitucionais, estar-se-á diante de inconstitucionalidade.

Todavia, para chegar a conclusão dessa espécie, o juiz constitucional deverá superar a reserva de consistência, que exige pelo menos a demonstração do desacerto da lei, e quiçá a indicação de um valor compatível com o comando constitucional, para o que ele deverá valer-se de amplos dados empíricos. Como o juiz não pode permanecer alheio às conseqüências de suas decisões, ele teria, inclusive, que cogitar sobre os reflexos de sua decisão para a economia do país. O juiz precisa considerar essas repercussões à luz do que aconteceria caso sua decisão fosse estendida a todos os

casos análogos, transcendendo aos limites da causa “sub judice”.

Não são pequenas as dificuldades que decisão dessa espécie ofereceria. Há relevantes dúvidas quanto à propriedade do fórum judicial para a discussão. De todo modo, caso se conclua positivamente, eventual decisão contrária à opção legislativa exigiria que o julgador se municiasse de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, após conferir abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas e privadas. Apesar das dificuldades, não se trata de tarefa impossível. Ademais, a mesma questão seria levada a diversos juízes e, em seguida, às instâncias recursais, cada qual podendo oferecer sua contribuição para o enriquecimento do debate. Com o tempo, a racionalidade própria do sistema judicial, com erros e acertos, poderia conferir à questão o amadurecimento necessário, possibilitando interpretação adequada para a referida norma constitucional.

Deve-se ressaltar que a necessidade do recurso a dados empíricos não é algo extravagante na jurisdição constitucional, podendo ser citados os exemplos de “Brown v. Board of Education”, no qual estudos psicológicos ampararam a decisão da Suprema Corte de que a segregação escolar era inerentemente desigual, e também “Roe v. Wade”, no qual as construções da Corte tiveram por base dados e estatísticas médicas a respeito da gravidez.

O recurso a tais dados não é comum nos tribunais brasileiros, que, salvo em hipóteses excepcionais, têm-se limitado a argumentos puramente semânticos, principalmente relativos à incompatibilidade textual entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

O acerto das decisões judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes não pode, porém, prescindir das mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas. Se o legislador não prescinde delas quando do desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais no âmbito de sua função, não pode o julgador ignorá-las, submetido que está à reserva de consistência.

Poderá, é certo, existir um limite para as respostas que podem ser fornecidas por outras ciências. Estas não eliminam os métodos tradicionais de interpretação da

Cumpra o observador que mesmo a competência especial do legislador para a elaboração do orçamento público, comumente colocada como obstáculo à concretização de direitos a prestações estatais, encontra limites na Constituição. Se o juiz entender, consistentemente, que a Constituição contempla direito fundamental dessa natureza, não se discute a liberdade orgânica do legislador. Ademais, o juiz, mesmo na interpretação e aplicação de regras legais, como quando concede uma aposentadoria negada administrativamente ou quando condena o Estado a indenizar

prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode no limite da "reserva do possível" como faceta especial da reserva de consistência.

pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com Na interpretação de algumas dessas, especialmente das que veiculam direitos mesma espécie, desenvolvendo e efetivando normas constitucionais.

a superação desta ele estará autorizado a invalidar ato legislativo ou suprir vazios da ciências não-jurídicas, para superar a barreira da reserva de consistência. Somente com ver-se obrigado a ampliar a instrução probatória, recorrendo a dados extrínsecos de Portanto, o julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, poderá legislador como quando ele é chamado a agir devido aos vazios deixados por este.

Isso ocorre tanto quando o juiz controla a constitucionalidade de determinado ato do obrigatório se forem desejadas decisões "racionalistas" da jurisprudência constitucional. O recurso a dados extrínsecos de ciências não-jurídicas, quando necessário, é decisão mais adequada, reduzindo a possibilidade de ocorrência de arbitrio.

Constituição, nem a vinculação do intérprete aos princípios já mencionados. No entanto, no espaço que lhes cabe, elas poderão contribuir para que o Judiciário tome a

um particular, interfere no orçamento público, gerando despesas que terão que ser por este suportadas, independentemente da concordância ou não do legislador com a modo pelo qual o juiz interpretou e aplicou as normas legais. Por último quanto a este tema, cumpre observar que a competência orçamentária não é colocada, em geral, como obstáculo para o reconhecimento de direitos do contribuinte, sendo que a declaração de inconstitucionalidade de tributo também afeta as receitas públicas e, por conseguinte, o orçamento.

O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para a elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do artigo 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica)²⁵⁵. Todavia, a extensão deste impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso “Brown”.

É óbvia a relação entre o limite da reserva de consistência e a autocontenção.

Ele serve como técnica para a promoção da autocontenção judicial. Não sendo atingida carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da

²⁵⁵ Isso não impede, porém, que o Judiciário invalide, por inconstitucionalidade, políticas públicas, ainda que decorrentes de omissão governamental, contrárias aos princípios previstos na Constituição Federal. Konder COMPARATO admite declaração de inconstitucionalidade de políticas públicas contrárias à Constituição (COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, mar. 1997, p. 11-22). Segundo esse autor, a política pública constitui conjunto de normas e atos unificados pela sua finalidade. A seu ver, o controle de constitucionalidade de políticas públicas demandaria reforma constitucional e deveria ser levado a cabo através de controle direto e concentrado do órgão de cúpula do sistema judiciário. Entretanto, o controle de constitucionalidade de políticas públicas já é possível no atual quadro constitucional. Os atos, normativos ou materiais, que compõem determinada política pública podem ser atacados tanto em controle abstrato quanto em incidental (observadas, obviamente, as peculiaridades de cada modo de controle – por exemplo, atos materiais não podem ser objeto de controle abstrato), neste último caso, preferivelmente, através de ações coletivas.

interpretação judicial da Constituição, exige-se do juiz a autocontenção. Poderia ser utilizada uma das outras técnicas de decisão já mencionadas. Não obstante, pode o julgador simplesmente decidir que não interferirá na atividade legislativa porque não foi demonstrada a presença de vício de inconstitucionalidade no ato controlado, ou porque não foram reunidos argumentos suficientes para habilitá-lo a julgar o caso no sentido reclamado pelo demandante. Não se trata de “non liquet”, mas sim de julgamento de improcedência da demanda em que foi ventilada questão constitucional.

Além de servir como técnica para promover a autocontenção judicial, o limite também serve de critério indicador dos casos em que ela é apropriada.

A autocontenção tem por base certa desconfiança quanto à capacidade do juiz para resolver controvérsias constitucionais. Se ele estiver seguro de seu julgamento – sendo aqui recomendável humildade –, não é apropriada a autocontenção. Se ocorre o contrário, ele deve servir-se de um dos expedientes mencionados, a fim de evitar decisão de mérito equivocada.

Não há como identificar materialmente uma classe ou espécie de casos em que a postura seria abstratamente recomendada. Em algumas matérias, como a relativa às relações exteriores, será usual a ocorrência de casos da espécie, daí a praxe de considerá-las uma “questão política” não afeta ao controle jurisdicional. Seria melhor, contudo, afastar tal praxe, bem como a própria doutrina das “questões políticas”, substituindo-as pelo próprio limite da reserva de consistência. Se o principal fundamento da doutrina das questões políticas é a dificuldade do Judiciário para realizar um julgamento acertado por falta de parâmetro normativo ou por estar pior qualificado do que outras instituições, não há prejuízo em substituí-la diretamente por seu próprio fundamento, que se confunde com o limite da reserva de consistência.

Portanto, o limite da reserva de consistência serve à postura de autocontenção não só como técnica de decisão, mas também como critério identificador dos casos em que ela é apropriada. Todas as demais técnicas de autocontenção ou os demais critérios de identificação dos casos nos quais ela é apropriada poderiam, com vantagem, ser substituídos por ela. A desvantagem dos

outros é que não são tão flexíveis quanto o limite da reserva da consistência, afastando, às vezes desnecessariamente, a jurisdição constitucional de áreas em que seria conveniente a sua intervenção.

Não se fará aqui, ao contrário do que fez CHOPER, a indicação de matérias ou espécies de controvérsias constitucionais para as quais seria abstratamente apropriada a postura de autocontenção. Aliás, as propostas desse autor tiveram em vista a prática constitucional norte-americana, não sendo facilmente transplantadas para o contexto brasileiro. Neste, por exemplo, não seria recomendável postura de autocontenção em disputas entre Executivo e Legislativo, devido à hipertrofia do presidencialismo brasileiro. Assim, em vez de indicar matérias específicas, cumpre apenas concluir que a autocontenção deve ser associada ao limite da reserva de consistência. Faltando ao juiz constitucional argumentos suficientes para superar essa barreira, ele deve adotar a autocontenção, prestigiando as soluções adotadas pelos demais poderes constituídos em relação ao caso.

6. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há uma divisão básica quanto ao tratamento conferido por nossos tribunais às normas constitucionais. Pela técnica prevalente, o resultado do julgamento de casos constitucionais depende da qualidade da norma invocada segundo classificação que leva em conta a linguagem do texto pertinente. Se a norma é reputada de “aplicabilidade imediata”, os tribunais resolvem o caso mediante aplicação da norma, atribuindo o direito à parte por ela beneficiada. Se a norma é reputada de “aplicabilidade mediata”, eles se recusam a decidir o caso sob a égide dessa norma, invocando a necessidade de regulação legislativa.

Assim, por exemplo, a Constituição Federal, no artigo 37, VII, garante aos servidores públicos o direito de greve, remetendo, porém, a lei reguladora. Segundo alguns posicionamentos judiciais, tal norma teria aplicabilidade meramente mediata, com o que o exercício de tal direito pelos servidores demandaria a prévia legislação reguladora. Nessa perspectiva, a norma, se invocada em caso concreto, não protegeria servidores públicos que, mesmo na falta de lei, tivessem exercitado o direito previsto na Constituição²⁵⁶.

Por trás desta postura, encontra-se o entendimento, verdadeiro dogma prevalente nos tribunais brasileiros, de que o juiz, no exercício do controle de constitucionalidade, não pode atuar como “legislador positivo”, ou seja, suprimindo vazios normativos, ainda que limitadamente ao caso concreto, sendo sua atuação restrita à invalidação de atos contrários à Constituição.

Logo, se a norma constitucional é classificada como de aplicabilidade mediata, sua operatividade passa a depender da legislação reguladora, sem que o juiz constitucional possa suprir eficazmente sua falta ou forçar a ação do legislador.

É interessante notar que tal técnica de decisão acaba por contornar a questão interpretativa central, ou seja, o que a norma constitucional devidamente interpretada exige, ou, no mencionado caso específico, qual é o alcance do direito de greve dos servidores, isto é, se ele está sujeito a restrições ou se contempla o caso concreto, tornando-se ponto central do julgamento a classificação da norma constitucional segundo sua eficácia. Em outras palavras, para o resultado do julgamento é mais importante a classificação da norma do que a interpretação de seu conteúdo.

Tal técnica de decisão tem servido como o principal instrumento dos tribunais brasileiros para a promoção da autocontenção judicial. Afinal, se a norma constitucional for caracterizada como de aplicabilidade meramente mediata, cessam, na prática, os deveres dos tribunais em relação a ela, não sendo necessário interpretar o

²⁵⁶ Como exemplo de julgado da espécie pode ser citado o ROMS n.º 4.183/MG, STJ, 5.ª Turma, Rel. Min. José Dantas, DJU I de 17/10/94, p. 27.905.

seu conteúdo ou aplicá-la ao caso concreto, o que pode envolver deferência em relação à atividade tomada por outro poder público à vista do caso concreto.

Essa técnica, como toda técnica relacionada à autocontenção, tem suas virtudes. Cumpre reconhecer que o juiz constitucional encontraria dificuldades para desenvolver e efetivar todas as normas constitucionais, especialmente algumas das qualificadas, segundo a doutrina examinada, como de aplicabilidade mediata.

Entretanto, tal técnica é disfuncional. Na prática, implica a divisão mecânica e inflexível da Constituição em duas partes: uma que pode ser invocada pelo juiz constitucional, e outra que fica dependente de regulação legislativa, o que gera a inversão da desejada subordinação do legislador ordinário à Constituição.

Por outro lado, os fundamentos de tal doutrina são questionáveis. A questão da aplicabilidade das normas constitucionais é complexa, sendo demasiadamente simplificadora a atitude de resolvê-la mediante mera classificação semântica dessas normas. Por sua vez, o dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo” encontra-se fora do contexto atual, como se pretende demonstrar.

6.2. A DOUTRINA BRASILEIRA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, a doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais remonta a Rui Barbosa, que classificou estas em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis.

Baseou-se ele nas construções doutrinárias clássicas norte-americanas, especificamente nos trabalhos de Thomas Cooley²⁵⁷.

É interessante notar que não se encontram iguais construções nos trabalhos dos constitucionalistas norte-americanos contemporâneos, o que é indicativo de que lá a doutrina já se encontra ultrapassada.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., p. 73-77, e FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, p. 132-133.

Em 1967, foi editada a obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, de José Afonso da SILVA, que, com base nos trabalhos dos constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Guerra Mundial, defende uma classificação tripartida das normas constitucionais, segundo a sua eficácia.

Em breve síntese, o referido autor faz distinção entre norma de eficácia plena, norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada. As duas primeiras teriam aplicabilidade imediata, com a ressalva que a segunda poderia ser restringida pelo legislador, e a terceira teria aplicabilidade mediata, dependendo de regulação legislativa para aplicação ao mundo dos fatos, com a ressalva de que mesmo esta teria a eficácia mínima de coibir a prática de atos que lhes fossem contrários.

O trabalho representa significativo avanço em relação à classificação anterior, não só pela já aludida eficácia mínima atribuída a todas as normas constitucionais, mas também pelo resgate da aplicabilidade imediata das normas constitucionais ditas de eficácia contida, que, por conterem remissões à lei, poderiam ser confundidas com as de aplicabilidade mediata.

Desde então, surgiram variantes terminológicas sem maiores conseqüências práticas²⁵⁸.

A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente com a terminologia proposta por José Afonso da Silva, encontra-se disseminada na jurisprudência pátria. Por vezes, faça-se apenas a ressalva de que alguns julgados confundem a terminologia ou ignoram a aludida eficácia mínima, de caráter negativo, presente em toda norma constitucional, segundo a referida teoria²⁵⁹.

6.3. OS FUNDAMENTOS DA DOUTRINA

²⁵⁸ Para relato completo sobre a referida doutrina e variantes terminológicas, vide FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, p.101-125.

²⁵⁹ Como exemplo, pode ser citada a jurisprudência do STF quanto à necessidade de regulação da proibição constitucional de taxas de juros superiores a 12% ao ano (ADIn n.º 4-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, por maioria, DJU de 25/06/93).

As constituições do século XIX, especialmente na Europa, não eram consideradas “normas jurídicas” propriamente ditas, no sentido de que poderiam ser invocadas pelos juízes na resolução de casos concretos.

Ao contrário, as constituições, inclusive as célebres declarações de direito liberais, eram tidas como dirigidas exclusivamente ao legislador.

Não se concebia, então, a necessidade de controle judicial do legislador, o que era algo natural, porque eram os parlamentos os órgãos de representação da sociedade civil, e como tais os garantidores da liberdade e da propriedade, enquanto os juízes eram vistos como ligados ao Antigo Regime e como um perigo para a própria liberdade. Os movimentos em prol da codificação e da legalidade no campo do Direito Penal bem ilustram tal concepção política, que tem como um de seus objetivos o de vincular o juiz à lei.

Principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial é que países europeus – Áustria (1945), Alemanha Federal (1949), Itália (1956), França (1959), Portugal (1976) e Espanha (1978) – passaram a adotar sistemas de controle judicial de constitucionalidade, cada um com suas peculiaridades. Somente com a adoção desses sistemas os dispositivos constitucionais, meros conselhos dirigidos ao legislador, foram elevados à condição de normas jurídicas, vinculantes dos poderes públicos e aplicáveis pelos juízes.

Uma exceção ao surgimento tardio do controle judicial de constitucionalidade fica por conta dos Estados Unidos, onde foi ele adotado já a partir de 1803, com “Marbury v. Madison”.

O conflito entre essas duas concepções de Constituição, uma na qual ela é tida como norma e outra na qual é destituída de tal condição, era esperado especialmente nos países que haviam vivenciado a experiência totalitária ou apenas autoritária e agora se viam às voltas com uma Constituição própria de um Estado Democrático e Social de Direito. Diante das novas funções atribuídas aos juízes e das expectativas em torno de sua postura, era natural a sobrevivência parcial da concepção anterior, segundo a qual as disposições constitucionais careceriam de força

normativa²⁶⁰.

A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais pode ser entendida na perspectiva dessa transição entre essas duas concepções de Constituição, ou seja, como um meio termo entre elas.

Ultrapassado o choque na transição entre as duas posturas ou ainda na transição de uma ordem jurídica autoritária ou totalitária para uma democrática, o que se espera é a progressiva afirmação da força normativa da Constituição, com o reconhecimento de que todas as disposições constitucionais são normas, com todas as conseqüências decorrentes desse fato.

No Brasil, foram vivenciadas experiências semelhantes, com diversas rupturas institucionais e dificuldade de afirmação, em contextos não muito amigáveis, de constituições de teor liberal-democrático ou liberal-social-democrático. A última delas remonta à Constituição de 1988, que é produto de restauração democrática após a ditadura militar.

Decorridos mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988, acredita-se que já decorreu tempo suficiente para a assimilação do seu conteúdo democrático, sendo necessário conferir força de norma jurídica a todas as suas disposições, sem exceção.

Por essa razão é que não podem ser aceitas construções doutrinárias ou jurisprudenciais que neguem aplicabilidade a parte das normas constitucionais. Seus defensores mais hábeis argumentam que, apesar das distinções entre elas, inexistiria disposição constitucional destituída de eficácia. Qualquer uma delas teria, pelo menos, a eficácia mínima de coibir comportamentos contrários à Constituição por parte dos poderes públicos ou de exercer a função de integração ou de interpretação do ordenamento jurídico.

Todavia, isso é pouco, e não satisfaz àqueles que pretendem que a

²⁶⁰ SILVA bem descreve tal experiência no contexto italiano (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., p. 77-81).

Constituição deve ter função diretora na vida política e social do país. Para tanto, é necessário que os poderes públicos estejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação de todas as normas constitucionais, não sendo suficiente a aludida “eficácia mínima”.

Esta, aliás, em determinados contextos – como no já citado direito de greve de servidor público ou mesmo no direito a salário mínimo condigno –, pouco ou nada significa, com o que, na prática, o dispositivo constitucional é apenas nominalmente considerado norma jurídica.

Certamente, é possível conclusão diversa caso reputado prescindível o compromisso com a Constituição ou com as normas constitucionais, especialmente daquelas, como a que contempla o direito de greve, que veiculam direitos fundamentais.

É interessante notar que um dos mais ardorosos defensores do papel dirigente das constituições, J. CANOTILHO, vem revendo seu posicionamento. No prefácio à segunda edição de sua obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, denuncia o dirigismo normativo-constitucional, o que constituiria criticável e utópica tentativa de “conformação do mundo político-econômico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide”²⁶¹. O revisionismo também tem por base o processo de “internacionalização” e, no caso específico de Portugal, de “europeização” do Direito, com o que “as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’”²⁶². De fato, a inserção de Portugal na União Européia e a atuação dos órgãos comunitários talvez seja mais relevante atualmente para concretização dos direitos humanos e para consolidação da democracia em Portugal do que a própria Constituição Portuguesa. Entretanto, o contexto brasileiro é bastante diferenciado, não havendo equivalência entre a União Européia e o Mercosul no que

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., p. X.

²⁶² CANOTILHO, J. J. G. *Idem.*, p. XI-XII.

diz respeito ao tratamento uniforme dos direitos humanos e a criação de órgãos transnacionais com competência para implementá-los, o que não escapou da percepção de CLÈVE, conforme prefácio escrito para a obra “A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais”, de João Pedro Gebran Neto:

Não vinculado a instituições supranacionais como os Estados (ainda Estados?) europeus, abandonado, o Brasil, à própria sorte com as fragilidades que ostenta, as quais, como se sabe, acabam por sugerir às elites transnacionais brasileiras ser vantajosa uma inserção subordinada no cenário internacional, no plano jurídico, só a Constituição será capaz de garantir os direitos fundamentais. Portanto, se nos países do hemisfério norte a Constituição não desempenha mais o mesmo papel, todos se passa de modo diferente na república brasileira. Aliás, aqui, a Constituição transformadora continua essencial para a construção de uma sociedade igualitária, promessa ainda não cumprida entre nós.²⁶³

O compromisso com a Constituição de 1988 é algo que não se questiona no presente trabalho. Não que ela não tenha suas falhas. Entretanto, trata-se de uma Constituição própria de um Estado Democrático e Social e Direito e, como tal, representa uma conquista do povo brasileiro, garantindo constitucionalmente liberdades básicas que nem sempre vigoraram no passado e positivando promessas constitucionais de uma sociedade mais igualitária e, portanto, mais justa. Suas grandes normas, como as que garantem as liberdades democráticas e o princípio da igualdade, fornecem guias para a atividade pública e privada, tendo ainda estabelecido uma nova pauta para as relações entre governantes e governados. Isso não significa evidentemente que ela, por si só, resolva todos os problemas brasileiros. Quando se pretende das autoridades públicas um compromisso com a Constituição e quando se exigem políticas públicas destinadas a implementá-la, isso não significa necessariamente a imposição de um programa fechado à sociedade pluralista. O dirigismo constitucional não é necessariamente incompatível com a abertura da Constituição. Programas como “a erradicação da pobreza” (artigo 3.º, III, da Constituição) ou o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, da Constituição) são suficientemente abstratos para permitirem várias formas de

²⁶³ Apud GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: A busca de uma exegese emancipatória*, p. 9-10.

implementação, permanecendo abertas várias opções para a sociedade pluralista. O que não pode ser reformado, pelo menos não pela política ordinária, é o próprio objetivo ou princípio, sendo de se observar, apenas a título exemplificativo, que os citados são compatíveis com a democracia, especialmente considerando a concepção material desta. Doutro lado, a concretização da Constituição não é tarefa exclusiva da autoridade pública. Mesmo a autoridade judiciária, na atividade de desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais, não agirá isolada, sendo necessária a provocação pela sociedade civil ou, pelo menos, por outros órgãos estatais. Revoluções judiciais de direitos são propiciadas pela pressão da sociedade civil sobre o Judiciário²⁶⁴, não podendo, nessas condições, a atividade em questão ser identificada com mera imposição estatal.

6.4. O MITO DA VEDAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUIZ COMO “LEGISLADOR POSITIVO”

Subjacente à doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais encontra-se o dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo”. Como exemplo desse entendimento pode ser citado o seguinte julgado do STF:

EMENTA – Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DL 2.434/88, artigo 6.º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.²⁶⁵

Em outras palavras, no controle judicial de constitucionalidade, o juiz poderia apenas censurar ato incompatível com a Constituição, mas não substituir o

²⁶⁴ Conforme estudo de EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, citado supra.

²⁶⁵ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 200.188-0-SP – Primeira Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – un. – j. 17/02/98 – DJU I, de 13.03.98.

legislador, extraindo da Constituição regra para o julgamento do caso concreto. Foi esse entendimento, aliás, que levou ao esvaziamento da eficácia do mandado de injunção.

Restringir a atuação do juiz constitucional a atividade dessa espécie somente faria sentido se a guarda da Constituição e dos direitos fundamentais exigisse apenas tal espécie de atividade.

Quando as constituições, como as liberais do século XIX, se limitavam a proteger a liberdade e a propriedade, o fato de se atribuir ao juiz função meramente negativa não representava prejuízo para a guarda da Constituição, pois a proteção de direitos fundamentais como a liberdade e propriedade então exigiam apenas a invalidação ou coibição do ato agressor pelo juiz.

As constituições contemporâneas, seguindo o modelo da Constituição mexicana de 1917 ou da Constituição da República de Weimar de 1919, não se limitam, como as liberais do século XIX, a garantir aos particulares proteção jurídica contra agressões dos poderes públicos. Fugindo ao modelo “garantista”, tributário do “status quo”, pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja através da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja através da constitucionalização de direitos a prestações estatais, para cuja efetivação é exigida postura ativa do Estado.

Nessa perspectiva, a intervenção do Estado na sociedade e na economia passa a ser vista não como excepcional, mas como usual e necessária para a promoção de objetivos traçados pelo poder político. Isso não significa que a intervenção não tenha limites, pois do contrário se estaria diante de um Estado totalitário.

A intervenção do Estado na sociedade e na economia passa a ser vista dessa forma no decorrer do século XX. Por exemplo, nos Estados Unidos isso ocorreu a partir do “New Deal”; no Brasil, a partir da década de 30, com o fim da República Velha.

Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização

da saúde e da educação, cuja implementação demanda a atuação do poder público –, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa.

Se o juiz constitucional não tiver meio para forçar a ação dos demais poderes constituídos para o cumprimento da Constituição ou se não tiver meio para atuar supletivamente, então não exercerá a guarda da Constituição relativamente às normas constitucionais cuja implementação demande ação, e não omissão do Estado.

Portanto, limitar o juiz constitucional a função meramente negativa apenas faria sentido em um contexto constitucional já ultrapassado.

É até difícil encontrar uma justificativa para a permanência de tal dogma no Judiciário.

Uma explicação possível é a identificação da postura de neutralidade, tão cara ao Judiciário, com a postura de respeito ao “status quo”.²⁶⁶

O “status quo”, ou seja, a atual distribuição de bens na sociedade, seria tido como algo natural e independente da ação estatal. Qualquer intervenção governamental nesta ordem natural deveria ser vista com cautela, pois representaria um risco para a neutralidade do Estado, que deve tratar todos, ricos e pobres, de maneira igual. Nessa perspectiva, a manutenção do “status quo”, conquanto possa ser injusta, em virtude das desigualdades existentes, não ofereceria risco para a neutralidade do Estado.

Nesse caso, a função do Judiciário seria garantir a neutralidade do Estado, exigindo que as intervenções deste no “status quo” sejam justificadas, o que passa pela verificação de compatibilidade destas com a Constituição. Contudo, não seria tarefa do Judiciário a alteração desse “status quo”, até porque isso ofereceria riscos para a sua necessária neutralidade.

É óbvio, entretanto, que a distribuição de riqueza não é algo natural, mas

²⁶⁶ A argumentação aqui desenvolvida é tributária do trabalho de SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. 3. ed..

produto da ordem legal. Cite-se SUNSTEIN:

A neutralidade baseada no “status quo” desconsidera o fato de que os direitos existentes e ainda o “status quo” são em um sentido importante o produto do Direito. É evidente que as pessoas têm coisas somente porque a lei permite que elas as tenham. Sem lei, ninguém pode “ter” qualquer coisa, pelo menos não no sentido em que entendemos a noção de propriedade. A neutralidade baseada no “status quo” é um erro precisamente na extensão de que desconsidera o fato de que nossos direitos, inclusive nossos direitos de propriedade, são criação da lei. Decisões constitucionais importantes usualmente desconsideram também este fato.²⁶⁷

A propriedade e o mercado não existiriam sem amparo da ordem legal. As leis que regulam, por exemplo, a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil, a tributação, a política monetária e a ordem social é que determinam a distribuição de riqueza na sociedade. Desse modo, não faz sentido exigir inércia estatal para a preservação da neutralidade, uma vez que inexistente ordem natural independente de ação estatal.

O que é apropriado é a submissão do “status quo” ao poder político, especialmente à deliberação democrática. Na medida em que ele for considerado injusto, pode e deve ser transformado²⁶⁸.

Essa é basicamente a concepção que levou à alteração das funções do Estado no decorrer do século XX, com algum refluxo, não total, no final do século passado, com a ideologia neoliberal. Saliente-se, porém, que mesmo essa ideologia estaria mais fundada na suposta ineficiência do Estado na gestão da economia do que propriamente na oposição à democracia.

Superada a identificação do respeito ao “status quo” com o resguardo da

²⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. 3. ed., p. 4.

²⁶⁸ Segundo RAWLS: “A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base de referência para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas ou privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não é necessário que os homens se resignem a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável acima do controle humano, mas um padrão de ação humana.” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, P. 109.)

neutralidade, cumpre ao Judiciário admitir que o seu compromisso com a Constituição pode exigir uma ação transformadora da realidade, e não apenas uma atividade de censura à atividade dos demais poderes constituídos.

Exige-se, assim, uma espécie de, toma-se a liberdade do emprego da expressão consagrada norte-americana, “New Deal” para a jurisdição constitucional brasileira. Não faz sentido que, tendo os Poderes Legislativo e Executivo se libertado das amarras do pensamento político predominante no século XIX, o mesmo não ocorra com o Judiciário.

Mesmo no contexto do direito positivo brasileiro não se encontra vedação à atuação do juiz constitucional como legislador positivo.

É certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz a suprir eventual omissão legislativa para o desenvolvimento e efetivação judicial das suas normas. No entanto, cumpre reconhecer que ela também não proíbe expressamente atividade dessa espécie.

No tocante ao controle da inconstitucionalidade por ação, deve-se destacar que também inexistente autorização expressa na Constituição para que o juiz invalide lei que repute inconstitucional. Há certos dispositivos que reconhecem a competência do juiz para declarar que determinado ato normativo é inconstitucional. Contudo, a teoria constitucional mais avançada reconhece que da declaração de inconstitucionalidade não decorre necessariamente a invalidação do ato controlado, ou, pelo menos, a invalidação retroativa²⁶⁹. Se não existe nem se exige autorização constitucional expressa para que o juiz extraia as consequências da declaração de inconstitucionalidade nos casos de controle por ação, qual a razão de se exigir tal autorização nos casos de controle por omissão?

²⁶⁹ Nos Estados Unidos, desde o caso “Linkletter v. Walker”, de 1965 (ALDISERT, Ruggero J. *The judicial process: text, materials and cases*. 2. ed., p. 45-46), a Suprema Corte reconhece a possibilidade de invalidação prospectiva da lei inconstitucional, o que também é autorizado pelo item 4 do artigo 282 da Constituição portuguesa. Prevê a mesma possibilidade no Direito brasileiro o artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10/11/99.

Admita-se, “ad argumentandum”, que assim não seja, isto é, que a Constituição autorize expressamente o juiz a atuar como “legislador negativo” e que não haja a mesma autorização expressa para ele atuar como “legislador positivo”. Nesse caso, tendo em vista que pelo menos não haveria vedação expressa, o juiz poderia assumir postura criativa frente ao texto constitucional, desenvolvendo, por força do princípio da efetividade, suas potencialidades, o que o levaria a reconhecer que a Constituição contém pelo menos autorização implícita neste sentido.

Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que qualquer comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa da mesma natureza.

Cabe lembrar que, na sentença mais memorável do Direito Constitucional, “Marbury v. Madison”, de 1803, Marshall atribuiu ao Judiciário a função de controle da constitucionalidade de atos dos demais poderes, embora não houvesse, para tanto, autorização expressa na Constituição norte-americana. Se isso ocorreu em 1803 nos Estados Unidos, entendimento semelhante pode ser adotado hoje no Brasil em relação ao controle de constitucionalidade por omissão, atribuindo-se ao juiz os poderes necessários para afastar o estado de inconstitucionalidade²⁷⁰.

²⁷⁰ Ainda a esse respeito, embora em outra linha, é oportuno o exemplo do Conselho Constitucional Francês. Foi ele criado pela Constituição de 1958, sem que se tivesse por objetivo atribuir-lhe a tutela de direitos fundamentais. Contrariamente a essa perspectiva inicial, a jurisprudência do Conselho, com

O dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo” apenas faria sentido se houvesse diferença substancial entre controle de constitucionalidade por ação e controle de constitucionalidade por omissão.

Análise mais profunda revela que a invalidação de uma lei nem sempre constitui atividade puramente negativa, pois tal ato pode também inovar a ordem jurídica, hipótese em que ele não se diferencia, em essência, da atividade supletiva de vazios normativos. Quando, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana invalidou leis estaduais que criminalizavam generalizadamente a interrupção voluntária da gravidez, ela traçou os parâmetros do que seria normativamente aceitável em termos de proibição. Repetindo-se as palavras do constitucionalista italiano C. MORTATI:

“... a produção de normas novas é uma consequência necessária de toda decisão de anulação, porque é claro que o efeito redutor da ação normativa de um texto porta igualmente a inovação da ordem preexistente.”²⁷¹

Ainda que assim não fosse, cumpre observar que os argumentos contrários à atuação do juiz como “legislador positivo” – por exemplo, o de que dessa forma ele estaria exercendo atividade legislativa – poderiam ser igualmente opostos à atividade do juiz como “legislador negativo”.

Em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa. O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área reservada ao legislador. Não há como contradizer tal fato. Todavia, ele assim age para resguardar a supremacia da Constituição.

Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da

a primeira decisão em 16/07/71, declarou-se competente para tanto, transcendendo positivamente os seus propósitos originários (LUCHAIRE, François. *El Consejo Constitucional Francés*. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 58-59, e RIL, Pierre; GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutionnel*, p. 40-51.)

²⁷¹ Apud DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, p. 237.

Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de censura a outro poder constituído.

Considerando ainda os elementos antimajoritários dentro do próprio processo legislativo, como o poder de veto do Executivo, o poder de obstrução de “lobbies”, de minorias, de lideranças partidárias, de chefes de comissões legislativas, a atuação supletiva do Judiciário pode até revestir-se de caráter democrático, rompendo bloqueios minoritários que, não raras vezes, impedem a transformação da vontade da maioria em lei.

Assim, em um regime democrático, decisões que suprem vazios legislativos são menos problemáticas do que decisões que invalidam atos legislativos.

Tanto no controle por ação como no controle por omissão, restam preservados o pluralismo político e as competências democráticas dos órgãos legislativos. Se o Judiciário invalida lei que reputa inconstitucional, o legislador pode editar novo ato normativo, oferecendo outro regramento para a mesma matéria, resguardadas as orientações contidas na decisão judicial. Se o Judiciário supre vazio legislativo, nada impede que o Legislativo edite ato normativo sobre a mesma matéria, oferecendo regramento diverso daquele apresentado pelo Judiciário, embora também resguardadas as orientações contidas na decisão judicial.

Em um ou outro caso, o juiz constitucional não se transforma em legislador. A atuação da jurisdição constitucional sempre será pontual, com interferência, às vezes profundas, mas nunca amplas no processo político democrático. A função legislativa, como é próprio em uma democracia, continuará ordinariamente com o Legislativo, sendo ainda de se observar que a interferência judicial continuará dependente da superação da “reserva de consistência”.

Em verdade, não se reveste de racionalidade o apego ao “dogma” da vedação

do suprimento judicial dos vazios legislativos, estando ele comprometido com construções políticas há muito ultrapassadas.

A existência de limites para a atuação da jurisdição constitucional é fato que não se discute, e aqui até se defende. Entretanto, tão intrincado problema não pode ser resolvido mediante recurso a argumentos destituídos de maior substância.

6.5. O JUIZ COMO “LEGISLADOR POSITIVO”

Já se mencionou que “*Marbury v. Madison*” é a decisão mais célebre da jurisdição constitucional, pois constitui o seu próprio ato fundador. Ela inspirou o desenvolvimento da jurisdição constitucional não só nos Estados Unidos, mas também nas demais democracias modernas.

Igual inspiração deveria ter sido retirada pela jurisdição constitucional de “*Brown v. Board of Education*”, de 1954. O conteúdo moral dessa decisão – na qual foi condenada a segregação racial, algo indefensável em uma democracia, que não tolera sociedade de castas ou cidadania de segunda classe – e a coragem de seus autores elevam-na à condição de julgado-modelo para a jurisdição constitucional contemporânea.

A Corte agiu como “legislador negativo” ao invalidar as leis estaduais que ordenavam a segregação escolar. Contudo, é oportuno lembrar que a Corte Warren não se limitou a franquear o acesso dos negros demandantes a escolas integradas. Ela determinou a adoção, pelos poderes constituídos, de política pública de dessegregação, o que é exemplo de decisão constitucional que não cedeu diante do “status quo”, buscando a sua transformação.

Esse exemplo já basta para demonstrar que a jurisdição constitucional tem condições de proferir decisões transformadoras da realidade, sempre que for necessário implementar direitos fundamentais.

Ressalte-se que outras Cortes têm como sindicáveis e reparáveis omissões inconstitucionais.

No âmbito europeu, merecem destaque as decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE) acerca da eficácia das diretivas comunitárias. Estas compõem o Direito Comunitário secundário e, em princípio, não constituíam fonte primária de direitos e obrigações, apenas impondo aos Estados que compõem a União Europeia “o dever de legislar para integrar em suas ordens jurídicas as regras e princípios contidos nas diretivas”²⁷². Não obstante, a Corte vêm ampliando a eficácia das diretivas, suprindo, de certa forma, as omissões dos Estados membros.

No Caso 152/84 (Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority), estabeleceu:

“Sempre que as provisões de uma diretiva configurem-se, quanto ao tema que lhes concerne, como sendo incondicionais e suficiente precisas, suas provisões podem ser invocadas por um particular contra o Estado se esse Estado deixou de introduzir a diretiva no Direito nacional até o término do período determinado ou se ele deixou de implementar corretamente a diretiva.” ([1986] ECR 724).²⁷³

E no célebre caso “Francovich”, a Corte formulou a doutrina segundo a qual o particular poderia obter do Estado reparação quando seus direitos fossem infringidos por falta de implementação de uma diretiva:

A plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados pela violação do direito comunitário imputável a um Estado-membro. Esta possibilidade de reparação a cargo do Estado-membro é particularmente indispensável quando o pleno efeito das normas comunitárias esteja condicionado por uma acção por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares não possam, na falta dessa acção, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhes são reconhecidos pelo direito comunitário.²⁷⁴

CANOTILHO bem descreve o ocorrido, justificando a importância do caso

²⁷² Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. União Europeia – A esperança de um mundo novo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 31, 1999, p. 107.

²⁷³ Apud JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 107-108, nota 110.

²⁷⁴ Casos apensos C-6/90 e C-9/90, [1991] ECR I-05357. Texto em português extraído de <http://europa.eu.int/cj/common/recdoc/indexaz/en/c2.htm>

citação mais extensa:

Neste célebre acórdão, estava em causa a Directiva 80/897, de 20 de Outubro de 1980, emanado do Conselho da Comunidade, em que se impunha aos estados-membros a harmonização das legislações nacionais em matéria de protecção dos trabalhadores assalariados nos casos de falência ou insolvência da entidade patronal. Pretendia-se garantir um mínimo de protecção aos créditos dos trabalhadores, pelo que a directiva estabelecia um lapso temporal – Outubro de 1983 – para que os estados-membros emitissem as “disposições legislativas, regulamentares e administrativas” necessárias e adequadas.

O legislador italiano permaneceu silente. Andrea Francovich e Danila Bonifaci exerciam funções de trabalho assalariado em duas empresas e foram afectadas pela cessação da relação de trabalho motivada por falência das empresas empregadoras. Tanto Francovich como Bonifaci eram titulares de créditos salariais no montante de 253 milhões de liras no momento da cessação da relação de trabalho. Passados cinco anos depois da falência, ainda os créditos salariais não se encontravam satisfeitos. O Estado italiano não se preocupou também em dar operatividade à Directiva 80/987. Os trabalhadores intentaram acções contra o Estado italiano, exigindo, entre outras coisas, o ressarcimento dos danos emergentes pela não transposição da directiva. Sob a forma de questão prejudicial, é levado este pedido ao Tribunal de Justiça das Comunidades. Este proferiu então uma sentença que passará a ser considerada como “leading case”: “o princípio da responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares por violação do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é um princípio inerente ao Sistema do Tratado”. No caso em apreço, o Tribunal não deixa dúvidas quanto à responsabilidade do Estado italiano: este deveria ter legislado de forma a cumprir as imposições comunitárias, mas não o fez, passando assim a ser responsável pelos prejuízos derivados do seu comportamento silente.²⁷⁵

Ressalve-se que a ampliação da eficácia das diretivas encontra limites mesmo na jurisprudência da Corte de Justiça, especialmente no que se refere aos seus efeitos em relações jurídicas entre particulares²⁷⁶.

Ainda como exemplo, podem ser citadas as conhecidas sentenças manipulativas da Corte Constitucional italiana.

O artigo 304, “bis”, I, do Código de Processo Penal italiano estabelecia que “os defensores das partes têm direito de assistir às provas judiciais, aos exames periciais, aos registros domiciliares e aos reconhecimentos, salvo as exceções

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed., p. XXVIII e XXIV.

²⁷⁶ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia – A esperança de um mundo novo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 31, 1999, p. 108.

expressamente previstas pela lei”. Foi omitida a possibilidade de o defensor assistir ao interrogatório do acusado. Através da sentença de n.º 190, de 1970 – decisão “interpretativa aditiva” –, a Corte Constitucional italiana entendeu que aquele dispositivo era parcialmente inconstitucional, pois excluiria o direito do acusado de assistir aos interrogatórios. Assim, ela estabeleceu que o defensor teria o direito de assistir a tal ato e determinou às autoridades que fizessem o necessário para isso fosse possível²⁷⁷.

Em outro caso, a Corte Constitucional italiana, através da sentença de n.º 15, de 1959, declarou a inconstitucionalidade do artigo 313 do Código Penal, pois ele conferia a faculdade de promover ação por delito de ultraje ao tribunal constitucional ao Ministro da Justiça, em lugar de conferi-la a esse próprio tribunal. Trata-se de sentença manipulativa denominada de “interpretativa substitutiva”²⁷⁸.

Decisões semelhantes foram proferidas pelo Conselho Constitucional Francês.

Através da decisão n.º 76-67 DC de 15/07/76, ele proferiu sentença interpretativa substitutiva em relação ao de Estatuto Geral dos Funcionários de 1959. A norma modificada estabelecia que, em concursos internos, a comissão julgadora “poderia” completar sua apreciação do mérito dos candidatos pela consulta a seus dossiês individuais. O Conselho entendeu que a faculdade atribuída à comissão poderia violar o princípio da igualdade, pois a consulta limitada a alguns candidatos ou os beneficiariam ou os prejudicariam em relação aos outros. Em vez de invalidar a disposição, ele estabeleceu que, se a comissão resolvesse consultar os dossiês, deveria fazê-lo em relação a todos os candidatos. A faculdade de consultar o dossiê de certos candidatos transformou-se, por interpretação substitutiva, em faculdade de consultar

²⁷⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. El Tribunal Constitucional Italiano. FAVOREU, Louis (Ed.) *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 260.

²⁷⁸ PIZZORUSSO, A. Idem, p. 261.

todos os dossiês²⁷⁹.

A idéia básica parece ser a de que as omissões constitucionais não constituem puros vazios normativos, mas sim normas negativas implícitas controláveis:

Com efeito, mesmo que o controle de constitucionalidade das omissões do legislador não esteja previsto expressamente pela Constituição, o juiz constitucional que é provocado a conhecer normas legislativas não pode deixar de confrontar-se com esta problemática, uma vez que é possível, como vimos, tratar uma omissão legislativa como uma norma legislativa negativa. E, de fato, confrontados com esta questão, a Corte Constitucional italiana e o Conselho Constitucional francês têm recorrido à técnica da interpretação aditiva que permite adotar formas de decisões adaptadas ao controle e à reparação de omissões legislativas contrárias à Constituição.²⁸⁰

É interessante notar que decisões semelhantes já proferidas por tribunais brasileiros. Pode ser citado o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do artigo 594 do Código de Processo Penal, que dispõe que o condenado por sentença recorrível “não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. O referido tribunal tem entendido que tal dispositivo não viola o princípio constitucional da presunção da inocência previsto no artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal, mas estabeleceu que tal dispositivo só tem aplicação quanto estiverem presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva²⁸¹. Ainda que o Superior Tribunal de Justiça não reconheça explicitamente tal fato, ele inovou a ordem jurídica,

²⁷⁹ DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie.*, p. 269. Na mesma obra (p. 239-274), consta relato completo de casos constitucionais italianos ou franceses de interpretações aditivas ou substitutivas.

²⁸⁰ DI MANNO, T. Idem, p. 238.

²⁸¹ “À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, artigo 5.º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no artigo 312 do CPP. A regra do artigo 594 do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional.” (HC n.º 3.861/DF – STJ – 6.ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – un. – DJU de 18/12/95, p. 44.622.)

adicionando ao artigo 594 algo que não está nele contido, em espécie de interpretação “aditiva”.

Em outro caso, o STF, a fim de compatibilizar o artigo 81 da Lei n.º 6.815, de 19/08/80, que prevê a possibilidade de prisão do estrangeiro extraditando pelo Ministro da Justiça, com o inciso LXI do artigo 5.º da Constituição, que estabelece que “ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, decidiu que a prisão prevista no referido artigo 81 continuava válida, mas que a competência para a decretação da prisão teria passado, a partir da promulgação da Constituição, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal a quem compete conduzir o processo de extradição, o que constitui autêntica interpretação “substitutiva”²⁸².

Todos esses exemplos revelam que atuação do juiz como “legislador positivo” não é totalmente estranha à prática da jurisdição constitucional, inclusive brasileira. É certo que, em alguns casos, falta o reconhecimento explícito de que assim se age. Contudo, tal falta não esconde a realidade, que, aliás, revela que aqui ou no exterior os fundamentos da democracia não são afetados por decisões dessa espécie, contrariamente ao que afirmam alguns dos defensores do dogma ora examinado.

6.6. OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Rejeitar a doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais e o subjacente dogma da vedação da atuação do juiz como “legislador positivo” não significa defender que não existem limites para a jurisdição constitucional.

O poder desta no regime democrático é limitado. As suas intervenções demandam, como já se argumentou, a superação do limite da reserva de consistência, tanto no caso de invalidação de lei como no de suprimento de vazio normativo.

Em determinados casos – como na interpretação de direitos constitucionais a prestações materiais, a salário mínimo e a previdência social –, deverá haver especial

²⁸² Habeas Corpus n.º 73.256-SP – STF – Pleno – Rel. Min. Sydney Sanches – un. – DJU de 13/12/96, p. 50.161.

atenção do juiz constitucional para a “reserva do possível”, faceta especial da reserva de consistência.

Trata-se, porém, de limite relacionado a “questão interpretativa”, fato que o torna flexível, possibilitando recuos e avanços da jurisdição constitucional, o que é desejável diante dos desafios interpretativos das normas constitucionais.

É evidente a vantagem de tal procedimento em relação ao anterior.

A doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais e seu dogma subjacente implicam, na prática, a cisão da Constituição em duas partes, uma aplicável e outra não, negando-se, na realidade, a condição de norma jurídica a essa segunda parte.

A barreira ainda é inflexível. Se a norma for qualificada como de aplicabilidade imediata, o juiz constitucional poderá invocá-la para a resolução de casos concretos. Se não for assim qualificada, pouco ou nada ele poderá fazer, restando-lhe apenas aguardar a ação do legislador.

Via de regra, tal postura é indefensável, pois contraria o princípio da supremacia da Constituição. Todavia, ela assume ares de acentuada gravidade quando estiverem em jogo direitos fundamentais.

Ou o direito é fundamental, e como tal deve ser protegido e efetivado, ou não o é, e então é aceitável que fique à disposição do legislador. É contraditório conceber direitos fundamentais como dependentes de ação legislativa. Não se aceita aqui, jurídica ou politicamente, categoria de direitos fundamentais destituída de aplicabilidade.

Entendimento dessa espécie parece ter motivado decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco AURÉLIO do STF, relativa ao direito de greve dos servidores públicos. O caso envolvia a suspensão, pela Administração Pública, do pagamento de vencimentos a servidores públicos grevistas. A importância de tal decisão, pelo seu comprometimento com os direitos fundamentais, justifica a transcrição de longo trecho:

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a

dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – artigo 1.º da Constituição Federal. Em assim sendo, ganha envergadura o direito do trabalhador (gênero) de engajar-se em movimento coletivo, com o fim de alcançar melhoria na contraprestação dos serviços, mostrando-se a greve o último recurso no âmbito da resistência e pressão democráticas. Em síntese, na vigência de toda e qualquer relação jurídica concernente à prestação de serviços, é irrecusável o direito à greve. E este, porque ligado à dignidade do homem – consubstanciando expressão maior da liberdade a recusa, ato de vontade, em continuar trabalhando sob condições tidas como inaceitáveis –, merece ser enquadrado entre os direitos naturais.

Assentado o caráter de direito natural da greve, há de se impedir práticas que acabem por negá-lo. É de se concluir que, na supressão, embora temporária, da fonte do sustento do trabalhador e daqueles que dele dependem, tem-se feroz radicalização, com resultados previsíveis, porquanto, a partir da força, inviabiliza-se qualquer movimento, surgindo o paradoxo: de um lado, a Constituição republicana e democrática de 1988 assegura o direito à paralisação dos serviços como derradeiro recurso contra o arbítrio, a exploração do homem pelo homem, a exploração do homem pelo Estado; de outro, o detentor do poder o exacerba, desequilibrando, em nefasto procedimento, a frágil equação apanhada pela greve.

(...)

Num País que se afirma democrático, é de todo inadmissível que aquele que optou pelo exercício de um direito seja deixado à míngua, para com isso e a partir disso, acuado e incapaz de qualquer reação, aceitar regras que não lhe servem, mas que, diante da falta de alternativas, constarão do “acordo”. Vê-se, portanto, o quão impertinente afigura-se a suspensão do pagamento em questão, medida de caráter geral a abranger não só os diretamente ligados ao movimento, como também aqueles que, sob o ângulo da mais absoluta conveniência, da solidariedade quase involuntária, viram-se atingidos pelo episódio. A greve suspende a prestação dos serviços, mas não pode reverter em procedimento que a inviabilize, ou seja, na interrupção do pagamento dos salários e vencimentos. A consequência da perda advinda dos dias de paralisação há de ser definida uma vez cessada a greve.

(...)

Assim, descabe potencializar o fato de o direito de greve, assegurado constitucionalmente aos servidores, não se encontrar regulado, mesmo que passados mais de dez anos da promulgação da Carta de 1988. Vale frisar que, enquanto isso não acontece, tem-se não o afastamento, em si, do direito, mas a ausência de balizas que possam, de alguma forma, moldá-los.²⁸³

Atitudes dessa espécie são desejadas diante de direitos fundamentais.

Acrescente-se que a doutrina brasileira da aplicabilidade nada adiciona às normas constitucionais tidas, segundo ela, como de aplicabilidade imediata.

Tome-se como exemplo o artigo 6.º, “caput”, da Constituição Federal, que arrola entre os direitos sociais o direito à moradia. Considerando apenas a linguagem

²⁸³ AGRSS n.º 2.061/DF, STF, Min. Marco Aurélio, DJU I de 08/11/2001, p. 4.

empregada no texto, tal norma deveria ser considerada como de aplicabilidade imediata. Entretanto, o que ela significa? Poderá o juiz determinar ao Poder Público que construa moradia para um demandante desamparado? Terá o juiz aptidão para desenvolver ampla política habitacional? Tais indagações complexas revelam que a classificação meramente semântica da norma constitucional quanto à sua aplicabilidade em nada ou pouco contribui para a interpretação de seu conteúdo.

Então, a única utilidade da doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais e de seu dogma subjacente é servir como subterfúgio para que o Judiciário negue sua responsabilidade na guarda dos preceitos constitucionais tidos como de aplicabilidade mediata.

Admite-se, mais uma vez, que o juiz constitucional pode ter dificuldades em desenvolver e efetivar todas as normas constitucionais, não tendo condições de oferecer respostas consistentes a todas elas.

Entretanto, se esse é o problema, então faria melhor o Judiciário brasileiro se substituísse a referida doutrina pelo próprio limite da reserva de consistência, que, por ser mais flexível, tem maior funcionalidade. Ademais, por tal limite estar relacionado a questão interpretativa, contra ele não podem ser formuladas objeções iguais às examinadas em relação à doutrina que pretende reduzir o complexo problema da aplicabilidade das normas constitucionais e dos limites da jurisdição constitucional a uma classificação meramente semântica das normas constitucionais.

6.7. MANDADO DE INJUNÇÃO

Se estão corretas as críticas à abordagem semântica da questão da aplicabilidade das normas constitucionais, então fica sem muito propósito o mandado de injunção previsto em nossa Constituição (art. 5.º, LXXI).

O mandado de injunção, apesar da interpretação nulificadora dada pelo STF, tem por propósito assegurar a fruição de direitos constitucionais cuja eficácia esteja

comprometida pela falta de norma reguladora.

Poder-se-ia argumentar que a tese aqui exposta – de que todo juiz, vencida a barreira de reserva da consistência, poderia invocar qualquer norma constitucional para a resolução de casos concretos – não é consistente com a previsão de ação específica com tal desiderato.

Pode-se, contudo, defender o ponto de vista de que o mandado de injunção constitui apenas uma ação especial para o tratamento do problema, sem excluir as vias ordinárias.

Observe-se que tratamento semelhante é conferido ao mandado de segurança, cabível quando há violação de direito líquido e certo. Esse direito, na visão da doutrina e da jurisprudência, é apenas aquele amparado em provas documentais. É pacífico que tal ação especial não exclui as vias ordinárias. Em outras palavras: mesmo que se disponha de direito líquido e certo, pode-se propor ação ordinária, em vez de mandado de segurança.

Da mesma forma, o prejudicado pela falta de concretização legislativa de direito fundamental pode optar entre impetrar mandado de injunção – a ser julgado originariamente pelo Supremo nos casos mais relevantes (art. 102, I, “q”, da Constituição de 1988) – ou propor ação ordinária, na qual o juiz decidirá incidentalmente sobre a questão, com eficácia para o caso concreto.

Tal concepção acerca do papel do mandado de injunção não é excluída pelo texto constitucional positivo, tratando-se de possibilidade implícita em nosso sistema. É certo que não corresponde, provavelmente, aos desígnios do constituinte. No entanto, a interpretação tributária da “mens legislatoris” não tem prestígio entre nós. Outrossim, tal concepção, além de contribuir para o acesso à justiça e para a efetividade da Constituição, é a única compatível com o entendimento aqui defendido de que a questão da aplicabilidade das normas constitucionais e dos limites de atuação da jurisdição constitucional se confunde com a própria “questão interpretativa”.

6.8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da concretização da Constituição não pode ser reduzido à questão semântica da classificação abstrata das normas constitucionais segundo a linguagem empregada no texto. Tal abordagem apenas oculta o verdadeiro problema dos limites da jurisdição constitucional, cuja solução passa pela “questão interpretativa”.

A concretização demanda respostas interpretativas, ou seja, respostas a respeito do significado do texto constitucional.

Se, ao resolver a “questão interpretativa”, o juiz reconhecer a existência de determinado direito em nossa Constituição, ele deverá concretizá-lo, ou, mais propriamente, torná-lo realidade. É o que se exige da autoridade judiciária.

A liberdade do legislador só se coloca se a questão interpretativa for resolvida negativamente, ou seja, se o juiz concluir pela não-existência do direito reclamado na Constituição.

Os limites para a concretização judicial são aqueles inerentes à atividade judicial, ou seja, o juiz tem o ônus de demonstrar o acerto de sua interpretação através de argumentação jurídica, que é limitada por princípios. Superada com consistência essa barreira, a liberdade do legislador não tem lugar.

Conclui-se que é equivocada a abordagem semântica da aplicabilidade das normas constitucionais, assim como seus consectários, como o dogma da “vedação da atuação do juiz como legislador positivo”, devendo ser abandonada e substituída por modelo que, apesar de estabelecer limites à atividade judicial de concretização das normas constitucionais, o que é necessário para evitar abuso, assim o faça através de imposições inerentes a toda interpretação do Direito.

DWORKIN, ao criticar a teoria norte-americana da distinção dos direitos fundamentais em enumerados e não-enumerados, tece o seguinte comentário, que, feitas as devidas adaptações, é bastante adequado ao tema em foco:

O que deve ser feito? Nós podemos finalmente, após duzentos anos, crescer e passar a levar a sério nossa atual Constituição, como várias outras nações, na crença de nos imitar, já fizeram. Nós podemos aceitar que nossa Constituição obriga, como uma questão de direito fundamental, que nossos juízes façam coletivamente o seu melhor para construir, examinar e revisar, geração por geração, o esqueleto do tratamento livre e igual que as grandes cláusulas, em sua abstração majestosa, demandam. Nós iremos então abandonar a busca vazia por restrições mecânicas e semânticas, e procurar restrições genuínas no único local que elas podem efetivamente ser encontradas: na boa argumentação.²⁸⁴

Por esse motivo, apesar da autocontenção ser recomendável em alguns contextos, rejeita-se a doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais e o dogma subjacente da vedação da atuação do juiz como legislador positivo como estratégias válidas para a sua promoção, pois falta a elas funcionalidade e fundamentos suficientes que as sustentem.

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 81-82.

CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste trabalho, não foram de todo aceitas as teorias procedimentais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.

A função da jurisdição constitucional é a guarda Constituição como um todo, devendo atuar não apenas em casos de mau funcionamento da democracia ou apenas para resguardar as “condições de gênese democrática” dos atos normativos. A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional demanda a demonstração da consistência de sua atividade, o que pode ser atingido em outras hipóteses que não essas duas.

Se as teorias procedimentais não são acolhidas “in totum”, isso não significa que não forneçam valiosas perspectivas para a jurisdição constitucional.

Todos os limites impostos à jurisdição constitucional têm em vista a objeção democrática, ou seja, a necessidade de resguardar a competência do legislador democrático.

Tal objeção perde força quando a atuação da jurisdição constitucional pode ser justificada com base em argumentos que apelem para o próprio regime democrático, como quando ela contribui para o aprofundamento da democracia ou quando intervém em caso de mau funcionamento. Nessas hipóteses, a autoconceção não teria lugar, estando o juiz constitucional autorizado a agir mais incisivamente.

Por certo, o conceito de democracia é controvertido. Tal fato, entretanto, não deslegitima tal abordagem, significando apenas que esta não isenta o juiz constitucional de realizar escolhas substantivas a respeito do que significa a democracia.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO DE INFORMAÇÃO E DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO

Há certo consenso de que em um regime democrático deve ser ampla a participação popular na formulação da vontade política, com a representação de todos os interesses compatíveis com o próprio regime democrático.

Assiste razão àqueles que entendem que devem merecer proteção especial do juiz constitucional as liberdades básicas, como a de expressão, e os direitos à informação e de participação, dada a sua importância para a livre formação da opinião pública.

Sem liberdade de expressão e direito à informação e sem amplos direitos de participação não há verdadeira democracia.

A Constituição brasileira foi pródiga em relação a eles, protegendo-os em diversos dispositivos (art. 5.º, IV, IX, XXXIII, LXXII, arts. 14, 15, 215 e 220).

Destes, é oportuna a transcrição do categórico artigo 220:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

O teor desse dispositivo é semelhante ao da Primeira Emenda da Constituição norte-americana que confere ampla proteção à liberdade de expressão: “Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press.”

Os termos categóricos dessa emenda, assim como os pressupostos políticos já examinados, contribuíram para que a jurisprudência da Suprema Corte elevasse tais liberdades a posição preferencial em relação a outros direitos ou interesses comunitários. Walter MURPHY bem sintetiza a postura adotada pela Suprema Corte e seus fundamentos:

Em casos que lhes cheguem apropriadamente às mãos, os juízes precisam conceder proteção especial aos direitos de votar, falar, escrever, apresentar petição, reunir-se e associar-se, de modo que todos os pontos de vista concorrentes tenham razoável chance de

vitória. Ai não há necessidade de presumir como constitucional a legislação restritiva. Os direitos pertencentes à expressão política devem ser “preferenciais” em relação aos outros valores constitucionais.²⁸⁵

A teoria da posição preferencial não transforma tais liberdades e direitos em absolutos. Mesmo a Suprema Corte norte-americana admite algumas restrições, como as relativas a material obsceno (v. g.: “Paris Adult Theatre I v. Slaton”²⁸⁶, de 1973).

De todo modo, elevar um direito a posição preferencial significa colocá-lo “prima facie” em situação de vantagem no caso de eventual colisão com outros direitos, mesmo fundamentais, ou com interesses comunitários. Isso não significa, advirta-se, o estabelecimento de hierarquia jurídica entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais, mas apenas o estabelecimento de uma relação de preferência “prima facie”.

Leis que afetem esses direitos fundamentais devem ser submetidas a rigoroso exame judicial, exigindo-se ampla demonstração de que elas se justificam para o atendimento de outros direitos ou interesses de igual magnitude. Inverte-se aqui a presunção de constitucionalidade de que se reveste, em princípio, todo ato legislativo. Neste caso, é a lei que precisa evidenciar-se como solução compatível com a Constituição. Do ponto de vista processual, isso significa que o ônus de demonstrar a compatibilidade da lei com a Constituição é transferido à parte interessada na aplicação da lei, enquanto quem invoca o direito fundamental parte de uma posição processual privilegiada.

Segundo Enrique Alonso GARCÍA, a teoria da posição preferencial

... no sólo consiste en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ello se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado que tiene que justificar la ley a la que se dota de una especie de presunción de inconstitucionalidad. Paralelamente, la inversión de la carga de la prueba conlleva la necesidad de proveer con una mayor justificación a la ley, con lo que no basta alegar cualquier interés estatal, sino que ese interés debe tener un plus suficiente para

²⁸⁵ MURPHY, Walter F. A arte da interpretação constitucional. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*, p. 215-216.

²⁸⁶ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 705-709.

sobrepasar al protegido constitucionalmente.²⁸⁷

Como exemplos de julgados da Suprema Corte norte-americana sobre o tema, vale lembrar os já mencionados “New York Times v. Sullivan”, de 1964 – que estabelece proteção especial à imprensa contra pedidos de indenizações por lesão à honra mesmo em relação a notícia falsa, desde que esta não tenha sido veiculada com malícia –, e “Brandenburg v. Ohio”, de 1969 – que envolve a proteção a discurso de defesa do uso da força e de desobediência à lei, exceto “quando tal defesa é dirigida a incitar ou produzir iminentes ações ilegais e é apta a incitar ou produzir tais ações”.

Embora o primeiro desses julgados possa parecer estranho, à vista da necessidade de proteção do direito à honra, é ele justificável devido à posição preferencial atribuída à liberdade de expressão. A proteção especial é restrita a assuntos de natureza pública, embora estes possam ser definidos de forma ampla. O debate de assuntos públicos deve ser amplo e robusto, sem inibições, e ele seria seriamente afetado caso se exigisse da imprensa a verificação da certeza dos fatos relacionados com as notícias a serem veiculadas.

Além destes julgados, merecem menção “New York Times Co. v. United States”²⁸⁸, de 1971, “Hustler Magazine v. Falwell”²⁸⁹, de 1988, bem como “Texas v. Johnson”²⁹⁰, de 1989.

O primeiro – o caso dos “papéis do pentágono” – envolve a tentativa do governo norte-americano de proibir jornais de publicar o conteúdo de documentos militares relativos à Guerra do Vietnã. A decisão “per curiam” estabelece que “qualquer sistema de restrição prévia à liberdade de expressão vem à Corte carregada de pesada presunção contra sua validade constitucional” e que o governo “também carregaria um pesado ônus de demonstrar as justificativas da implementação dessa

²⁸⁷ GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*, p. 281.

²⁸⁸ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 867-872.

²⁸⁹ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 689-691.

²⁹⁰ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 770-778.

restrição”, o que não teria sido cumprido no caso.

No segundo, a Suprema Corte estendeu a construção de “New York v. Sullivan” a cartunistas ou satiristas, estabelecendo que figuras públicas não poderiam obter indenização por afronta à honra sem demonstrar que a publicação veicularia falsas declarações feitas com “malícia”, ou seja, com o conhecimento de que seriam falsas ou com desconsideração negligente quanto à sua falsidade ou não.

O último caso envolve tema caro aos norte-americanos, no qual um particular, durante demonstração política, queimou a bandeira dos Estados Unidos, tendo por isso sendo condenado com base em lei do Estado do Texas. A Suprema Corte reverteu a decisão, sob o fundamento de que a lei era inconstitucional, pois “o governo não pode proibir a expressão de qualquer idéia simplesmente porque a sociedade acha tal idéia ofensiva ou desagradável”.

Ressalve-se que a proteção da liberdade de expressão e dos direitos à informação e de participação pode não se limitar à invalidação de intervenções estatais.

Por exemplo, no campo das comunicações de massa, as cortes não podem ignorar a necessidade de alguma regulação estatal, hipótese em que a intervenção judicial não pode ser meramente coibidora da regulação. Ainda assim, a regulação deve ser submetida a severo escrutínio judicial. Será ela válida desde que persiga não a censura, mas sim a livre formação da opinião pública, viabilizando, tanto quanto possível, igual acesso de todos aos modernos meios de comunicação.

A idéia é a formação de um espaço aberto para a formação do discurso público, possibilitando que sejam formuladas políticas públicas, o que mais uma vez relaciona tais liberdades à democracia. Nesse sentido, Robert POST argumenta que a democracia exige um fórum contínuo de acesso igual e irrestrito para todos, no qual serão formuladas as políticas públicas, possibilitando que o indivíduo se identifique como o autor destas:

“Se o discurso público é mantido livre para a participação autônoma de cidadãos privados, e se o processo de decisão governamental é subordinado à opinião

pública produzida pelo discurso público, há a possibilidade de que os cidadãos irão identificar-se com o Estado como representativo de sua própria autodeterminação coletiva.²⁹¹

Um dos objetivos da jurisdição constitucional deve ser, então, assegurar a existência desse fórum de discurso público, a fim de promover a democracia. Não basta, evidentemente, garantir o fórum contra ações do poder público ou mesmo contra a ação de entidades privadas poderosas, ou seja, garanti-lo em sentido apenas negativo. A criação do fórum exige ações positivas do poder público, para garantir a todos iguais e reais oportunidades de participação no discurso público.

Alguns julgados da jurisdição constitucional brasileira podem ser relacionados a este objetivo.

Merece especial referência o entendimento jurisprudencial acerca do artigo 70 da Lei n.º 4.117, de 27/08/62, com a redação do Decreto-lei n.º 236, de 28/02/86, que institui como crime punível com pena de detenção de um a dois anos a instalação ou a utilização de serviço de telecomunicação sem a observância dos mandamentos legais e dos regulamentos.

No Brasil, a outorga ou renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens depende de ato do Poder Executivo, sujeito à aprovação pelo Poder Legislativo. Mesmo a prestação de serviços de radiodifusão comunitária depende, pela Lei n.º 9.612, de 19/02/98, de tal concessão, embora através de um processo pretensamente simplificado.

A regulação pelo poder público dos serviços de telecomunicações é necessária devido à necessidade de se organizar a utilização do espectro de radiofrequência. Entretanto, o objetivo de tal regulação deveria ser apenas democratizar o acesso e a utilização igual desse recurso limitado, promovendo o pluralismo político e cultural, o que é compatível com a liberdade de expressão e de informação.

²⁹¹ POST, Robert. C. *Constitutional domains: democracy, community, management*, p. 7.

Infelizmente, a competência atribuída ao Congresso e ao Executivo não vem sendo bem exercida no Brasil, com nítida concentração da propriedade dos meios de comunicação e, não raras vezes, a sua utilização em benefício dos próprios parlamentares²⁹², o que caracteriza desvio de finalidade, prejudicial à formação de esfera livre e igual do debate público.

Da mesma forma, foi desvirtuada, na prática, a Lei n.º 9.612/98, que tratava da concessão dos serviços de radiodifusão comunitários, conforme notícia do jornal “Gazeta Mercantil” sobre a condição do setor:

“... das 12.000 rádios que se intitulam comunitárias, apenas 24 têm concessões do Ministério das Comunicações, que está analisando atualmente 5,5 mil pedidos de licença. Até agora, 659 processos foram enviados para análise do Congresso Nacional. A Anatel fechou 4.611 estações de rádio desde 1990. 90% delas comunitárias. Cerca de 4,5 mil rádios estão acionando a Anatel na Justiça.”²⁹³

Assim, enquanto tramita lentamente o requerimento de concessão, o órgão fiscalizador precipita-se, promovendo o fechamento de rádios comunitárias. Não faltam, evidentemente, fundamentos para tanto, como o pretense risco para os demais serviços de telecomunicações, inclusive dos utilizados pela aviação. Entretanto, tais

²⁹² A esse respeito, transcreve-se, por oportuno, comentário de Paulo Sérgio Pinheiro: “Estes limites [da transparência] estão ligados ao fato de cerca de 115 parlamentares, muitos deles membros da comissão de comunicação do Congresso Nacional, poder que aliás decide sobre a concessão de empresas de comunicação (em imensa maioria – há apenas algumas redes públicas – são empresas privadas, mas concessões públicas por tempo determinado), terem redes de televisão e rádio. Os que não têm empresas de comunicação eletrônica ou jornais, sem acesso à antena, como observou o jurista Leônidas Xauza, temem os que têm. Além do conflito de interesses entre esses parlamentares deterem poder concedente, fiscalizador e dele serem autobeneficiários, há um desequilíbrio de poder entre representantes legislativos (em muitos estados já beneficiados por super-representação). Graças ao fato de serem proprietários de empresas da mídia eletrônica, cerceiam, censuram e manipulam as informações nos noticiários em proveito próprio; durante o período eleitoral, parlamentares, governadores e ministros burlam as restrições da propaganda eleitoral em benefício próprio ou das candidaturas que apóiam ao arripio da lei.” (Apud DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*, p. 14-15)

²⁹³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias*, p. 5.

riscos, além de questionáveis²⁹⁴, por serem abstratamente afirmados, não justificam a morosidade do órgão concedente.

De qualquer forma, movida talvez pelo conhecimento dessas distorções ou pela necessidade de proteção da liberdade de expressão e do direito à informação, parcela significativa dos tribunais tem exigido, para a configuração do crime previsto no referido artigo 70, a possibilidade de lesão ao sistema de telecomunicações. A utilização de estações ou de aparelhos clandestinos de baixíssima potência não estaria compreendida no tipo penal, por falta de potencial lesivo²⁹⁵.

É pouco ainda, em vista da importância da liberdade de expressão e do direito à informação e das vicissitudes do sistema atual. Seria oportuno exigir risco concreto de lesão, e ainda o desenvolvimento de jurisprudência cível para a proteção da atividade enquanto não demonstrado risco concreto ou enquanto não fundamentadamente negada a concessão pelo poder público.

Dessa forma, o juiz constitucional estaria “quebrando” o monopólio de concessão pelo poder público, do qual tem sido feito mau uso, com o que se ampliaria a esfera livre e igual do discurso público e, portanto, se favoreceria o regime democrático.

Idêntico tratamento preferencial deve ser conferido aos direitos de participação, por seu relevante papel na democracia.

Sobre o tratamento conferido pela Suprema Corte norte-americana a esses direitos, especificamente ao direito de voto, bastam os já mencionados casos relativos à reordenação de distritos eleitorais, nos quais se buscou conferir a todos os cidadãos o direito a uma participação igual através do voto nas eleições.

No Brasil, recentemente foi proferida pelo STF decisão que pode ser relacionada à proteção dos direitos de participação.

²⁹⁴ Sobre essa questão e ainda estudo profundo a respeito das relações entre as rádios comunitárias e a liberdade de expressão e o direito à informação, vide SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias*.

²⁹⁵ V. g., ACR n.º 95.0102768/BA – 3.ª T. – TRF da 1.ª R. – DJU II de 29/07/96, p. 52.053.

Na ADIn n.º 2.530-9/DF, foi concedida, em 24/04/02, liminar que suspendeu a eficácia do § 1.º do artigo 8.º da Lei n.º 9.504/97, que assegurava aos detentores de mandato de deputado federal, estadual ou distrital ou de vereador, bem como aos que tivessem exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estivesse em curso, o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estivessem filiados. A denominada “candidatura nata” foi reputada inconstitucional por violação da autonomia dos partidos políticos.

Os votos dos Ministros Maurício Correa e Ellen Gracie tinham fundamentos mais amplos, pois apontavam ofensa ao princípio da igualdade entre os detentores de mandato eletivo e os integrantes do partido. Esse último fundamento, mais relevante do que o anterior, guarda nítida relação com o objetivo de assegurar a todos o direito de acesso igual aos cargos públicos²⁹⁶.

Tal julgado e as construções jurisprudenciais acerca do Decreto-Lei n.º 236/86 não invocam a teoria das liberdades preferenciais ou qualquer outra dessa espécie. Não obstante, eles podem ser compreendidos nos termos dessas teorias, por estabelecerem proteção especial a liberdades e direitos funcionais num regime democrático. Assim, constituem lampejos da teoria da posição preferencial, gerando a expectativa de que no Brasil seja desenvolvida jurisdição constitucional mais afinada com o regime democrático.

Quer cumpra-se ou não tal expectativa, o quadro traçado revela que a teoria da posição preferencial da liberdade de expressão, do direito à informação e dos direitos de participação encontra apoio na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Tem ela sólidos fundamentos jurídicos e políticos. Não faz sentido postura de deferência judicial, que, conforme visto, tem por base objeções democráticas, em relação a leis que afetam direitos essenciais ao funcionamento da democracia.

A postura favorável à democracia reclama atitude judicial inversa, ou seja, a

²⁹⁶ O acórdão ainda não foi publicado, tendo as informações como fonte o Informativo n.º 265 do Supremo Tribunal Federal, de 22 a 26 de abril de 2002.

submissão de leis dessa espécie a rigoroso escrutínio judicial. Isso não significa que todas serão invalidadas, sendo possível, por exemplo, a regulação legislativa da esfera de debate público. Contudo, a validade de tais leis demanda a demonstração de que elas não são prejudiciais à democracia, devendo ser profunda a investigação judicial.

3. DIREITOS SOCIAIS, POBREZA E LIBERDADE

Poder-se-ia argumentar que a atribuição de posição de preferência às liberdades básicas colocaria em segundo plano os direitos sociais.

Trata-se da velha oposição entre liberalismo econômico e igualitarismo, ou seja: quanto maior liberdade, menos igualdade; quanto maior igualdade, menos liberdade.

Cabem aqui objeções.

Em primeiro lugar, não existe incompatibilidade absoluta entre as liberdades básicas e os direitos sociais. Aquelas nada significam se não se encontram presentes as condições materiais necessárias à sua fruição. Para o exercício das liberdades, é necessário um mínimo de igualdade, que pode se confundir com condições materiais mínimas.

É até valioso relacionar os direitos sociais às liberdades para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e estas. Não se querem direitos sociais sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. Em ambos esses casos, ficaria comprometida a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

As liberdades básicas não devem ser tratadas de maneira abstrata. Devem ser avaliadas substantivamente, ou seja, segundo a capacidade real das pessoas para decidirem o seu destino individualmente e também coletivamente, nesse caso através do regime democrático.

Nessa perspectiva,

“A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados

(como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária).”²⁹⁷

Em segundo lugar, é oportuno ressaltar que a posição preferencial não foi atribuída a todas as liberdades básicas, mas apenas à liberdade de expressão, ao direito à informação e aos direitos de participação. Nada se falou a respeito da liberdade econômica. Apenas a maximização desta, que não se defendeu, afetaria demasiadamente os direitos sociais, pois a viabilização destes demanda a interferência do Estado na economia, na propriedade e, portanto, na liberdade econômica.

Saliente-se que não se defende neste trabalho o ponto de vista de que a liberdade econômica não tem valor ou que não merece proteção constitucional. Apenas se ressalva que não lhe foi atribuída posição preferencial.

Assim, a defesa e a promoção dos direitos sociais não são incompatíveis com a outorga de posição preferencial à liberdade de expressão, ao direito à informação e aos direitos de participação.

Resta verificar se é possível outorgar-lhes igualmente posição preferencial e, em caso positivo, em que circunstâncias e grau.

Na linha inaugurada na nota n.º 4 de “Carolene”, a Suprema Corte norte-americana conferiu, através da teoria das classificações “suspeitas”, proteção especial aos negros e, em menor grau, aos estrangeiros e às mulheres.

Distinções legislativas prejudiciais feitas com base na raça são submetidas a severo exame judicial (“strict scrutiny”) e devem ser justificadas por interesse público de especial magnitude. Distinções legislativas com base no sexo ou que afetem estrangeiros são submetidas a exame judicial de menor intensidade (“intermediate scrutiny”), mas superior ao usualmente feito, no qual basta relacioná-las a um objetivo político válido (“rational basis test”). Nessas hipóteses, o interesse público deve ser de

²⁹⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 31.

especial relevância, embora não necessariamente da magnitude exigida no caso anterior.

O objetivo é proteger grupos social e politicamente vulneráveis no processo político democrático, os quais, por falta de representação adequada ou por sofrerem preconceito, podem ser vítimas de opressão da maioria política. Não que a lei não possa fazer distinções entre os grupos sociais. O que não se admite é que as distinções sejam motivadas por ódio racial ou por estereótipos.

Para distinguir as discriminações válidas das inválidas, cabe ao juiz constitucional examinar profundamente a lei, pois motivos inadmissíveis podem estar ocultos ou disfarçados. Para verificar se é esse o caso, o juiz constitucional deve exigir a demonstração de estreita ligação entre a finalidade e o conteúdo da lei. Se ela não estiver presente, é de se presumir que a lei tem outras motivações que não aquela afirmada pelo legislador.

Para a outorga de posição preferencial aos direitos sociais, é importante verificar se a “pobreza” pode ser caracterizada como condição especial justificadora de exame especial mais rigoroso.

A Suprema Corte norte-americana oscilou em submeter a exame judicial mais rigoroso leis que estabelecessem distinções em virtude da renda. Por exemplo, em “Harper v. Virginia Board of Election”²⁹⁸, de 1966, invalidou taxa cobrada para o exercício do direito de voto, tendo a decisão, entre outros fundamentos, o de que era feita discriminação suspeita com base na renda. Posteriormente, a Corte, já sob a presidência de Warren Burger, reviu, embora com vozes dissonantes, seu posicionamento, refutando que classificações com base na renda, que distinguissem pobres e ricos, fossem, por si sós, suspeitas, ou seja, que tais classificações exigissem exame judicial rigoroso (“Dandridge v. Williams”²⁹⁹, 1970, e “San Antonio Ind. School

²⁹⁸ LOCKHART, William B. et al. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed., p. 1324-1325.

²⁹⁹ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 1380-1382.

Dist. v. Rodriguez”³⁰⁰, 1973).

Para tanto, contribuiu a recusa da Suprema Corte em reconhecer um direito constitucional geral ao “bem-estar econômico”³⁰¹, o que, contudo, pode ser compreendido em vista da ausência de qualquer disposição a esse respeito na Constituição norte-americana. A própria Corte Warren admitiu realizar escrutínio rigoroso sobre a legislação social apenas quando ela estivesse relacionada a outro direito fundamental bem estabelecido, o que aconteceu, por exemplo, em “Shapiro v. Thompson”, de 1969, no qual a legislação que exigia um ano de residência para concessão de benefícios sociais foi tida como violadora da liberdade de locomoção das pessoas de baixa renda.

Para ELY, não são comuns medidas legislativas discriminatórias explícitas contra os pobres. Estes, todavia, são freqüentemente atingidos pela falta de serviços públicos que poderiam aliviar sua pobreza. A ausência desses serviços, segundo o entendimento do citado autor, não seria produto de hostilidade disseminada, mas apenas da relutância dos legisladores em providenciá-los, uma vez que toda a sociedade teria que custeá-los através de tributos³⁰². De acordo com os critérios por ele defendidos, os pobres não constituiriam um grupo merecedor de proteção especial por parte dos tribunais.

MICHELMAN tem outra opinião:

Como dinheiro é poder, então uma classe deliberadamente definida de forma a incluir todos os que tiverem menos renda ou recursos do que outras deve certamente ser considerada como especialmente suscetível de abusos no processo majoritário, assim como minorias raciais são assim consideradas por muitos observadores; e classificações dos “pobres” como essas devem, como as classificações de minorias raciais, ser entendidas

³⁰⁰ LOCKHART, W. B. et al. *Idem*, p. 1390-1401.

³⁰¹ BUSSIERE, Elisabeth. *The Supreme Court and the development of the Welfare State: judicial liberalism and the problem of welfare rights*. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.) *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*, p. 155-174.

³⁰² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp., p. 162.

como resultantes de estigma de inferioridade.³⁰³

De qualquer forma, a caracterização de um grupo como vulnerável no processo político democrático deve depender menos do fato de ele ser objeto de hostilidade da maioria política do que do desequilíbrio na distribuição do poder político, para o qual é relevante a distribuição do poder econômico. A renda constitui fator relevante na determinação do poder político em uma comunidade, enquanto a má distribuição desse poder político influi também no sistema redistributivo de bens, em espécie de círculo vicioso³⁰⁴. Existem, aliás, mesmo no Brasil, estudos empíricos que associam maior grau de participação política com menor desigualdade de renda, o que é indicativo da existência de correlação entre renda e poder político³⁰⁵.

Quer os pobres constituam ou não um grupo estigmatizado ou vulnerável no processo político democrático, outros argumentos podem ser formulados, dentro do modelo ora proposto de jurisdição constitucional, para justificar a concessão de especial proteção judicial a eles.

Condição necessária para tanto é afastar o preconceito de que a “pobreza” constituiria condição natural.

Tem ela por base a já referida concepção filosófica que pressupõe a existência de ordem natural inerentemente justa e independente de ação estatal.

É óbvio, entretanto, que a distribuição de riqueza não é algo natural, mas produto da ordem legal. As leis que regulam a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil, a tributação, a política monetária e a ordem social é que

³⁰³ MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1968 Term Foreword: on protecting the poor through the Fourteenth Amendment. In: *Harvard Law Review*, v. 83, n.º 1, nov. 1969, p. 21

³⁰⁴ MICHELMAN, Frank I. *Idem*, p. 675-676.

³⁰⁵ Cf. OLIVEIRA, João Barbosa de. *Renda per capita, desigualdades de renda e educacional, e participação política no Brasil*. (Texto para discussão n.º 827) Brasília: IPEA, outubro, 2001. <http://www.ipea.gov.br>. O estudo envolve dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) do IBGE, obtidos em 175 municípios brasileiros, e compara índices de desigualdade de renda e níveis de renda com a participação política dos municípios, utilizando três variáveis para dimensionar a participação: proporção de filiados a sindicatos, percentual de comparecimento às eleições municipais e percentual de votos válidos nas eleições.

determinam a distribuição de riqueza na sociedade.

A adoção da economia mercado, com a proteção da propriedade e dos contratos, favorece o surgimento de desigualdades de riqueza entre os cidadãos. Com efeito, o regime capitalista bem demonstra a tendência da economia de mercado de favorecer o acúmulo de bens nas mãos de poucos, em detrimento de muitos.

Nessa perspectiva, a pobreza, repetindo Thomas Paine, é “uma coisa criada por aquilo que se chama de vida civilizada”³⁰⁶. Sendo ela um produto da ordem legal e, portanto, da ação humana, é imperativo, em sociedades comprometidas com o princípio da igualdade e também no contexto da economia de mercado, formular políticas redistributivas para compensar as desigualdades e eliminar a pobreza.

Tais objetivos podem ser atingidos através de diversas estratégias, sendo uma delas a criação de amplos direitos sociais, que, além de amenizarem as desigualdades, podem suprir as necessidades básicas daqueles que não têm condições de supri-las por sua própria conta. Nesse caso agiria o Estado para garantir o atendimento das necessidades de grupos sociais fragilizados no contexto da economia de mercado.

É viável, contudo, fundamentação política e jurídica ainda mais robusta.

Condições econômicas precárias constituem fator que impede que os grupos a elas submetidos participem adequadamente do processo político democrático. O exercício das liberdades básicas e dos direitos de participação fica eliminado ou sensivelmente prejudicado sem o apoio em condições materiais mínimas.

Considerando a questão por essa perspectiva, direitos sociais destinados aos pobres transcendem os objetivos de política redistributiva ou assistencialista, visando não somente promover a igualdade ou suprir necessidades materiais, mas também propiciar aos necessitados condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo no regime democrático. Nesse sentido orienta-se a teoria política de John RAWLS:

... requerem-se medidas que assegurem que as necessidades básicas de todos os

³⁰⁶ Apud SUPPLY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta.*, p. 173.

cidadãos sejam satisfeitas, de modo que todos possam participar da vida política e social. Sobre este último ponto, a idéia não é a de satisfação das necessidades em contraposição a meros desejos e aspirações; tampouco se trata da idéia de redistribuição em favor de uma igualdade maior. O elemento constitucional essencial em questão é o de que, abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.³⁰⁷

Em “Goldberg v. Kelly”, de 1970, a Suprema Corte norte-americana reconheceu incidentalmente tal característica dos direitos sociais:

Direitos sociais, por atenderem demandas básicas de subsistência, podem ajudar a trazer ao alcance do pobre as mesmas oportunidades que estão disponíveis a outros de participação efetiva na vida da comunidade. Ao mesmo tempo, protegem contra o mal-estar social que pode decorrer de disseminado sentimento de frustração e insegurança injustificadas. Assistência social, então, não é mera caridade, mas um meio para “obter as Graças da Liberdade para nós mesmos e para a Posteridade”.

Vistos por essa perspectiva, os direitos de caráter social destinados aos pobres adquirem a mesma dignidade de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, considerada essencial para o livre desenvolvimento da personalidade e para o funcionamento da democracia.

A vinculação desses direitos a tais liberdades é suficiente para afastar desde logo a visão equivocada de que eles seriam “favores” ou “privilégios”, e não verdadeiros direitos fundamentais, bem como para lhes atribuir posição preferencial igual à concedida àquelas.

Atribuir a um direito o caráter de “fundamental” é imunizá-lo contra a política ordinária, retirando-o da esfera de disponibilidade do legislador. Embora ainda sejam admissíveis certas restrições legislativas a direitos dessa espécie, elas devem perseguir finalidades constitucionais ou, pelo menos, admitidas pela Constituição, e devem resguardar o núcleo essencial do direito fundamental e passar pelo crivo do

³⁰⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed., p. 213. Manifestações semelhantes podem ser encontradas em pensadores políticos ou jurídicos diversos, entre os quais LUÑO (LUÑO, Antônio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 3. ed., p. 214-215), ALEXY (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 486) e BOBBIO (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 508).

princípio da proporcionalidade³⁰⁸.

Atribuir a um direito fundamental posição preferencial é reforçar a sua proteção contra restrições legislativas, exigindo-se, nesse caso, que estas sejam necessárias e adequadas, e que persigam um interesse público de especial magnitude. Em caso de colisão entre direitos ou entre direitos e interesses comunitários, aquele ao qual foi atribuída posição preferencial tem, “prima facie”, precedência, podendo ceder apenas em casos excepcionais.

Por outro lado, sendo atribuída posição preferencial a tais direitos, o juiz constitucional está autorizado – e mesmo obrigado – a adotar postura ativa em sua proteção ou promoção. Não é desarrazoado defender a adoção de salutar ativismo judicial na proteção e na implementação de direitos fundamentais preferenciais, especialmente quando, como ocorre no caso, estes estiverem relacionados ao ótimo funcionamento da democracia ou forem titularizados por grupos vulneráveis no processo político democrático.

Há várias perspectivas de atuação judicial relativa aos direitos sociais sob exame.

Na falta de regulamentação legislativa de direitos fundamentais sociais destinados especificamente aos pobres, como os direitos relacionados à assistência social (art. 203 da Constituição Federal), justifica-se o seu desenvolvimento e efetivação judicial independentemente de lei.

No caso de direitos fundamentais sociais universais, como, no Brasil, o direito à saúde e o direito à educação (arts. 196 e 205 da Constituição Federal), que não são destinados especificamente aos pobres, mas que lhes são especialmente valiosos, justifica-se o seu desenvolvimento e efetivação judicial independentemente de lei, pelo menos até a garantia de um nível suficiente para o atendimento das necessidades básicas.

Caso já existam leis reguladoras e sistemas estruturados de prestação dessas

³⁰⁸ Por todos, ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 267-329.

duas espécies de direito, como ocorre no caso do Brasil, o que se exige do juiz constitucional é que considere tais estruturas como relacionadas aos direitos fundamentais, submetendo-as a escrutínio, para verificar se foram atingidos níveis mínimos de atendimento ou para identificar e reparar “pontos de estrangulamento”. Mais importante cumpre verificar se há distribuição igual desses serviços entre a população, e especialmente se as necessidades dos mais pobres estão sendo atendidas de maneira igual.

Quanto à primeira espécie de casos, ou seja, concretização à margem de atuação legislativa, há que se admitir que o juiz constitucional pode ter dificuldades de atuação decorrentes do limite da reserva de consistência³⁰⁹. Suponha-se, por exemplo, que o juiz constitucional entenda que a Constituição contempla direito fundamental não-expresso a uma renda mínima³¹⁰. Haveria dificuldades para viabilização de direito dessa espécie, por estarem envolvidas questões de difícil resolução através do Judiciário, v. g.: O direito seria universal ou destinado apenas àqueles que não tenham renda mínima? Qual o valor da prestação? Por quem e como seria ela paga?

A tarefa é mais fácil quando os direitos sociais contarem com sistemas estruturados de prestação, hipótese em que o juiz constitucional dispõe de um ponto de partida, cabendo-lhe apenas o escrutínio já mencionado.

Ainda assim, o escrutínio da legislação existente também oferece dificuldades, como as relativas aos “standards” a serem considerados para se verificar se foram atingidos pelo menos níveis mínimos de prestação. Não existe a possibilidade de uma fórmula geral, devendo ser considerado cada direito.

³⁰⁹ Por conta dessas dificuldades, o próprio MICHELMAN, com quem o autor deste trabalho não concorda inteiramente nesse aspecto, reconhece: “As próprias cortes não podem tornar existentes serviços sociais; mas, quando as legislaturas assim agem, as cortes podem tratar essas ações legislativas como destinadas a satisfazer direitos, com conseqüências significativas para litígios que envolvam interpretação da lei ou interação com doutrinas constitucionais como a das classificações irracionais.” (MICHELMAN, Frank I. Welfare rights in a constitutional democracy. In: *Washington University Law Quaterly*, v. 1979, n. 3, s/d, p. 663.)

³¹⁰ Sobre o tema, vide SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta..*

No caso, por exemplo, do direito à educação, a própria Constituição Federal fornece indicativos de que o seu nível mínimo de desenvolvimento estaria relacionado com o ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I e § 1.º). Mesmo assim, ficam abertas questões relativas a um nível mínimo de qualidade, nem sempre atingido.

No caso do direito à saúde, o nível mínimo talvez abrangesse cuidados médicos ordinários, com exames preventivos regulares, hospitalização, assistência pré-natal e cuidados pediátricos, excluindo-se procedimentos cirúrgicos especiais e complexos. DWORKIN sugere, para essa espécie de direitos, o que denomina de “teste do seguro prudente”, que indaga

... o que as pessoas decidiriam pagar para seu próprio cuidado médico, como indivíduos, se elas estivessem contratando seguro médico sobre condições justas de livre mercado, e insiste, primeiro, que nós, como uma nação, devemos gastar o que como indivíduos iríamos gastar, coletivamente, sobre essas condições; e, segundo, que nós devemos usar tais gastos agregados para garantir que todos obtenham o que teriam como indivíduos.³¹¹

Apesar dessas dificuldades, o escrutínio judicial da legislação existente pode levar a resultados bastante vantajosos para os dependentes dos direitos sociais.

Tome-se como exemplo o direito à assistência social, mais especificamente o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, concedido pelo artigo 203, V, da Constituição Federal a idosos e portadores de deficiência que não tenham condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

O mais apropriado para conferir a esse direito fundamental a concretização adequada seria profunda discussão, com base em dados empíricos, de critérios para identificar idosos ou deficientes sem condições de prover seu próprio sustento. Para caracterizar situação da espécie, poder-se-ia partir, por exemplo, da renda necessária para o atendimento das necessidades alimentares mínimas. Embora possa haver divergência quanto a essas questões, estudos empíricos podem indicar opções

³¹¹ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, p. 317.

razoáveis para a concretização do direito fundamental³¹².

Entretanto, a legislação reguladora serviu-se de critério que, além de ser extremamente restritivo, não encontra, aparentemente, qualquer base empírica. Com efeito, o artigo 20, § 3.º, da Lei n.º 8.742, de 07/12/93, considerou “incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal ‘per capita’ seja inferior a ¼ do salário mínimo”, o que significa, em valores atuais, renda mensal limite de R\$ 50,00 por pessoa, ou seja, sequer R\$ 2,00 por dia, o que é insuficiente para o atendimento das necessidades básicas.

Todavia, o STF, na ADIn n.º 1.232-1, não considerou tal critério

³¹² Uma primeira opção metodológica trata a pobreza como um conceito relativo, definindo as famílias pobres como aquelas em que a renda equivalente é menor que determinado percentual da renda média. Segundo FERREIRA e LITCHFIELD, esta é visão predominante no Reino Unido e em outros países europeus (FERREIRA, Francisco H. G.; LITCHFIELD, Julie A. *Desigualdade, pobreza e bem-estar social no Brasil - 1981/95*. In: HENRIQUES, Ricardo (org.) *Desigualdade e Pobreza no Brasil*, p. 64). A maior parte dos estudos no Brasil tem, contudo, adotado um conceito absoluto, desvinculando a mensuração da pobreza da desigualdade, o que parece mais adequado para fins de concretização do direito à assistência social, pois o objetivo deste é contemplar aqueles que não têm condições de prover o seu próprio sustento. Para definição de linhas de pobreza nessa perspectiva, tem-se usualmente buscado dimensionar a renda necessária para o atendimento das necessidades básicas. A linha de indigência é definida pela renda necessária para atendimento das necessidades calóricas mínimas de um indivíduo. A linha de pobreza é calculada como um múltiplo da linha de indigência, considerando a renda necessária para o atendimento de outras necessidades básicas mínimas, como vestuário, habitação e transportes. Pobres serão aqueles de renda inferior ao estabelecido na referida linha e não-pobres serão aqueles de renda superior. Sonia ROCHA descreve procedimento apto ao cálculo da linha de pobreza: "A primeira etapa consiste em determinar, para a população em questão, quais são as suas necessidades nutricionais. A etapa seguinte objetiva derivar, a partir das informações de pesquisa de orçamentos familiares, a cesta alimentar de menor custo que atenda às necessidades estimadas. O valor correspondente a essa cesta é a chamada linha de indigência (LI), parâmetro de valor associado ao consumo alimentar mínimo necessário. Como não se dispõe de normas que permitam estabelecer qual o consumo mínimo adequado de itens não-alimentares, o valor associado a eles é obtido de forma simplificada, correspondendo geralmente à despesa não-alimentar observada quando o consumo alimentar adequado é atingido." (ROCHA, Sonia. *Estimação de linhas de indigência e de pobreza: opções metodológicas no Brasil*. In: HENRIQUES, Ricardo (org.) *Desigualdade e Pobreza no Brasil*, p. 110). Em vista das diferenças de padrões de consumo e de preços nas diferentes regiões do Brasil, tem se preferido calcular linhas de pobreza regionalizadas. FERREIRA e LITCHFIELD, tomando por base trabalho de ROCHA, calcularam linhas de pobreza "per capita" e regionalizadas para o ano de 1995 que variam entre R\$ 32,28 a R\$ 107,33 (FERREIRA, Francisco H. G.; LITCHFIELD, Julie A. *Idem*, p. 64). Mesmo o menor valor é superior a 1/4 do maior salário mínimo vigente em 1995 (R\$ 100,00).

inconstitucional³¹³, sequer avaliando se a lei contava com alguma base empírica. O julgado foi, aparentemente, movido pelo receio, explicitado quando do indeferimento da liminar, de que a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado levaria ao agravamento do estado de inconstitucionalidade, o que tem por base o entendimento de que o Supremo não poderia indicar critério suplementar³¹⁴.

Se o Supremo não queria entrar em discussões empíricas, poderia ter adotado o critério objetivo fixado no artigo 5.º da Lei n.º 9.533, de 10/12/97, como base para juízo conclusivo sobre a arbitrariedade do critério definido na Lei n.º 8.742/93. O referido diploma estabelece inédito programa federal de garantia de renda mínima. Através dele, os municípios, com apoio financeiro do Governo Federal, garantiriam renda mínima às famílias carentes, tendo sido identificadas como tais aquelas cuja renda familiar *per capita* é inferior a meio salário mínimo.

Da mesma forma, as políticas governamentais recentes voltadas aos pobres e que envolvem a concessão a eles de auxílio em pecúnia ou em bens como o PETI – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Portaria n.º 458, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), o Auxílio-Gás (Decreto n.º 4.102/2002), o Programa de Geração de Renda (Portaria n.º 877, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), o Agente Jovem (Portaria n.º 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), servem-se de critério semelhante ao previsto na Lei n.º 9.533/97, definindo como público alvo pessoas ou famílias com renda “per capita” de até meio salário mínimo. Podem, aliás, inscrever-se, oficialmente, ao Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Decreto n.º 3.877/2001), as famílias beneficiadas pelos referidos programas sociais e todas as demais que tenham como renda “per capita” até meio salário mínimo.

³¹³ ADIn n.º 1.232-1, Rel. Min. Nelson Jobin, por maioria, DJU I de 01/06/01.

³¹⁴ ADInMC n.º 1.232-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, un., DJU I de 26/05/96.

A utilização do mesmo critério em repetidos programas voltados aos pobres permite concluir que o Governo reputa pobres aqueles com renda "per capita" de até meio salário mínimo.

É difícil entender o motivo da persistência do critério mais restrito na Lei n.º 8.742/93.

O benefício pago aos idosos e aos deficientes pobres é, por certo, normalmente superior aos benefícios pagos pelos outros citados programas governamentais. Ocorre que o valor do benefício encontra-se mais relacionado com a possibilidade de quem arca com o encargo respectivo do que propriamente com a necessidade do beneficiário. Ademais, o pagamento de benefício em valor superior aos idosos e aos deficientes de renda de até um quarto do salário mínimo em nada alivia a situação dos idosos e dos deficientes com renda entre um quarto e metade do salário mínimo. Não é, portanto, a variação do valor dos benefícios que autoriza a utilização de critérios diferenciados.

Do outro lado, os idosos e os deficientes constituem grupos especialmente vulneráveis, seja pela sua dificuldade de inserção no mercado de trabalho, seja por possuírem necessidades especiais em relação a outras pessoas, como gastos elevados com saúde. Sua condição especial autorizaria o Governo a utilizar critérios menos restritivos quanto à renda nos programas governamentais a eles voltados, mas nunca o contrário.

Embora os objetivos destes diplomas legislativos sejam diferentes, todos veiculam programas assistenciais, não sendo razoável a incoerência de critérios, especialmente quando o mais restritivo é utilizado na regulamentação de direito fundamental. Se na Lei n.º 9.533/97 e nos outros aludidos programas governamentais foi considerada como carente a família de renda *per capita* inferior a meio salário mínimo, não há como justificar a utilização de critério mais restritivo para identificar o titular do direito fundamental previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Ou agiu-se erroneamente no primeiro caso, concedendo o benefício a famílias não-carentes ou agiu-se erroneamente no segundo caso, negando direito fundamental a pessoas

necessitadas, o que é muito mais provável.

Assim, a utilização de critérios diferenciados e mais restritos nos programas voltados aos idosos e aos deficientes pobres não parece encontrar justificativa razoável, soando arbitrário.

Diante da arbitrariedade, o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição deve ser concedido à vista da regulamentação feita na Lei n.º 8.742/93, com exceção em relação ao inválido critério restritivo previsto no artigo 20, § 3.º, desse diploma legal, servindo como critério substitutivo o constante no artigo 5.º, I, da Lei n.º 9.533/97 e nos outros aludidos programas governamentais. Como o Supremo, no julgamento da referida ADIn, não levou em consideração tal legislação superveniente, nada impede que ele reveja o seu posicionamento sobre o tema, o que seria justificável em vista do caráter fundamental e da posição de preferência ora defendidos para direitos como o contemplado no artigo 203, V, da Constituição Federal. Do contrário, restará à sociedade, mas especificamente às autoridades públicas, a difícil tarefa de explicar aos idosos e deficientes pobres a utilização de critérios diversos quando o que está em consideração são os benefícios a eles dirigidos.

Este é apenas um exemplo de resultado possível da atribuição de caráter fundamental e de posição preferencial aos direitos sociais titularizados pelos pobres.

É importante salientar que a posição preferencial seria atribuída apenas aos direitos sociais titularizados, ainda que não exclusivamente, por pessoas de baixa renda, sem prejuízo da proteção judicial, em grau menos intenso, a outros direitos sociais. Há que se tomar cuidado para evitar a concessão de posição de preferência a direitos sociais corporativos, ou seja, titularizados exclusiva ou principalmente por outros grupos sociais, mais privilegiados. Não raramente, a estrutura do Estado Social é utilizada em benefício dos grupos e interesses mais organizados, em detrimento das categorias carentes, que não dispõem de igual influência no processo político democrático.

É oportuno destacar que dificilmente serão encontradas leis que discriminem explicitamente as pessoas segundo a renda. Menos raras são medidas legislativas de

cunho geral com efeitos práticos discriminatórios, que também devem ser submetidas a rigoroso escrutínio judicial.

Ressalte-se também que a proteção aos pobres como grupo vulnerável no processo político democrático pode envolver aspectos não relacionados aos direitos sociais. É o que ocorre, v. g., quando se exigem taxas ou preços proibitivos para a fruição de determinados serviços públicos. Nesse caso, conforme a relevância do serviço, há a obrigação de isenção total ou parcial para as pessoas pobres, a fim de lhes permitir o acesso a ele. Exemplos óbvios são o direito à assistência jurídica gratuita (art. 5.º, LXXIV, da Constituição) e o direito à obtenção gratuita de documentos essenciais à cidadania (art. 5.º, LXXVI, da Constituição). Como o rol não é exaustivo, direitos semelhantes podem resultar de construção legislativa ou judicial. A idéia básica dessa linha de atuação foi bem sintetizada por GALBRAITH:

“É preciso haver, acima de tudo, uma rede de segurança eficaz – apoio individual e familiar – aos que vivem nos limites inferiores do sistema, ou abaixo deles. Isto é humanamente essencial, e também necessário para a liberdade humana. Nada estabelece limites tão rígidos à liberdade de um cidadão quanto a absoluta falta de dinheiro.”³¹⁵

Portanto, se não há motivo para atribuir genericamente posição de preferência aos direitos sociais, pode ser defendida a atribuição de posição dessa espécie a direitos sociais titularizados, ainda que não exclusivamente, por pessoas de baixa renda, por sua ligação com as liberdades básicas e necessárias para o funcionamento do processo político democrático.

Se os pobres forem considerados também como um grupo merecedor de proteção especial no processo político democrático, a sua proteção pode envolver não somente direitos sociais, mas também a viabilização da possibilidade real de acesso a outros direitos ou bens, mesmo que não constitucionalizados.

³¹⁵ GALBRAITH, John Kenneth. O engajamento social hoje. *Folha de São Paulo*, 20 dez. 98. Caderno Mais, p. 5.

Em ambos os casos, existem argumentos suficientes para a defesa de postura ativa do juiz constitucional. Tal obrigação é mais premente em países como o Brasil, no qual há enorme desigualdade de renda e que convive com graus de miséria e pobreza intoleráveis³¹⁶, o que até prejudica a sua caracterização como verdadeiro país democrático.

Mais recentemente, surgiram sinais de maior comprometimento da sociedade brasileira com a erradicação da pobreza, especialmente a Lei n.º 9.533, de 10/12/97, que instituiu política, embora modesta e embrionária, de renda mínima associada a medidas sócio-educativas, e a Emenda Constitucional n.º 31, de 14/12/2000, que dispõe sobre um “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”.

Talvez a erradicação da pobreza esteja assumindo, entre nós, o mesmo papel suprapartidário que o movimento abolicionista teve no século XIX. É interessante notar que os dois temas estão inter-relacionados, pois a pobreza que atinge expressiva parte dos brasileiros pode ser considerada uma espécie de legado da escravidão³¹⁷. Assim, a luta contra a pobreza pode ser compreendida como a continuidade da luta contra a escravidão. Joaquim NABUCO já dizia que “acabar com a escravidão não nos basta; é preciso destruir a obra da escravidão”, e que tal empresa seria superior aos esforços de uma só geração³¹⁸.

³¹⁶ Segundo BARROS e outros, que tiveram por base dados da Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, em 1999, cerca de 14% da população brasileira é composta por famílias com renda inferior à linha de indigência e 34% por famílias com renda inferior à linha de pobreza, incluída no conjunto da população pobre a população indigente, o que totalizava em 1999 cerca de 53 milhões de pessoas. Os níveis de desigualdades eram igualmente gritantes, sendo a renda média dos 10% mais ricos equivalente a 28 vezes a renda média dos 40% mais pobres (BARROS, Ricardo Paes et al. *A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. (Texto para discussão n.º 800) Brasília: IPEA, junho de 2001, p. 12, <http://www.ipea.gov.br>). A comparação internacional entre coeficientes de Gini, que medem a desigualdade, revela que apenas a África do Sul e Malavi têm grau de desigualdade maior que o do Brasil.

³¹⁷ Segundo HENRIQUES, os negros, em 1999, representavam 45% da população brasileira, mas correspondiam a 64% da população pobre e a 69% da população indigente, o que revela um componente racial na distribuição da riqueza (HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90*. (Texto para discussão n.º 807) Brasília: IPEA, julho, 2001, p. 9, <http://www.ipea.gov.br>).

³¹⁸ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*, p. XVIII e 4.

A jurisdição constitucional, que está comprometida com os direitos fundamentais e com a democracia, e cuja atuação deve ser guiada pela realidade, não pode permanecer alheia a tal tarefa. Certamente, a erradicação da pobreza, com a extensão de liberdades democráticas reais a todos, é tarefa que extrapola suas possibilidades. Entretanto, decisões comprometidas com esse objetivo, além de representar avanços em relação à situação anterior, podem ter efeito pedagógico para os demais poderes constituídos e mesmo para a população, que, ciente das exigências constitucionais, pode cobrar postura equivalente de seus representantes políticos.

Nessa perspectiva e considerando a importância política de tal questão, há justificativas suficientes para que o juiz constitucional adote postura ativa na proteção judicial dos pobres, como grupo social e politicamente vulnerável no processo político democrático, quer através da implementação de direitos que os beneficiem, quer através de crivo judicial rigoroso sobre a legislação reguladora ou restritiva desses direitos. Tal estratégia de proteção judicial especial para os pobres não compromete a proteção judicial, talvez com menor intensidade, de outros direitos sociais ou mesmo do princípio da igualdade, pois este vai além do imperativo de erradicação da pobreza.

4. RESGUARDANDO O CARÁTER DELIBERATIVO DA DEMOCRACIA

Até aqui se defendeu uma atuação mais incisiva da jurisdição constitucional na promoção ou proteção de certos direitos fundamentais. Não obstante, é possível defender uma atuação mais ativa também em outros campos do direito constitucional.

Ao lado dos direitos, a lei possui grande importância no pensamento político democrático. Lei e democracia estão intimamente vinculadas, pois a primeira é considerada o veículo da vontade popular.

Em sua evolução histórica, a lei passa de “medida do justo” (segundo, por exemplo a concepção tomista³¹⁹) a garantidora da liberdade (conforme a concepção liberal), e sucessivamente se torna apenas um instrumento de governo, destituído de qualquer conteúdo material prévio e necessário.

Segundo determinada concepção acerca da lei, o processo legislativo democrático é equiparado a um mercado, no qual a lei seria produto de confronto ou de reunião de forças entre os interesses privados dos grupos representados no parlamento. Nessa perspectiva, o interesse público é visto como algo mistificador, representativo apenas dessa composição de interesses privados.

Não é essa, porém, a concepção de lei que se encontra na raiz do pensamento político moderno. Já foi vista aqui a concepção de Locke, ponto de partida do pensamento de cunho liberal.

É de grande interesse para este trabalho a tradição republicana, que vê na lei não somente um instrumento de garantia da liberdade e da propriedade, mas também um veículo para a afirmação da autonomia pública.

ROSSEAU é um autêntico representante dessa tradição. Ele não está alheio à preocupação liberal de garantir a propriedade e a liberdade. Diferentemente, porém, de Locke, não pretende atingir tal objetivo defendendo a existência de direitos naturais que deveriam ser resguardados do poder político, mas sim através da própria configuração do poder legislativo, o que o alinha à tradição republicana.

Logo no início do “Contrato Social”, expõe seu objetivo:

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes’. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece.”³²⁰

³¹⁹ “Qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza; se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção de lei.” (Apud BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 2. ed., p. 40)

³²⁰ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 5. ed., p. 32.

E, ao contrário do defendido por Locke, o indivíduo despoja-se de todos os seus direitos quando, através do contrato social, ingressa no estado civil:

“Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais.”³²¹

ROSSEAU não deve ser visto como defensor de um Estado democrático absoluto. A garantia contra a opressão encontra-se não na preservação de direitos preexistentes à sociedade política, mas sim na exigência de que o Estado seja conduzido pela vontade geral veiculada na lei, que, por não dispor em particular, sempre buscará o bem público:

Mas, quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem qualquer divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de lei.

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. (...)

Baseando-se nessa idéia, vê-se logo que não se deve mais perguntar a quem cabe fazer as leis, pois são atos da vontade geral, nem se o príncipe está acima das leis, visto que é membro do Estado; ou se a Lei poderá ser injusta, pois ninguém é injusto consigo mesmo, ou como se pode ser livre estar sujeito às leis, desde que estas não passam de registros de nossas vontades.³²²

Registre-se ainda que a vontade geral não é produto da soma das vontades particulares:

³²¹ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 5. ed., p. 32.

³²² ROSSEAU, J. Idem, p. 54-55. O mesmo argumento será retomado por KANT: “O poder legislativo somente pode pertencer à vontade coletiva do povo. E, visto que dele deve proceder todo direito, não deve absolutamente poder causar injustiça a ninguém por suas leis. Ora, se alguém ordena algo contra outro, é sempre possível que lhe faça injustiça; porém, nunca no que decreta para si mesmo (porque ‘volenti non fit injuria’). Por conseguinte, a vontade concordante e conjunta de todos, enquanto cada um decide para todos e todos para cada um, isto é, a vontade coletiva do povo, pode unicamente ser legisladora.” (KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 152-153)

Deve-se compreender, nesse sentido, que, menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que os une, pois nessa instituição cada um necessariamente se submete às condições que impõe aos outros: admirável acordo entre o interesse e a justiça, que dá às deliberações comuns um caráter de equidade que vimos desaparecer na discussão de qualquer negócio particular, pela falta de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz à da parte.³²³

E o princípio da igualdade e a proibição de leis particulares que garantem os arranjos necessários para a correção material da lei e para imposição de limites ao poder do Estado:

Vê-se por aí que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não passa nem pode passar dos limites das convenções gerais, e que todo o homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções, de seus bens e de sua liberdade, de sorte que o soberano jamais tem o direito de onerar mais a um cidadão do que a outro, porque, então, tornando-se particular a questão, seu poder não é mais competente.³²⁴

É interessante notar a preocupação de Rousseau com a estruturação da sociedade e do poder político para garantir que a lei seja expressão da vontade geral.

É necessário, por exemplo, que o povo esteja suficientemente informado³²⁵, que não haja no Estado sociedade parcial³²⁶, que o Estado não possua grande extensão³²⁷ e que haja separação entre os poderes executivo e legislativo, para que este não desvie sua atenção para objetivos particulares³²⁸.

Assim, para Rousseau a correção da lei depende de condições ideais de deliberação, e a lei é expressão da vontade geral, e não da agregação de vontades particulares.

Também nos escritos federalistas se encontra igual preocupação em preservar a vontade política da influência dos interesses particulares, especialmente dos reunidos

³²³ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 5. ed., p. 51.

³²⁴ ROSSEAU, J. *Idem*, p. 50-51.

³²⁵ ROSSEAU, J. *Idem*, p. 47.

³²⁶ ROSSEAU, J. *Idem*, p. 47-48.

³²⁷ ROSSEAU, J. *Idem*, p. 62.

³²⁸ ROSSEAU, J. *Idem*, p. 84.

em “facções”³²⁹.

Para males republicanos, eles sugerem remédios republicanos. Contrapondo-se ao entendimento, prevalente à época, de que a democracia só era viável em estados de pequena extensão, James MADISON, no “Federalista n.º 10”, defende o entendimento de que ela pode ser viabilizada em estados de grande extensão, como a então nascente nação norte-americana. O povo, nesse caso, exerceria o poder através de seus representantes. Aliás, num governo representativo, é “mais possível que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo, reunido para este fim”³³⁰. Haveria representantes do povo “cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse de sua pátria e que, pelo seu patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas ou parciais”³³¹. Por outro lado, a grande extensão da república teria o efeito benéfico de pulverizar os interesses e os partidos, reduzindo os riscos de dominação do governo por facções tirânicas. A grande extensão do Estado tornar-se-ia uma vantagem para a implantação de um verdadeiro governo republicano.

Ao lado de tais construções filosóficas e reforçando o caráter deliberativo das democracias ou dos governos republicanos no pensamento político clássico, encontra-se o fato de que não se advogava o mandato imperativo, o que, aliás, prevaleceu e ainda prevalece nas democracias modernas. O representante eleito não se encontra vinculado à pretensa vontade dos eleitores, não cabendo a estes instruí-lo quanto à forma de agir no parlamento. Diz Edmund BURKE em seu “Discurso aos eleitores de Bristol”:

³²⁹ No Federalista n.º 10, escrito por James MADISON, encontra-se a seguinte definição de facção: “Entendo por facção uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse geral da sociedade.” (HAMILTON, Alexander et al.. *O Federalista*. 2. ed. p. 95)

³³⁰ HAMILTON, A. et. al. *Idem*, p. 98.

³³¹ HAMILTON, A. et. al. *Idem*, *Ibidem*.

O Parlamento não é um congresso de embaixadores que defendem interesses distintos e hostis, interesses que cada um de seus membros deve sustentar, como agente e advogado, contra outros agentes e advogados, mas uma assembléia deliberativa de uma nação, com um interesse: o da totalidade, onde o que deve valer não são os interesses e preconceitos locais, mas o bem geral que resulta da razão geral do todo. Elegei um deputado, mas, quando o haveis escolhido, ele não é o deputado por Bristol e sim um membro do Parlamento.³³²

Há, portanto, no pensamento político moderno, bem como em traços dos sistemas de governos democráticos atuais, base suficiente para rejeitar a identificação do regime democrático, especificamente do processo legislativo democrático, com um mercado no qual haveria simples agregação de interesses privados. A lei, embora possa resultar de compromisso entre doutrinas políticas divergentes, não deve se confundir com barganha.

Para evitar a degeneração da lei, existem vários remédios institucionais, entre os quais a exigência de transparência no processo político democrático, com a regulamentação dos “lobbies”, a motivação dos atos legislativos, o financiamento público de campanhas eleitorais e outras medidas dessa natureza.

Questão que se coloca é se a jurisdição constitucional pode oferecer alguma contribuição para reforçar o caráter republicano do regime democrático.

Caminho equivocado é buscar definição positiva do que vem a ser “interesse público”, com a censura de atos legislativos que não o tenham por finalidade. Estratégia de espécie seria de impossível execução em sociedades pluralistas, soando também como elitista. O apelo a pretenso “interesse público” constituiria carta branca para o juiz constitucional impor suas preferências políticas sobre as do legislador, o que não é compatível com o regime democrático.

Estratégia mais promissora evita impor aos legisladores a controvertida concepção de interesse público, exigindo apenas que os atos legislativos não sejam motivados por preferências que não possam ser relacionadas a alguma concepção de

³³² BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Os clássicos da política*, v. II., p. 29.

interesse público. A lei deve ser produto de deliberação que tenha como base razões que possam tornar-se públicas e que possam ser compartilhadas, não devendo resultar de puro poder político.

Nessa perspectiva pode ser compreendida a proteção judicial especial outorgada pela Suprema Corte a grupos vulneráveis, conforme a linha jurisprudencial desenvolvida a partir de “Carolene”. O processo democrático deve ser purificado de motivações como a hostilidade racial ou estereótipos sexuais, que afetam certos grupos minoritários. Como dificilmente motivações dessa espécie serão explicitadas pelo legislador, a Suprema Corte submete a legislação que afeta tais grupos a um escrutínio judicial rigoroso, a fim de verificar a real motivação da lei. Esta não passa no teste se o interesse político que ela explicitamente perseguir não puder ser estreitamente relacionado com o conteúdo da lei, hipótese em que a Corte presume que as reais motivações são outras.

Cass SUNSTEIN sustenta que igual procedimento deveria ser adotado no outro extremo do processo político democrático. Não se trata somente de defender grupos vulneráveis. O objetivo é a censura de leis que não tenham por base qualquer concepção de interesse público e que sejam aprovadas apenas em decorrência de pressões de interesses privados. Não basta que a lei seja razoavelmente relacionada a algum objetivo político válido, o que não chega a oferecer grandes dificuldades, sendo necessário demonstrar estreita ligação entre a lei e tal objetivo:

Se as cortes devem adotar uma abordagem madisoniana para o controle judicial de constitucionalidade, e se o requerimento de racionalidade não deve tornar-se meramente retórico, algum escrutínio do processo legislativo é necessário. Esse escrutínio iria inquirir se os legisladores basearam o tratamento diferenciado em uma decisão de que alguma concepção de interesse público seria promovida ou, ao contrário, se esse tratamento decorreu de pressões de facções. Para ser claro, essas alternativas constituem pontos finais de um contínuo: a questão para as cortes é se a medida em exame aproxima-se do último ponto final. Essa abordagem importaria em um tipo de doutrina de busca rigorosa por uma ação legislativa inconstitucional. Seus elementos básicos já são fornecidos pela moderna revisão racional; a abordagem sugerida aqui iria reclamar marginalmente um escrutínio

mais inquiridor.³³³

Então, um dos objetivos da jurisdição constitucional seria resgatar o caráter deliberativo da democracia, em contraposição a um processo de barganha e trocas compensatórias entre interesses privados alheios ao ideal republicano.

Talvez mais apropriado do que identificar grupos de acentuada influência no processo legislativo seria a investigação profunda da história do ato legislativo, a fim de verificar se motivações espúrias influenciaram sua gênese.

Também é justificável que se submetam a testes de igual rigor os atos legislativos que contenham distinções duvidosas ou que outorguem benefícios extravagantes a categorias específicas.

Atuação judicial dessa espécie não constitui excessiva interferência judicial no processo legislativo democrático. A submissão da lei a testes de constitucionalidade mais rigorosos não implica automaticamente juízo de inconstitucionalidade, podendo a lei ser mantida se puder ser relacionada estritamente a algum objetivo político válido.

Por outro lado, a postura ativista se justifica com base em argumentos que apelam para o próprio ideal democrático, na linha da tradição republicana.

Estratégias desse tipo, que envolvem o abandono de postura de autocontenção pelo juiz constitucional, poderiam ter levado o STF a decisão diferente em julgamento recente.

Na ADIn n.º 2.306-3/DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, foi atacada a Lei n.º 9.996, de 14/08/2000, que anistiou os débitos resultantes de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral em decorrência de infrações à legislação eleitoral praticadas em 1996 e 1998. Conforme fundamentação da ADIn, a anistia violaria a moralidade administrativa, pois abrangeria multas aplicadas aos próprios parlamentares. Representaria, portanto, espécie de auto-anistia. A lei foi suspensa por liminar concedida pelo STF, sob o fundamento questionável de que ela violaria o

³³³ SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American Public Law. In: *Stanford Law Review*. novembro. 1995, v. 38:29, p. 226-227.

direito de propriedade dos partidos políticos, uma vez que o valor das multas integraria o Fundo Partidário. No julgamento de mérito, realizado em 21/03/2002, foi rejeitado tal fundamento, bem como as alegações da OAB, sendo a ação julgada improcedente, por maioria de votos. Como o acórdão ainda não foi publicado, resta dificultado o exame das razões dos ministros.

Considerando que a lei beneficiaria 10 governadores, 69 deputados e 20 senadores³³⁴, tinha base o argumento de que se tratava de auto-anistia. A história legislativa também sugeria motivação espúria, pois durante o trâmite do processo legislativo foi suprimido dispositivo que estabelecia que a anistia não se aplicaria a candidatos eleitos.

Era justificável, portanto, que o ato legislativo fosse submetido a exame judicial mais rigoroso, a fim de verificar se ele poderia ser estritamente relacionado a algum objetivo político válido, afastando ou confirmando as suspeitas de que a real motivação era espúria, ou seja, que o verdadeiro objetivo era beneficiar a políticos eleitos. Se fosse esse o caso, a atuação judicial não poderia ser questionada com base em argumentos democráticos, pois não é isso, afinal, o que pretende ser a democracia.

A adoção de postura ativa pelo juiz constitucional na promoção de ideal democrático que apela para a tradição republicana abre perspectivas extremamente interessantes para a jurisdição constitucional, como revela a abordagem sugerida para o julgado citado. Ao lado das abordagens anteriores, poderá contribuir para o aprofundamento da democracia. Contudo, é preciso cuidado para não incidir em elitismo, pretendendo-se, por exemplo, impor à sociedade pluralista concepção de bem comum ou de vida virtuosa. Isso pode ser evitado trabalhando-se, conforme visto, com noção meramente negativa de interesse público. Tais formas de atuação são bem mais interessantes e podem levar a resultados bem mais valiosos do que limitar o controle judicial de constitucionalidade a comparação mecânica entre o texto da Constituição e

³³⁴ Revista Consultor Jurídico, notícia de 21/03/02, <http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=9509&ad=c>

o texto do ato normativo submetido a controle, como tem sido praxe no Brasil.

CAPÍTULO 3 - A ESTRUTURA DE CONTROLE

1. CONTROLE DIFUSO/INCIDENTAL E CONCENTRADO/ABSTRATO

Neste trabalho, defendeu-se a possibilidade de compatibilizar a jurisdição constitucional com o regime democrático. Certas abordagens e práticas judiciais, como a alternância entre a postura de autocontenção e o ativismo judicial, além de contribuírem para a compatibilização, podem ter o desejado efeito de aprofundar a democracia.

Até agora, não se tratou da estrutura do sistema de controle. Embora as abordagens e práticas aqui defendidas sejam apropriadas em diversos contextos institucionais, também a estrutura tem relevância para a compatibilização da jurisdição constitucional com a democracia ou para a sua caracterização como mais democrática ou menos democrática.

Coexistem no Brasil dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso/incidental e o abstrato/concentrado.

Já no início da República, a partir da Constituição provisória de 1890 (Decreto n.º 510, de 22/06/1890), foi atribuído a todo órgão do Judiciário o poder de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. Foi adotado o modelo norte-americano, no qual a questão constitucional é resolvida incidentalmente para o julgamento de um caso concreto, não sendo admissível juízo abstrato acerca da compatibilidade ou não do ato legislativo com a Constituição.

Tal modelo sofreu poucas alterações, salvo no período de vigência da autoritária Constituição de 1937, sendo acolhido pela Constituição de 1988. Esta, aliás, dispõe apenas indiretamente sobre tal modelo de controle, que pode ser deduzido da regra intangível da inafastabilidade da proteção judiciária (art. 5.º, XXXV) e da

regulação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

O modelo concentrado/abstrato constitui inovação relativamente recente em comparação com o modelo difuso/incidental. Tal modelo de controle, embora tenha como precursor a ação interventiva, foi introduzido no sistema brasileiro apenas através da Emenda Constitucional n.º 16, de 26/11/65, à Constituição de 1946.

Seguiu-se o exemplo europeu, com a concentração do controle em um único órgão. Com efeito, na maioria dos países europeus que adotam sistemas de controle judicial de constitucionalidade, a competência para tanto é atribuída exclusivamente a tribunais especiais, que, embora reúnam características próprias de cortes de justiça, não compõem a estrutura burocrática do Judiciário³³⁵.

O controle concentrado/abstrato visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição.

O modelo sofreu sensíveis alterações com a Constituição de 1988, principalmente a que estendeu a diversas entidades a legitimidade para a instauração do controle, o que implicou certa “democratização” do controle³³⁶.

Mais recentemente, ele sofreu outra inovação, através da Emenda Constitucional n.º 3/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, cujo objetivo declarado não é a proteção da Constituição, mas sim a pacificação de questões constitucionais controversas, a bem da segurança jurídica. Apesar de intensamente criticada, tal inovação foi reputada incidentalmente válida pelo STF quando do julgamento da primeira ação dessa natureza³³⁷.

É interessante notar que a introdução desses sistemas de controle judicial,

³³⁵ Sobre o tema, vide FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*.

³³⁶ Sobre esse fenômeno, bem como para estudo estatístico acerca das ações instauradoras do controle abstrato propostas desde 1988, vide VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*.

³³⁷ Sobre o tema, vide MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra Silva. (Coord.) *Ação declaratória de constitucionalidade*.

normalmente destinados à proteção de direitos fundamentais e da própria democracia, ocorreu, no Brasil, durante a vigência de regimes autoritários, o que era a realidade dos albos da República e do regime vigente quando da introdução do controle abstrato.

Aparentemente, tais sistemas de controle não foram tidos como real ameaça pelos regimes autoritários então vigentes. Aliás, pelo menos no caso do controle abstrato, é até possível supor que tinha-se em vista a criação de instrumento apto para controlar a atividade normativa dos estados federados³³⁸.

Pela experiência histórica, é forçoso concluir que sistemas de controle judicial, embora normalmente relacionados com o Estado de Direito e com a democracia, não são totalmente incompatíveis com regimes de exceção.

Na realidade, tudo depende da configuração do sistema e, principalmente, do que revelará a prática constitucional.

É óbvio que uma jurisprudência constitucional comprometida com a democracia e os direitos fundamentais será tida por regimes autoritários como ameaça, podendo, caso não cerceada, contribuir para o seu enfraquecimento.

No entanto, nem sempre a jurisprudência constitucional assume tal comprometimento, sendo possível relação de certo modo harmônica entre o Judiciário e regimes autoritários. Foi o que ocorreu no Brasil, principalmente durante o regime militar e especificamente no período posterior às intervenções deste no STF, através do Ato Institucional n.º 2, de 27/10/65, e do Ato Institucional n.º 6, de 01/02/69³³⁹. Como os membros do Supremo não tinham sequer garantia de que permaneceriam em seus cargos, dificilmente se poderia deles esperar a construção de jurisprudência contrária a interesses do regime autoritário.

³³⁸ Conforme sugestão de VIANNA e outros, que chamam a atenção para vitórias oposicionistas. em 1965, em dois importantes estados da federação: Minas Gerais e Guanabara (VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 73).

³³⁹ A respeito, vide COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, p. 172-179.

Abstraindo dessas questões, uma vez que já foi aqui sugerida prática jurisprudencial compatível com a democracia, conclui-se que a evolução histórica recente do controle judicial de constitucionalidade revela, no Brasil, a tendência de fortalecer o modelo concentrado/abstrato em detrimento do difuso/incidental.

Reforça essa tendência a recente Lei n.º 9.882, de 03/12/99, que – sob o pretexto de regulamentar o § 1.º do artigo 102 do diploma constitucional, que trata da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” – pretendeu introduzir no sistema de controle uma espécie de incidente de inconstitucionalidade através do qual questão constitucional relevante poderia, por provocação dos mesmos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ser submetida ao STF, com supressão de instâncias. Isso sugere desvio legislativo na regulamentação do que se esperava ser uma ação ou um recurso do cidadão para a tutela de direitos fundamentais.

Na sua origem, que se reporta à Constituição de 1988, tal tendência tinha ares democráticos, uma vez que o referido diploma ampliou o rol de legitimados para a provocação do controle abstrato.

O aprofundamento mais recente de tal tendência, corporificado na Emenda Constitucional n.º 03/93 e na Lei n.º 9.882/99, já não pode ser visto com os mesmos olhos, não havendo como identificá-lo com tentativa de democratização do sistema. Aliás, a preocupação central de tais inovações não é nem mesmo o aprimoramento do sistema de defesa da Constituição. O objetivo é instituir mecanismos que garantam a rápida solução de controvérsias constitucionais, através de sua submissão imediata ao STF.

Um modelo célere e eficaz de resolução de controvérsias constitucionais tem méritos e deméritos. Por um lado, propicia a rápida resolução da controvérsia constitucional. Por outro, entretanto, propicia decisões precipitadas ou não devidamente amadurecidas sobre controvérsias constitucionais, ampliando o risco de decisões equivocadas.

O sistema difuso/incidental é menos sujeito a erros. A construção lenta de

jurisprudência constitucional, através do sistema judiciário de erros e acertos, com amplas possibilidades de revisão, é menos propício a erros definitivos, possibilitando amplo amadurecimento da controvérsia constitucional antes de sua resolução final.

Ademais, o sistema concentrado fia-se em restrito círculo de intérpretes. Apenas os demandantes, com alguma possibilidade de abertura, e os componentes do tribunal constitucional exercerão influência significativa para a resolução da controvérsia. Na prática, a boa resolução fica dependente da sabedoria dos onze membros do Supremo.

Por outro lado, o sistema difuso/incidental propicia a participação de número bem mais expressivo de intérpretes, sejam as partes ou os juízes. Considerando que o Direito é uma empreitada coletiva, constitui sistema mais confiável e democrático do que o abstrato/concentrado.

Por esse motivo, não é possível ver com bons olhos a recente tendência de fortalecimento no Brasil do controle abstrato/concentrado.

Os defensores dessa tendência têm alguma razão quanto à maior efetividade de tal modelo, uma vez que às decisões nele proferidas é atribuída eficácia “erga omnes” e vinculante, o mesmo não ocorrendo com as decisões proferidas, mesmo pelo STF, no sistema difuso/incidental.

A ampla eficácia das decisões proferidas em casos constitucionais é desejável, pois evita demandas repetitivas, aliviando o Judiciário e favorecendo a aplicação isonômica do Direito, quiçá beneficiando a todos os atingidos por atos inconstitucionais.

De todo modo, em vez de se insistir no modelo concentrado/abstrato, que não é isento de riscos, o melhor caminho seria a ampliação da eficácia das decisões proferidas em controle difuso e incidental.

Poder-se-ia, por exemplo, por simples legislação infraconstitucional, outorgar ao STF a faculdade de, em ações individuais que envolvessem demandas de massa, proferir decisões de caráter coletivo, atingindo não só os demandantes, mas todos aqueles que se encontrassem em igual situação. Para que o Supremo não se visse

envolvido com a execução do julgado, às vezes altamente complexa, remeteria tal atribuição às instâncias inferiores.

Por exemplo, ao julgar, em ação individual, que, imediatamente após a Constituição de 1988, nenhum benefício previdenciário que substituísse o rendimento do trabalhador poderia ser inferior a um salário mínimo³⁴⁰, o Supremo – desde que convencido do acerto de sua decisão, para o que influiria juízo quanto ao amadurecimento da questão constitucional – também condenaria o Poder Público a revisar todos os benefícios previdenciários em idêntica situação. Decisão dessa espécie nada teria de inusitado, bastando lembrar que assim agiu a Suprema Corte norte-americana em “Brown” ao determinar o implemento de política de dessegregação.

Essa técnica de decisão resolveria, em grande parte, a crise do excesso de demandas no STF. Representaria também melhor solução do que as decisões proferidas no controle abstrato, ou mesmo as sugeridas súmulas vinculantes, pois geraria efeitos concretos para todos aqueles que se encontrassem em idêntica situação, aliviando, assim, todas as instâncias judiciais. Seria, ademais, técnica bastante flexível, pois caberia ao Supremo decidir se acresceria ao dispositivo o provimento de caráter coletivo, para o que seria determinante sua convicção quanto ao amadurecimento suficiente da controvérsia constitucional.

Tal procedimento teria a vantagem de atribuir ao controle difuso/incidental – mais democrático e menos sujeito a erros, por ser de mais fácil acesso e por propiciar a participação de maior número de intérpretes – as virtudes da eficácia potenciada das decisões proferidas no controle abstrato/concentrado.

No Brasil, em vez de se optar por tal linha de reforma, procurou-se fortalecer o controle abstrato/concentrado, que é menos democrático e oferece maiores riscos na defesa da Constituição. O fortalecimento do controle difuso/incidental é mais apropriado e inverteria tal tendência. Não se suprimiria de todo o controle concentrado/abstrato. Contudo, ele seria mantido apenas quando a necessidade de

³⁴⁰ Como fez no RE n.º 186.092/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 25/08/95.

decisão com eficácia potenciada estivesse aliada à necessidade de decisão rápida, em nível suficiente para compensar o incremento do risco de decisão errada, decorrente da supressão de instâncias.

CONCLUSÃO

Em uma democracia, cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente por meio de atos legislativos.

A jurisdição constitucional significa a atribuição a autoridades não-eleitas e que não podem, salvo excepcionalmente, serem destituídas de seu cargo, do poder de controle sobre as políticas públicas formuladas por autoridades eleitas.

Por esse motivo, não deixa de ser paradoxal que o século do triunfo da democracia seja também o século da expansão da jurisdição constitucional.

Não é essa instituição imprescindível à democracia. Países inegavelmente democráticos não a adotam. Todavia, o fato de ela não ser imprescindível não a torna incompatível com a democracia.

A história da jurisdição constitucional revela que ela pode agir de forma antidemocrática, contrariando, com fundamentos equivocados, a vontade da maioria política. Contudo, revela também que ela pode contribuir para o aprofundamento da democracia.

Não há como, apenas por sua origem, acusar de antidemocráticas decisões como “Brown v. Board of Education”, de 1954 – que ordenou a dessegregação das escolas públicas norte-americanas –, “Reynolds v. Simms”, de 1964 – que determinou a reordenação de distritos eleitorais com base no princípio “um homem, um voto” –, ou mesmo, no Brasil, a ADIn n.º 2.530-9/DF – que invalidou a “candidatura nata”. Tais decisões encontram-se comprometidas com a concepção material da democracia, segundo a qual todos devem ser tratados como livres e iguais, podendo-se apelar para argumentos pró-democracia para sustentá-las.

Essas contradições históricas revelam que a jurisdição constitucional pode atuar de forma compatível com a democracia, assim como pode atuar de forma

contrária. Assim, ela deve ser avaliada segundo os seus resultados.

Para se chegar a bons resultados, é inegável a relevância da forma de atuação do juiz constitucional.

Um dos objetivos deste trabalho foi sugerir formas de atuação destinadas a harmonizar a jurisdição constitucional com a democracia.

Na elaboração das propostas, rejeitou-se uma abordagem meramente normativista, tendo-se por imprescindível a abordagem interdisciplinar, com incursões históricas, políticas e institucionais.

Não se caiu na tentação de propor um modelo abrangente e completo, devido aos riscos de tal empreitada.

O juiz constitucional deve conformar-se com seu papel secundário na democracia.

Isso significa que ele deve adotar uma postura geral de autocontenção, com deferência em relação às atividades dos demais poderes constituídos. A autocontenção não se confunde com conservadorismo, pois não implica deferência para com o “status quo”, nem se confunde com abdicação do controle de constitucionalidade. A autocontenção deve ser adotada sempre que não for superado o limite da “reserva de consistência”, ou seja, sempre que o juiz constitucional não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente a sua interferência na atividade política.

Por outro lado, o juiz constitucional não pode perder de vista sua função, que a Constituição lhe atribuiu, de guarda da democracia e dos direitos fundamentais. O eficaz cumprimento de tal tarefa demanda a adoção do salutar ativismo judicial, quando for possível defendê-lo com base em argumentos que apelem para a própria democracia. Se a atuação judicial contribuir para o aprofundamento da democracia, não há como acusá-la de antidemocrática.

Sem a pretensão de ser exaustivo, sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: a) para proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos

titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter deliberativo da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.

Segundo a proposta formulada, o juiz constitucional, alternará, não arbitrariamente, a autocontenção com o ativismo judicial, o que implica a adoção de padrões de controle de constitucionalidade de intensidade diversa, à semelhança do que faz a Suprema Corte norte-americana na linha das presunções estabelecidas na nota n.º 4 do caso “Carolene”.

Para a construção de uma jurisdição constitucional democrática é também relevante a estrutura de controle. No Brasil, há tendência negativa de fortalecimento do controle concentrado/abstrato, menos democrático e mais sujeito a erros do que o controle difuso/incidental. Com pequenas reformas do controle difuso/incidental obter-se-iam vantagens similares às oferecidas pelo modelo concentrado/abstrato, sem idênticos riscos, motivo pelo qual aqui se sugere a inversão da referida tendência.

A jurisdição constitucional não é automaticamente compatível com a democracia. Cabe à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, especialmente aos operadores do direito, partes, advogados e juízes, a responsabilidade de torná-la compatível com a democracia. A história revela que a jurisdição constitucional pode contribuir para o aprofundamento da democracia, o que é especialmente valioso em países de democracia de “baixa intensidade”, como o Brasil.

Para tanto, é necessário o abandono de modelos mecânicos e semânticos de interpretação do Direito, como a doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais. Não se deve esquecer que “é uma Constituição que estamos interpretando”. Melhor se diria atualmente: Não se deve esquecer que é uma Constituição democrática que estamos interpretando. As construções jurídicas em torno dela – seja negando juridicidade a parte dela, como faz, na prática, parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, seja comprometendo-se com sua máxima operatividade ou com interpretações que resgatem o melhor do ideal constitucional-

democrático – têm as suas conseqüências, e não apenas para os operadores do Direito, mas para todos os cidadãos.

Não se tem a ilusão de que a jurisdição constitucional logrará, sozinha, concretizar os ideais da Constituição democrática de 1988, o que sequer é desejável. O Direito tem limites e a concretização dos ideais constitucionais por imposição estatal não é factível. Isso, contudo, não é desculpa para a omissão. Decisões judiciais comprometidas com aqueles ideais representarão avanço. Poderão também estimular ações equivalentes por parte dos demais poderes constituídos ou cobrança nesse sentido por parte da população. Aliás, as instituições majoritárias pecam mais pelo que deixam de fazer do que pelo que fazem. A jurisdição constitucional pode exercer relevante papel no rompimento de inércias incompatíveis com o ideal democrático.

Faça-se uma necessária ressalva. Não se tem aqui uma confiança cega no Judiciário, como se todos os problemas sociais pudessem ser resolvidos pela via judicial. O Judiciário, usualmente e inclusive o brasileiro, não é um poder transparente e é pouco afeito ao controle pela sociedade civil.

Nesse contexto, há riscos em defender-se o ativismo judicial, ainda que localizado como se fez neste trabalho. Não obstante, os riscos podem ser reduzidos por reformas institucionais do Judiciário que ampliem a sua transparência, como a defendida por alguns democratização interna da estrutura judicial³⁴¹. É ainda improvável o surgimento de juízes tirânicos se a autoridade judicial tiver como guia uma visão substantiva da democracia, a de que todos devem ser tratados como livres e iguais, como propõe Dworkin.

Não se deve temer uma improvável ditadura de juízes. O Judiciário é um poder que atua difusamente. Decisões judiciais que não gozem de amplo apoio popular tendem, por outro lado, a serem reformadas com a pressão da sociedade ou dos outros poderes.

³⁴¹ Por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*.

De todo modo, o que se defende no presente trabalho, não é um ativismo desenfreado incompatível com a democracia. O que se defende é um Judiciário comprometido com a consolidação da democracia, o que exige alternância de postura de autocontenção com de ativismo. Há risco em defender-se o ativismo? Decerto. Contudo, apregoar o imobilismo também oferece riscos, ainda mais considerando as carências brasileiras, sendo um fator negativo não só dentro do Judiciário, mas também em nossa sociedade civil, comprometendo a qualidade de nossa democracia.

Em síntese conclusiva: a jurisdição constitucional pode ser compatível com a democracia, e será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o seu aprimoramento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Social justice in the liberal State*. New Haven and London: Yale University Press, 1980.

_____. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, Margarida Maria (Org.) *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11-31.

ALDISERT, Ruggero J. *The judicial process: text, materials and cases*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Pub., 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.

ARCAYA, Oscar Godoy. Problemas contemporáneos de la democracia representativa. In: JACKISCH, Carlota (Ed.) *Representación política y democracia*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1998. p. 45-70.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Montchrestien, 1992.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

BARROS, Ricardo Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. *A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. (Texto para discussão n.º 800) Brasília: IPEA, junho de 2001, <http://www.ipea.gov.br>

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?) In: CAMARGO, Margarida Maria (Org.) *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37-73.

BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Editora Loyola, 1998.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *A teoria das formas de governo*. 9. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. *Locke e o Direito Natural*. 2. ed. Brasília: UNB, 1998.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOJUNGA, Claudio. *JK: O artista do impossível*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRENNAN JR., William J. A personal remembrance. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 8-11.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1989. v. 2, p. 27-30.

BUSSIERE, Elisabeth. The Supreme Court and the development of the Welfare State: judicial liberalism and the problem of welfare rights. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.) *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1999. p. 155-174.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e à protecção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica, 1990.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHAMBERS, Julius L. Race and equality: the still unfinished business of the Warren Court. In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 21-67.

CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.) *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.
- COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, mar. 1997, p. 11-22.
- _____. As garantias institucionais dos direitos humanos. In: *Boletim dos Procuradores da República*. Associação Nacional dos Procuradores da República e Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo Silva, ano IV, n. 40, ago. 2001, p. 3-8.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1986.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.

CRAY, Ed. *Chief Justice: A biography of Earl Warren*. New York: Simon & Shuster, 1997.

DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

_____. *On democracy*. New Haven & London: Yale University, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 21-31, abr. 1948.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

- _____. On gaps in the law. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil (Ed.) *Controversies about Law's Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 84-90.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1998.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem "versus" a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- FELDMAN, Stephen M. *American legal thought: from premodernism to postmodernism: an intellectual voyage*. New York: Oxford University Press, 2000.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Francisco H. G.; LITCHFIELD, Julie A. Desigualdade, pobreza e bem-estar social no Brasil - 1981/95. In: HENRIQUES, Ricardo (org.) *Desigualdade e Pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000, p. 49-80.

- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Direito humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FREYER, Tony. Hugo L. Black and the Warren Court in retrospect. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995. p. 86-105.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1998.
- GALBRAITH, John Kenneth. O engajamento social hoje. *Folha de São Paulo*, 20 dez. 98. Caderno Mais. p. 4-5.
- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: A busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Ana Lígia. O benefício de prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e limites – Construindo possibilidades de avanço? In: *Revista de Direito Social*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, ano 1, n.º 4, p. 64-87.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HART, Herbert L. H. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90*. (Texto para discussão n.º 807) Brasília: IPEA, julho, 2001. <http://www.ipea.gov.br>

HERÓDOTO. *História*. 2. ed. São Paulo, Ediouro, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitucionalismo y democracia*. Mexico – DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 216-262.

HORWITZ, Morton F. *The Warren Court and the pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

JACOB, Herbert; BLANKENBURG, Erhard; KRITZER, Herbert M.; PROVINE, Doris Marie; SANDERS, Joseph. *Courts, laws and politics in comparative perspective*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia – A esperança de um mundo novo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese Editora, v. 31, 1999, p. 65-125.

KAMISAR, Yale. The Warren Court and criminal justice In: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press. 1996, p. 116-158.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Virgínia Cortes de. (Org.) *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de casos: abordagem interdisciplinar*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases-comments-questions*. 18. ed. St. Paul, Minn.: West Pub., 1996.
- LUCHAIRE, François. El Consejo Constitucional Francés. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 55-131.
- LUÑO, Antônio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1988.
- MACCORMICK, Neil. *Raisonnement juridique et théorie du Droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- _____. On “open texture” in law. In: AMSELEK, Paul; _____. (Ed.). *Controversies about law’s ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 72-83.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Mandado de segurança e*

de injunção: Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 363-385.

MARTIN JR., Waldo E. (Ed.) *Brown v. Board of Education: a brief history with documents.* Boston: Bedford/St. Martin's, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; MARTINS, Ives Gandra Silva. (Coord.) *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional.* São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 453-478.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy.* Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. The Supreme Court, 1968 Term Foreword: on protecting the poor through the Fourteenth Amendment. In: *Harvard Law Review*, v. 83, n.º 1, nov. 1969, p. 7-59.

_____. Welfare rights in a constitutional democracy. In: *Washington University Law Quarterly*, v. 1979, n. 3, s/d, p. 659-693.

_____. Democracy and positive liberty. In: *Boston Review*. v. 21, n. 5, nov. 1996, <http://bostonreview.mit.edu/BR21.5>

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. In: *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, n.º 7, abr. 1999, p. 127-131.

_____. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. In: *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, abril/2000, n. 10, p. 100-104.

_____. Restrição legal ao direito fundamental ao benefício da assistência social. In: *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTR, n.º 249, 08/2001, p. 559-565.

MORTON, Peter. *An institutional theory of law: keeping Law in its place*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337-355.

MURPHY, Walter F. A arte da interpretação constitucional. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

OLIVEIRA, João Barbosa de. *Renda per capita, desigualdades de renda e educacional, e participação política no Brasil*. (Texto para discussão n.º 827) Brasília: IPEA, outubro, 2001. <http://www.ipea.gov.br>

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIZZORUSSO, Alessandro. El Tribunal Constitucional Italiano. FAVOREU, Louis (Ed.) *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 233-266.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

POPPER, Karl R. Sobre la teoría de la democracia. In: _____. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995. p. 175-182.

_____. La teoría de la ciencia desde un punto de vista teórico-evolutivo y lógico. In: _____. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995. p. 17-41.

POST, Robert. C. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Buenos Aires: TEA – Tipografía Editora Argentina, 1965.

_____. A supremacia judicial de Marshall a Burger. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Auto-perdão: Supremo mantém anistia a multas eleitorais de 96 e 98*. 21/03/2002, <http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=9509&ad=c>

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 649-664, 1996.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, Sonia. Estimação de linhas de indigência e de pobreza: opções metodológicas no Brasil. In: HENRIQUES, Ricardo (org.) *Desigualdade e Pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000, p. 109-127.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1899-1910: defesa do federalismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 2.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 3.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 4.

_____. *Direito e política: Os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ROTHENBURB, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (Org.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SCHOLLER, Heinrich. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região*. Porto Alegre: TRF da 4.^a Região, a. 11, n. 38, 2000, p. 229-246.
- SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: "The Bill of Rights"*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.
- _____. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- _____. Earl Warren. In: _____ (Ed.) *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 256-275.
- _____. *A book of legal lists: the best and worst in American law*. New York: Oxford University Press, 1997.

- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHAPIRO, Martin M. A Constituição e os direitos econômicos. In: HARMON, M. Judd (Ed.). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
_____. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
_____. Interest groups in American Public Law. In: *Stanford Law Review*. novembro, 1995, v. 38:29, p. 31-73.
_____. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitucionalismo y democracia*. Mexico – DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 344-371.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*. São Paulo: Cortez, Fundação Perseu Abramo, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Petrópolis: Vozes, 1996.

TRIBE, Lawrence H. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.^a REGIÃO. Gabinete da Revista. *A Constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in historical and political perspective*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1995.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto, 1992.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WEINBERGER, Otto. Institutional theories of law. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil (Ed.). *Controversies about law's ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991. p. 43-53.

WEINREB, Lloyd L. (Ed.) *Leading constitutional cases on criminal justice*. Westbury: Foundation Press, 1997.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.